

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

“Los efectos negativos al sistema financiero y a una economía de mercado de una prohibición de pactar intereses que puede exigir el acreedor”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

AUTOR

Nadyeska Karinna Bernuy Villanueva

ASESOR

Luis Augusto Fernandini Capurro

JURADO

Tassano Velaochaga, Herbert Eduardo
Fernandini Capurro, Luis Augusto
Mendoza Del Maestro, Gilberto

LIMA – PERÚ

2015

A mi hija Ludovica



INTRODUCCION

Desde sus orígenes el pago de intereses tiene una real importancia en las transacciones comerciales, iniciadas inclusive desde la época de Roma, en la cual, los sujetos intercambiaban bienes, decidiendo por tanto, diferir la entrega futura acordando para ello un plus por el uso y el riesgo que implicaba su posterior devolución.

Este concepto, con el tiempo ha ido variando y concatenándose a un concepto visto desde una concepción ya no meramente jurídica sino también económica. Nuestra legislación no se ha encontrado al margen de esta evolución, ya que como lo precisamos en el cuerpo del trabajo desde el código de 1852 al actual, este concepto ha ido tomando mayor fuerza dentro del tratamiento legal, ya que en un inicio se trataba el interés sólo para los contratos de mutuo, luego de forma paulatina se fueron estableciendo topes a los mismos, con lo cual, nace la figura de la usura (la que posteriormente tuvo un tratamiento como la figura del anatocismo) y finalmente el código de 1984 le da un novedoso tratamiento al pago de intereses, se determinan las situaciones en las que el deudor incurre en mora y se considera que el pago de intereses es de aplicación para todo tipo de obligación y no únicamente a las obligaciones dinerarias.

De esa forma, se va desarrollando la naturaleza de los intereses en nuestra legislación para ser finalmente clasificados como moratorios, compensatorios y legales, respecto de los cuales, se ha desarrollado diversas posturas de juristas sobre la función y finalidad que estos cumplen, Asimismo, se trata la mora del deudor por medio de la cual, se establece aquellas situaciones en las que el deudor incurrirá en mora pudiendo ser mora *ex re* y mora *ex personae*.

Nuestro sistema jurídico, sobre el particular, acertadamente previó un sistema dual para el tratamiento de los intereses, es así que a través del artículo 1243º del Código Civil, otorga al Banco Central de Reserva del Perú, la facultad de regular los topes máximos para los intereses; sin embargo esta norma sólo rige para las operaciones de los entes ajenos al sistema financiero. Es así que el artículo 9º de la Ley General del

Sistema Financiero, prevé que estas pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas, pasivas y servicios.

Este artículo hace una excepción señalando que para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para tal efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. Consideramos que esta redacción obedece a un error, puesto que como, lo demostraremos en el presente trabajo la finalidad de la norma siempre fue la de liberalizar las tasas de interés para los entes del sistema financiero (quienes se rigen por la oferta y demanda del mercado), lo cual, queda reafirmado por la propia dación del artículo 51° y 52° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú.

El presente trabajo consta de Tres Capítulos; el primer dedicado a desarrollar el concepto de interés, su evolución histórica dentro de nuestra legislación, las clases de interés y el análisis del marco regulatorio vigente que rige a los intereses; en este análisis, se desarrollará la finalidad de liberalizar los intereses.

En el segundo capítulo, desarrollaremos los intereses en el sistema financiero desde una óptica económica, para ello estamos enmarcando el concepto de contrato bancario que a nuestro entender no obedece a un contrato de adhesión como algunos autores manifiestan, sino que obedece a un contrato netamente consensual donde prima la libertad de contratar de las partes (cliente – banco) que finalmente se perfecciona con el consentimiento, dando origen al contrato de crédito. El contrato de crédito tendrá como principal exponente al dinero y la deuda, que de existir incumplimiento del deudor se generará la mora de este y por ende empezará a computarse el interés pactado. Asimismo, en este capítulo trataremos de explicar el “valor del dinero” en el tiempo, que no es otra cosa que el conocimiento de la diferencia entre el dinero de hoy y el dinero del futuro.

En razón de ello, vemos sustentada la liberalización de las tasas de interés para el sistema financiero, que se establece de forma concordante y a través de una interpretación racional y sistemática de los artículos 9° de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y los artículos 51° y 52° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú. El interpretar dichas normas de manera textual, como lo vienen haciendo algunos órganos jurisdiccionales, no haría más que retrotraer la legislación y desconocer la libre oferta y demanda para el sector financiero en lo que se refiere a la regulación de tasas de interés.

Finalmente; en el capítulo tercero, trataremos sobre el derecho que le asiste al acreedor sobre el patrimonio del deudor, cuando se dé la figura del incumplimiento por parte de este, respecto del cumplimiento de sus obligaciones; en ese sentido, desarrollaremos la facultad de las entidades financieras a exigir su prestación a través de la ejecución del patrimonio del deudor otorgado en garantía en respaldo de sus obligaciones. De igual forma, esbozaremos la importancia que para el sector financiero implica el contar con una garantía ya sea hipotecaria o mobiliaria para de esa forma ver coberturado su crédito.

Cabe señalar que, de existir incumplimiento por parte del deudor queda expedito el derecho del acreedor a la utilización de la fuerza coactiva del órgano jurisdiccional, a través de la ejecución forzosa, a través de esta se buscará la obtención de un determinado monto de dinero producto del remate de la garantía con lo cual, se satisfaga la obligación impaga; en consecuencia, dicho monto obtenido tendrá que ser distribuido por el Juzgador. Es ahí, donde a nuestro entender surgirían los inconvenientes en los que se refiere a la forma de liquidación a procesar para obtener un monto final por intereses pactados. En la mayoría de los casos, como analizaremos con algunas liquidaciones comparativas que anexamos existe error en el Juzgador al pronunciarse sobre las liquidaciones a efectuar post ejecución forzosa; ya que no existe un criterio uniforme sobre dicho procedimiento, considerando que dicho procedimiento debería ser normado para el sistema financiero; de esa forma se evitaría la brecha que se genera entre las liquidaciones de orden judicial y las liquidaciones que finalmente emplean las instituciones financieras; y, dando un paso más, analizaremos algunas resoluciones judiciales que contraviniendo el pacto de intereses entre los contratantes de un crédito y una entidad financiera; así como las normas vigentes; emiten pronunciamientos que ciertamente desconocen la liberalización de las tasas de interés en el Perú.

CAPITULO I

I. LOS INTERESES

1. Evolución de los intereses
2. Diversas posiciones sobre el concepto de intereses
3. La mora del deudor
4. Los intereses en el actual Código Civil
 - 4.1 Interés compensatorio
 - 4.2 Interés moratorio
 - 4.3 Interés legal
 - 4.4 El anatocismo

CAPITULO II

II. LOS INTERESES EN EL SISTEMA FINANCIERO: UN ENFOQUE ECONÓMICO

1. El contrato bancario
2. El crédito y la deuda

3. El interés desde una perspectiva económica.
4. El valor del dinero en el tiempo
5. Banco Central de Reserva del Perú
6. Las tasas de interés en el sistema financiero

CAPITULO III

III. EL NEXO DEL CRÉDITO Y LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA FINANCIERO Y SU EJECUCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

1. Importancia de las garantías
2. Derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor
3. Revisión y análisis de algunas resoluciones judiciales que contravienen los contratos bancarios al referirse a las liquidaciones post ejecución forzosa.

CAPITULO I

I. LOS INTERESES

1. Evolución de los intereses:

FELIPE OSTERLING, esboza la evolución histórica del pago de intereses señalando que este coincidía con los orígenes del crédito, es decir, desde el momento en que los sujetos que intercambiaban sus bienes decidían diferir la entrega para una fecha futura, acordando para tal efecto un plus adicional por el “uso” y por el “riesgo” que importaba la entrega de un bien presente por un bien futuro¹. El resaltado de las palabras “uso” y “riesgo” es nuestro, por considerar importante a efectos de entender que el desprendimiento de un bien a favor de tercero involucra un *riesgo* de perderlo y no recibir uno de igual valor o cantidad en el futuro; y por *uso*, el disfrute y beneficio que obtiene el tercero a quien se le transfiere el bien.

En el contrato de mutuo, el Derecho Romano en un principio no contemplaba un interés, al principio este era gratuito; no obstante ello, se estableció un pacto adicional para el cobro, llamado ***stipulatio usurarum***, contrato por el cual se permitía el cobro de un interés al deudor a favor del acreedor; en vista que este contrato no establecía un tope al cobro de intereses, en Roma generó que las personas cobraran excesivos intereses y por ende constantes reclamos por parte de la población; por ello tuvo que darse diversas normativas a lo largo de la época con diversos criterios sobre la ilegalidad del cobro de intereses hasta el derecho que le asistía al acreedor por privarse de un bien para trasladárselo a otro; inclusive, la iglesia católica no se encontró al

¹ OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de Obligaciones”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol.XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1996.

margen de esta evolución, puesto que se sancionaba drásticamente el cobro de intereses; sin embargo, posteriormente fue decayendo dicha postura y ya en la edad moderna considerando una economía equitativa, se fue admitiendo la licitud de los intereses. En ese contexto, los códigos civiles fueron tratando de esbozar una legislación ya no al margen del cobro de intereses sino integrándolos en su legislación.

Habiendo, visualizado el origen jurídico de los intereses veamos la naturaleza de los mismos; ya que como bien sabemos estos no nacen de una figura netamente jurídica sino por la rama de lo económico; en ese sentido, existe un punto de conexión entre el derecho y la economía; donde la noción de interés nace de una concepción de la existencia de un determinado capital.

A tal efecto, el Dr. Osterling citando a *Fernández Cruz*, cuando se trata de explicar la noción de interés, precisa que el jurista no puede obviar que dicho concepto se genera en uno económico que viene a ser el capital, entendido este como el valor de cambio, donde no interesan los bienes en su individualidad, sino como medida de valor de otros bienes, en ese sentido, dice que no puede hablarse que el interés constituya “fruto de un bien”, sino rendimiento de un capital.²

Es así que, el concepto de interés debería entenderse desde un contexto económico jurídico, el cual genera una obligación de dar. A continuación, veamos el tratamiento jurídico que nuestra legislación ha dado al rubro de los intereses.

Los códigos precedentes a nuestra normativa fueron tratando el tema de los intereses de manera paulatina; con el Código Civil de 1852, se legisla a los intereses dentro del contrato de mutuo, donde se estipulan dos tipos de interés: el *interés legal* (establecido por Ley) y el *interés convencional* (pactado por las partes), sin establecer ningún tipo de topes máximos.

² OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de Obligaciones”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol.XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1996.

Por su parte, el Código Civil de 1936; al igual que el anterior, distinguía el *interés legal* del *convencional*, el cual, era regulado por las partes; no precisaba tope alguno; sin embargo, ya se daba un tratamiento paralelo a la Usura en otras normativas, lo cual, indirectamente regulaba los topes para las tasas de intereses máximos. Este código contempló las normas referidas al interés de manera inadecuada ya que se trató dentro del contrato de mutuo; además que establecía de manera expresa un porcentaje como interés legal para aquellos casos donde las partes hubieran omitido fijarlo; estableciendo dicho porcentaje en un cinco por ciento³. Al respecto, señala CÁRDENAS QUIROS, que dicha norma se encontraba alejada de la realidad económica del país y, por otra parte, no resultaba aconsejable que un Código Civil, con el sentido de permanencia que le es inherente, previera un porcentaje susceptible de ser frecuentemente alterado de acuerdo a contingencias económicas.⁴

Con la dación del Código de 1984; se da mayor importancia al novedoso tratamiento del *pago de intereses*, el mismo que ya formaba parte de la vida económica y cotidiana del país; asimismo, se amplían las causales previstas con el código de 1936, respecto de las situaciones en las que el deudor incurría en mora y se considera que el pago de intereses es de aplicación para todo tipo de obligación y no únicamente a las obligaciones dinerarias, como lo preveía el código derogado; en ello se justifica el haber previsto un tratamiento especial al pago de intereses en el Libro VI dedicado al Derecho de Obligaciones.

³ *El código Civil Argentino, con muy buen criterio, no ha fijado la tasa de interés. Así el artículo 622 se coloca en la hipótesis de que se deban los intereses que las leyes determinan, y que si no hay leyes que fijen la tasa, los intereses serán fijados por el Juez. Es un sistema encomiable, porque si a nuestro codificador se le hubiere ocurrido establecer el tanto por ciento a que se deben someter los intereses, hubiera sido necesario estar modificando a cada momento la ley.* MOISSET DE ESPANES, Luis. "Curso de Obligaciones". Tomo I. Edición Zavalia. Buenos Aires. 2004

⁴ CÁRDENAS QUIROS, CARLOS. "El pago de intereses en el Código Civil de 1984". En el libro Homenaje Rómulo Lanatta Guilhem. Cultural Cuzco. Lima 1986.

2. Diversas posiciones sobre el concepto de interés:

Este concepto ha tenido una larga trayectoria por la historia, se inicia en el siglo XVIII con la concepción brindada por los filósofos antiguos quienes repudiaban el cobro del interés.

El acreedor es, generalmente, una persona rica y el deudor un hombre pobre, y aquél aparece representado bajo la figura odioso del que se las arregla para estrujar a lo poco que posee el pobre, en concepto de interés, una parte destinada a acrecentar su propia riqueza superflua.⁵

Posteriormente, fue el estado Romano quien se reconcilió con la percepción del interés, ello a razón de la necesidad de recaudación, sin embargo, este concepto fue aplicado a través de la imposición y el surgimiento del “interés legal”.

A continuación intentaremos identificar algunos conceptos dados por los diversos autores, sobre el particular:

JOAQUIN LLAMBIAS⁶, define a los intereses como los aumentos paulatinos que experimentan las deudas de dinero, en razón de su importe y de tiempo transcurrido, *prorrata temporis*; es decir, que los intereses no se generan íntegros en un determinado momento, sino que germinan y aumentan continuamente a través de la escala de tiempo.

⁵ VON BOHM-BAWERK, Eugen. “Capital e interés. Historia y crítica de las teorías sobre el interés”. Fondo de Cultura Económica / Serie de Economía. México. Traducción de Carlos Silva. Segunda Edición 1986.

⁶ JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge. “Tratado de Derecho Civil”. Obligaciones II-A. Clasificación de las Obligaciones. 3ra. Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1846

MOISSET DE ESPANÉS⁷, señala que el interés es el precio al que se presta el dinero, da un ejemplo señalando que cuando la tasa de interés sube es porque existe mayor demanda de dinero, en ese sentido, quien necesita dinero para solventar cualquier situación debe pagar un interés que sería el “precio” por el uso del dinero. Asimismo, enfoca esta definición desde un punto jurídico – económico, el cual compartimos; precisando que todo debe partir de la base que todo el dinero existente se encuentra en poder de alguien, ya sea de los particulares, de los bancos, etc.; a su vez, precisa que el que mantiene o retiene poder en efectivo sin colocarlo en nada, está perdiendo la “*utilidad*” que podría lograr haciéndole producir una renta a dicho capital. (El énfasis es nuestro), esa renta vendría a ser el interés ganado.

OSPINA FERNANDEZ⁸, lo define como un bien patrimonial susceptible de constituir objeto de transacciones comerciales, ya a cambio de otros bienes, ya al facilitárselo alguien a otro para obtener como contraprestación de este el pago de un rédito o interés.

LARENZ⁹, precisa que son intereses “la remuneración expresada en una determinada fracción de la cantidad debida, que el deudor ha de satisfacer periódicamente por el uso de un capital consistente en dinero y otra cosa fungible”. La deuda de intereses presupone, por lo tanto, una deuda de capital, sin la cual no se pueden originar aquellos.

HINESTROSA¹⁰ los define como los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar precio de un bien o de un servicio), durante el

⁷ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Curso de Obligaciones”. Tomo I. Ediciones Zavalia. Buenos Aires. 2004

⁸ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. “Régimen General de las Obligaciones”. 4ta. Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 1987

⁹ LARENZ, Karl. “Derecho de Obligaciones”. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.

¹⁰ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las Obligaciones”. 2da. Edición. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Enero 2003.

tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital o “principal”.

Este fruto del dinero del cual habla se define por su periodicidad que a decir del autor se devenga por unidades de tiempo, pudiendo constituir días, meses o anualidades; mediante el cual se efectuará el cálculo a fin de proceder a su liquidación; para ello, da un ejemplo para su obtención, precisando que el monto de intereses resulta de multiplicar tal cuota o porcentaje por la cifra de capital y el número de unidades de tiempo que sean. A simple vista, podría parecer una fórmula tan sencilla con lo cual, podríamos obtener el interés en segundos; sin embargo, ello no resulta así; toda vez que, el hallar el cómputo del interés va a depender de la tasa pactada y el uso de fórmulas financieras que complican aún más la fórmula lanzada.

En opinión de ALBALADEJO¹¹, los intereses consisten normalmente en una cantidad de cosas de la misma especie que las debidas, proporcional a la cuantía de estas y a la duración de la deuda.

Citando a autores peruanos tenemos las siguientes definiciones:

FERRERO COSTA¹², dice que los intereses constituyen los frutos civiles que pueden producir cualquier bien o prestación, sea o no una suma de dinero, por lo que se aplican a toda clase de deudas; a su vez, señala que “la deuda de intereses no puede generarse si no preexiste una deuda principal, porque tiene siempre carácter de prestación accesoria”.

¹¹ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones”. Volumen I. La obligación y el contrato en general. Décima Edición. JMB1997. Barcelona.

¹² FERRERO COSTA, Raúl. “Curso de Derecho de las Obligaciones”. 3ra. Edición actualizada. Editora Jurídica Grijley.

ROMERO, Luis¹³; dice que el interés nace de la interacción de la preferencia por el tiempo y la productividad de capital, de esa forma señala que este debe ser entendido como la ganancia del capital que se obtiene como consecuencia de haber concedido en uso o disfrute de un capital ajeno; enmarca la noción jurídica del interés desde el punto de vista jurídico entendiendo el interés como la ganancia que el titular del capital obtiene como consecuencia de haber concedido su uso o disfrute; precisando que viene a ser la retribución por el uso de un capital ajeno.

Por su parte, CASTRO GALLO¹⁴, dice que el vocablo interés, está tomado en sentido económico y se refiere a la ganancia, lucro, rédito de un capital.

Finalmente; en opinión de OSTERLING PARODI¹⁵, una de las definiciones más aceptadas con respecto a los intereses es que estos constituyen el costo del dinero.

Ante las definiciones anotadas; advertimos que los autores citados no hacen más que, de distintas maneras señalar que el interés no nace aislado de un capital inicial, y que por el uso y disfrute del mismo se generan o surge paulatinamente el “interés” como aquella cantidad que se va prolongando en el tiempo, mientras el capital (principal) no se haya extinguido.

A su vez, dichas conceptualizaciones trazan una línea a través del tiempo, la cual servirá para medir el interés; toda vez que, para su obtención deberá otorgarse un valor “X” en el tiempo al monto a pagar respecto del capital prestado.

¹³ ROMERO ZAVALA, Luis. “El Derecho de las obligaciones en el Perú”. “El cumplimiento de las Obligaciones”. Tomo II. Libro VI del CC. Sección Segunda. Editora Fecat. Edición 1999. Lima

¹⁴ CASTRO GALLO, Mario S. “Manuel de Intereses por deudas de acuerdo al nuevo código civil”. Tasas BCR: Concepto, Legislación, Comentarios.

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Compendio de Derecho de las obligaciones”. Colaboración Verónica Rosas Berastian. Palestra Editores. Lima. 2008.

3. La mora del deudor

La mora es una institución propia de las obligaciones de dar y de hacer, cuando el incumplimiento consista en un retraso. En términos generales, señala CABANELLAS que la mora es dilación, retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación¹⁶.

La doctrina comparada española, define a la mora junto con la institución de la prescripción y la caducidad, en el sentido que en ellos el transcurso del tiempo interviene a fin de crear situaciones que provocan peculiares efectos jurídicos¹⁷; para el caso de la mora, el transcurrir del tiempo vinculado a una conducta omisiva por parte del que debe cumplir una prestación, desencadena una modificación de una determinada situación jurídica.

Al respecto, DE LARA MORALES¹⁸, precisa que en las obligaciones con plazo de cumplimiento, para que aparezca el retraso, es necesario el agotamiento del tal periodo sin que haya sido satisfecho la obligación. En este caso, el transcurso del tiempo se asimila al desplazamiento temporal que acontece entre las proximidades del día del vencimiento de la deuda

La mora del deudor también se encuentra definida como un retraso jurídicamente relevante en el cumplimiento de una obligación; ello quiere decir que el deudor que asume una responsabilidad, incumple su prestación por sobrevenir una imposibilidad de cumplimiento que puede

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Tomo V. 20ava. Edición. Revisada, Actualizada y Ampliada. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. Argentina. 1981.

¹⁷ DE LARA MORALES, Julio Manrique. . "La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer". Centro de Estudios Registrales. Madrid 2003. Cfr. PADILLA, op.cit en nota 1, pág. 42; ALBALADEJO indica que: "El transcurso del tiempo es un hecho natural que produce numerosos efectos jurídicos, bien por sí solo, bien juntamente con otras circunstancias .

¹⁸ DE LARA MORALES, Julio Manrique. "La mora del deudor en las obligaciones civiles de ha cer". Centro de Estudios Registrales. Madrid 2003.

o no serle imputable; lo cual, genera una insatisfacción por parte del acreedor.

En palabras de CAMPAGNUTTI¹⁹, la mora debe diferenciarse de la simple “demora” o “retardo”. Mientras la demora tiene un contenido material y de temporalidad la mora se basa en un criterio valorativo estrictamente jurídico. Para que haya mora es necesario que al retardo se le adicione una cosa imputable al deudor a título de dolo o culpa.

En ese sentido, se tiene la mora *ex personae* y la mora *ex re*, la primera, requiere necesariamente de la interpelación del acreedor; de esa forma se protege a la parte más débil de la obligación; ante ello, se dice que mientras el acreedor no exterioriza su voluntad de reclamar el pago al deudor, pareciera que acepta de manera tácita el retardo en el cumplimiento de la prestación; la mora *ex re*, en cambio, se constituye por el sólo transcurso del tiempo. En ese sentido, nuestra legislación recoge las dos formas precisadas para la constitución en mora de deudor, señalando que el deudor incurrirá en mora cuando el acreedor le exija ya sea judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación, entonces, no basta que el deudor incumpla la obligación sino que el acreedor se lo haga saber; sin embargo, existe excepciones en las cuales opera la mora automática y esta se da entre otros presupuestos, cuando el pacto lo declare expresamente.

FELIPE OSTERLING²⁰, señala que la mora es concebida desde su acepción etimológica (derivada del latín *mora* o *marae*) como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

Efectivamente, compartimos dicho criterio, puesto que como ya lo hemos venido esbozando la mora y el tiempo se encuentran necesariamente relacionados; ya que dependerá mucho del transcurrir

¹⁹ COMPAGNUTTI DE LARA, Rubén H. “Manual de Obligaciones”. Editorial. Astred. Buenos Aries. 1997

²⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Colaboración Verónica Rosas Berastian. Palestra Editores. Lima 2008.

de este, para que la obligación del deudor se vea constituida en mora y de esa forma, el acreedor tenga la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación con la debida compensación por el perjuicio que se ocasione con tal retraso.

Por su parte, FERRERO²¹ menciona que la mora del deudor es el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, la cual conlleva importantes consecuencias jurídicas en la obligación; y ya lo habíamos visto así en la doctrina española cuando señalamos que el transcurso del tiempo genera diversas situaciones jurídicas acorde al comportamiento del deudor.

Nuestra legislación, con respecto a la mora se ocupa de este concepto en los artículos 1333⁰²² al 1337⁰, el cual, establece ciertos requisitos para que se constituya el deudor en mora, esta finalidad se persigue con la interpelación en el pago y el inicio de la constitución en mora, sin embargo, también prevé la mora automática que se origina por la voluntad de las partes, en el cual, las partes contratantes convienen libremente en ejercicio de su autonomía contractual, que el sólo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

Cabe precisar que, nuestra normativa establece como regla general la mora por intimación, ello se puede advertir claramente del primer párrafo del artículo 1333⁰ y, como supuesto excepcional, la mora automática que se precisa en los cuatro supuestos que se detallan a

²¹ FERRERO COSTA, Raúl. "Curso de Derecho de las Obligaciones". 3ra. Edición. Actualizada. Editora Jurídica Grijley.

²² Artículo 1333⁰.- *Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.*

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1. *Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.*
2. *Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.*
3. *Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación*
4. *Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.*

continuación en el citado artículo. En ese entender, el simple retraso de pago del deudor no constituirá a este en mora, sino que debe existir para tal fin dos elementos: automáticamente cuando el deudor deja vencer el término contractual estipulado o por acción del acreedor por medio de la interpelación.

OSTERLING, al comentar el artículo 1333° sobre el concepto de la mora, hace suya la definición dada por Ernesto Clemente Wayar²³, precisando sobre la mora, que es una situación de incumplimiento o retraso en el cumplimiento, que manifiesta la preservación o continuación de existencia del vínculo jurídico y obligación al que está referido.

En ese entender; debemos resaltar lo señalado por el profesor Osterling, cuando enumera los elementos que deben concurrir para que exista mora: primero que exista **retraso**, el cual, se constituye en un elemento importante e indispensable para la existencia de la mora; que exista una **obligación exigible**, que el incumplimiento se deba a causa **imputable**, ello implica que el retraso deba ser necesariamente doloso o culposo; que el **deudor no satisfaga la expectativa del acreedor**, ello implica que el deudor no cumpla con su obligación en la fecha prevista y que la **situación de mora subsista** mientras la prestación sea posible, se entiende por aquella prestación que es posible de ejecutar.

Ahora bien, es preciso resaltar el concepto que ha adoptado nuestra doctrina sobre el **retraso**, ante ello OSTERLING precisa²⁴; que el retraso es la demora en el cumplimiento de la obligación debida, originada por la actitud del deudor de dejar transcurrir el tiempo de pago

²³ "Código Civil Comentado". Por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>

²⁴ "Código Civil Comentado". Por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>

sin ejecutar la prestación, dilatando, de esta manera, la extinción del vínculo jurídico que lo une al acreedor. Pareciera a primera vista que con el simple retraso podría existir la mora (*mora automática*); este simple retraso podría tener consecuencias de morosidad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina e inclusive nuestra legislación ha optado por darle al retraso elementos adicionales para que conjuntamente con estos, exista la mora; por sí sólo, el retraso no es más que un retardo.

En ese entender; el elemento subjetivo de la mora viene a ser la existencia de dolo o culpa del deudor. No obstante ello, reiteramos lo advertido anteriormente, en el sentido, que ésta no es la única forma de constituir en mora al deudor sino que la propia norma establece cuatro supuestos por los cuales el acreedor sin interpelación al deudor puede constituirlo en mora; se trata de la mora automática; que para nuestro tema, nos interesa el supuesto precisado en la norma bajo el numeral 1) que refiere: “cuando la ley o el **pacto lo declaren expresamente**”; mediante el cual, las partes decidirán por ellas mismas que el sólo paso del tiempo constituye en mora al deudor, es decir, para este caso la mora automática se origina por la voluntad de las partes en ejercicio de la autonomía contractual, en el cual, el sólo incumplimiento del deudor en el plazo convenido se verá constituido en mora. Cabe resaltar que la norma exige que este pacto sea expreso a fin de evitar transgredir los derechos del deudor al omitir la interpelación.

Sobre los efectos de la mora, GARRIGUES²⁵, precisa que estos comienzan el mismo día del vencimiento de la obligación, y uno de estos efectos consistirá en el pago de los intereses pactados o en defecto de ello el interés legal.

4. Los intereses en el actual Código Civil

²⁵ GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo IV. Reimpresión 7ma. Edición. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1987

En este tramo vamos a referirnos al tratamiento que nuestra legislación le da al pago de intereses, nuestro Código Civil dedica un Capítulo con 9 artículos dentro del título de Pago de Intereses (artículos 1242° al 1250°); para distinguir las clases de interés, en compensatorio y moratorio.²⁶ Cabe indicar que a través del código de 1984, se amplían con respecto al código de 1936 las causales vigentes por las cuales el deudor incurre en mora; se legisla sistemáticamente el pago de intereses distinguiéndolos como ya lo advertimos en “compensatorios” y “moratorios” y finalmente se establece que el interés sea fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú.

4.1 Interés compensatorio

Señala el Dr. Osterling que el interés compensatorio tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un enriquecimiento indebido a favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso²⁷; el autor resalta que este tipo de interés tiene como finalidad proporcionar al acreedor un lucro, un beneficio o una ganancia compensatoria por el uso y disfrute de un capital.

Sobre los intereses compensatorios, HINESTROZA²⁸ los define como aquellos que se devengan sin necesidad de mora del deudor y al margen de ella; lo cual, es lógico ya que este tipo de interés viene a ser una suerte de compensación a favor de acreedor quien

²⁶ Artículo 1242°.- *El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.*

²⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Colaboración Verónica Rosas Berastian, Palestra Editores. Lima. 2008.

²⁸ HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las Obligaciones”. 2da. Edición. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Enero 2003.

se desprende de un capital para dárselo a un tercero (deudor), ese costo, vendría a constituir un interés compensatorio.

MOISSET DE ESPANÉS²⁹, precisa que los intereses compensatorios son aquellos con los cuales el deudor retribuye el uso o goce del dinero; este interés usualmente es abonado por el deudor para seguir disfrutando del capital del que goza; es decir, mientras que el deudor disfruta del capital del cual no tiene disponibilidad el acreedor a quien quizá le reportaría liquidez, se ve privado de la disposición de dicho dinero; dicha situación es la que compensa este interés.

JOAQUIN LLAMBIAS³⁰, nos da una conceptualización más económica denominando a los intereses compensatorios como retributivos por la contraprestación del uso de un capital ajeno; define que es una suerte de precio de ese uso.

CASTRO GALLO³¹ por su parte, señala que las partes pueden y suelen pactar el uso de un capital, de una suma determinada de dinero o de un bien, que debe ser restituido transcurrido cierto tiempo o plazo, el mismo que ha sido estipulado en una u otra forma; nos encontramos ante ello frente a la voluntad de las partes de pactar un interés.

ROMERO LUIS³², al desarrollar este punto señala que el interés compensatorio empieza a devengarse desde el momento en que el

²⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Curso de Obligaciones". Tomo I. Ediciones Zavalia. Buenos Aires 2004

³⁰ JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge. "Tratado de Derecho Civil". Obligaciones II-A. Clasificación de las obligaciones. 3ra. Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1846

³¹ CASTRO GALLO, Mario S. "Manual de Intereses por deudas de acuerdo al nuevo Código Civil". Tasas BCR: Concepto, Legislación, Comentarios.

³² ROMERO ZAVALA, Luis. "El Derecho de las obligaciones en el Perú". "El cumplimiento de las Obligaciones". Tomo II. Libro VI del CC. Sección Segunda. Editora Fecat. Edición 1999. Lima

deudor inicia el uso del bien ajeno; criterio que compartimos, toda vez que este tipo de interés surge con desde el pacto existente entre las partes a través de la formalización de un contrato que así lo establezca.

Ahora bien, la mayoría de autores coinciden en que el código cuando se refiere al interés compensatorio, no lo hace de la mejor manera, puesto que por la definición de contraprestación por el uso del dinero, correspondería y sería aún más idóneo denominarlo intereses “retributivos”; tal como lo hace parte de la doctrina extranjera. En tal sentido señala, Ferrero Costa, que a través del interés “retributivo” se permite cobrarle a quien se beneficia del dinero o de cualquier otro bien una **retribución** adecuada por el uso que haga de él.³³

En conclusión, hemos visto que este tipo de interés nace de la voluntad de las partes contratantes; coincidimos en que estos intereses deberían ser llamados retributivos y a decir del autor CESAR AYLLÓN³⁴; posición que compartimos, la retribución no supone la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien, tal como lo precisa la norma; sino que el motivo esencial por el cual se pagan intereses no es el uso del dinero, sino por el “beneficio” que se obtiene de su disposición. Ante ello, queda claro que este interés de carácter retributivo, lo que compensa es aquel beneficio que el acreedor no pudo tener en un momento determinado de su capital por haberlo trasladado a favor de un tercero.

³³ FERRERO COSTA, Raúl. “Curso de Derecho de las obligaciones”. 3ra. Edición. Actualizada. Editora Jurídica Grijley.

³⁴ AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. “Los intereses compensatorios en el Código Civil Peruano”. Normas Legales. Tomo 348. Mayo 2003.

4.2 Interés moratorio

Al igual que el interés convencional o compensatorio; el interés moratorio nace por la voluntad de las partes, ya que estas establecen desde cuándo empieza su funcionamiento sea de manera automática al incumplimiento de la obligación o con la interpelación para que el deudor quede constituido en mora. Es establecido por las partes; se le conoce también como *mora automática*, como un mecanismo de sanción al incumplimiento de pago respecto de una prestación u obligación que le es imputable al deudor, que tiene como finalidad indemnizar el perjuicio que el deudor le estaría causando al acreedor por el incumplimiento de pago oportuno.

Así lo señala HINESTROSA³⁵, cuando comenta sobre la función del interés moratorio, precisando que es el de resarcimiento o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida.

Por su parte, OSTERLING³⁶, hace referencia a la función económica de los intereses moratorios, precisando que es la de reparar el retardo en la ejecución de una obligación; reparando los daños y perjuicios que precisamente dicho retraso ocasiona.

Nuestra legislación, en la segunda parte del artículo 1242°, ha optado por señalar que este interés tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago; no lo establece pero este interés nace por la voluntad de las partes, que cuando así estos lo hayan convenido, debe constar por escrito; se entiende que el mismo registrará desde el

³⁵ HINESTROSA, Fernando. "Tratado de las Obligaciones". 2da. Edición. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Enero 2003.

³⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Colaboración Verónica Rosas Berastian. Palestra. Editores. Lima 2008

momento en que el deudor incumpla su obligación de devolver el capital que le ha sido entregado ya sea constituyéndolo en mora o que esta se dé de manera automática.

En ese sentido, será elemento esencial de la mora el cumplimiento de la obligación de manera tardía, es decir, fuera del plazo estipulado por las partes. Ante ello señala, FERNANDEZ, Cesar³⁷, que resulta evidente que la mora difiere sustancialmente del incumplimiento. Por cuanto en este último la obligación no será cumplida en ningún momento.

Por su parte OSPINA³⁸, señala que los intereses moratorios son los que dicho deudor debe pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituyen en mora de pagar ese capital; de esa forma el autor estaría describiendo lo que sobre el particular nuestra normativa vigente establece, puesto que el interés moratorio tendría como finalidad la de indemnizar la mora en el pago, y de esa manera de alguna forma resarcir el perjuicio causado al acreedor por no haber contado con el pago en el plazo establecido.

4.3 Interés legal

El interés legal opera por defecto de convenio expreso entre las partes o por expreso mandato de la Ley. Algún sector de la doctrina apoyado por Fernández Cruz, establecen que no debemos confundir el interés legal del interés convencional de tasa legal; el primero nace por imperio de la ley y el segundo nace por el convenio o pacto entre las partes, sin embargo estas omitieron consignar el monto del mismo; es decir, sí se pacta que la mora

³⁷ "Código Civil Comentado". Por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>

³⁸ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. "Régimen General de las Obligaciones". 4ta. Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 1987

generaría un interés, más no se fija la tasa de la misma, sea 5% ó más (sólo por dar un ejemplo); en ese caso, se tendría que aplicar la tasa fijada para el interés legal que se da únicamente por imperio de la ley.

Con el Código de 1936, el interés legal se estipuló en dicho ordenamiento jurídico en 5% anual, dicha norma se alejaba de la realidad económica del país, por cuanto un código civil que debe ser permanente en el tiempo no podía variarse cada vez que sea necesario variar la tasa de interés de acuerdo a las contingencias económicas del país; consecuentemente, a partir de la dación del Código de 1982 se deja de lado dicha estipulación y periódicamente se va dando lugar a una Institución del Estado quien se encargaría de fijar dicha tasa, se encarga dicha función al Banco Central de Reserva del Perú.

Es así como, el artículo 1244° del Código Civil, dispone que la tasa de interés legal sea fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Este artículo se inspira en la modificación del artículo 1325 del Código Civil de 1936, dispuesta por la Ley N° 23413 del 1 de junio de 1982, según la cual, “el interés legal del dinero, para los casos en que no haya sido convenio expreso, será fijado periódicamente por el Banco Central de Reserva del Perú”³⁹

Es preciso señalar que, las partes también podrían pactar el pago del interés legal, que como ya lo advertimos es aquel fijado por la ley. En este tipo de interés las partes no tienen más que acatarlo, no se pueden fijar ni negociar de otra manera.

En conclusión, el interés legal viene a ser aquel que por imperio de la ley se establece y el intereses convencional de tasa legal es aquel que pese a haberse convenido por las partes, estas omitieron precisar una cifra a dicha tasa.

³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. 8av. Edición. Editora Jurídica Grijley. 2007

4.4 El anatocismo

Desde la época de Roma, se encontraba prohibida la capitalización de intereses devengados y no pagados, esta figura del anatocismo, siempre ha sido a nuestro entender bastante criticada, puesto que se tiene la concepción que a través de esta se estaría favoreciendo al acreedor, toda vez que, la acumulación de intereses devengados ingresan a formar parte del capital, creando un nuevo capital, para que respecto de este se produzcan otros nuevos intereses.

Ante ello, CARDENAS QUIROS⁴⁰, precisa que los intereses no generan intereses, salvo que previamente sean capitalizados; es así que al obtener un nuevo capital con el cúmulo de intereses devengados se pueden generar otros nuevos.

Es así que el artículo 1249° de nuestro código civil, consagra el principio de prohibición de pactar capitalización de intereses; sin embargo, admite excepciones y precisa que salvo se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.⁴¹

Es así como, nuestra normativa exige que el pacto entre las partes sea de manera expresa, por ningún motivo se admite que la capitalización de intereses se efectúe de manera unilateral.

El artículo 1250° a continuación, permite una excepción a pactar la capitalización de intereses posteriormente contraída la obligación; nos da un ejemplo Felipe Osterling, señalando que inclusive dicha excepción en algunos casos podría convenirle al propio deudor al solicitar una refinanciación de una deuda antes de ver ejecutado alguno de sus bienes.

⁴⁰ CARDENAS QUIROS, Carlos. "El Pago de Intereses en el Código Civil de 1984". En el libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem. Cultural Cuzco. Lima 1986.

⁴¹ ART. 1249.- *No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.*

De acuerdo a ello, el mismo autor señala que en el sistema financiero se efectuaría de dos maneras. Si se hubiere pactado capitalización de intereses, estos últimos se adicionarían al capital para que al vencer el periodo de capitalización, aquel – incrementado por los intereses- pueda ser liquidado.⁴²

En ese sentido, este interés se computará a partir del nuevo capital reajustado adicionando nuevos intereses en caso la mora persista.

Lo dicho no se relaciona con nuestra realidad económica y financiera; puesto que si bien es cierto la norma da una salvedad para que las entidades financieras puedan pactar la capitalización de intereses; este procedimiento no obedece más que al interés compuesto, que a decir de ALBALADEJO⁴³, cuando se refiere a la figura del anatocismo, que económicamente se estaría simplemente frente a un caso de algo tan poco alarmante como el interés compuesto; pero jurídicamente la hipótesis no ha sido siempre mirada con buenos ojos por el legislador, que, incluso hoy, en muchos Derechos extranjeros, le pone, por lo menos, trabas.

Ante ello, creemos que resulta importante dar algunos conceptos sobre el interés compuesto:

CASTRO GALLO⁴⁴, señala que es la renta de un capital al que se van acumulando los créditos vencidos, para que produzcan a su vez otros nuevos; es decir, viene a ser el interés de los intereses.

⁴² OSTERLING PARODI, Felipe. “Compendio de Derecho de las Obligaciones”. Colaboración Verónica Rosas Berastian. Palestra Editores. Lima 2008.

⁴³ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones. Vol. I. La obligación y el contrato en general. Décima Edición. JBM 1997. Barcelona

⁴⁴ CASTRO GALLO, Mario S. “Manual de intereses por deudas de acuerdo al nuevo Código Civil”. Tasas BCR: Concepto, Legislación, Comentarios.

Este interés compuesto es usualmente utilizado por las Instituciones financieras para efectuar el cálculo del interés, ya que difícilmente se utiliza el interés nominal, que a decir de OSTERLING⁴⁵, cuando sólo el capital gana interés por todo el tiempo que dura la transacción, el interés es simple. Este resulta de aplicar una tasa nominal, en un plazo determinado. En ese sentido, cabe resaltar que los Bancos no dejan de cobrar intereses sobre el capital prestado por ello es que siempre utilizarán el interés compuesto.

El mismo autor, cuando se refiere al interés compuesto señala que este surge cuando se capitaliza. Es decir, cuando al interés simple se adiciona al capital final de cada intervalo de tiempo pactado para ganar intereses en el periodo siguiente. Así el interés compuesto supone que los intereses, al adicionarse al capital, generan justo con este último, intereses en el siguiente periodo.

Hacemos referencia a ello, con la finalidad de resaltar lo establecido por el propio artículo 1249° del Código Civil, que señala una prohibición al pacto de capitalización de intereses; y a continuación deja una salvedad cuando se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares. En ese sentido, entendemos que salvo el pacto en las operaciones bancarias si se permite el “anatocismo”, que no es más que el interés compuesto.

Los economistas, cuando se refieren a la medición del dinero a lo largo del tiempo, que es un tema que desarrollaremos más adelante, utilizan la fórmula del interés compuesto; ya que precisan que la cantidad de dinero que se necesita el día 1 tiene un valor distinto a lo largo del tiempo; ante ello precisa el autor GREGORY MANKIW⁴⁶, que la acumulación de la suma de dinero en, digamos una cuenta bancaria, donde las tasas de interés recibidas

⁴⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Tratado de las Obligaciones”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol.XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1996.

⁴⁶ GREGORY MANKIW, N. “Principios de Economía”. Harvard University. Cengage Learning. Quinta Edición.

permanecen en la cuenta para obtener intereses adicionales en el futuro, sería el interés compuesto.



CAPITULO II

II. LOS INTERESES EN EL SISTEMA FINANCIERO UN ENFOQUE ECONÓMICO

1. El contrato bancario

Previamente a tratar este tema, consideramos importante esbozar los conceptos de obligación, los mismos que se constituyen y formalizan a través de los contratos en general.

Al decir de ALBALADEJO⁴⁷, la obligación significa un vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y poder exigir tal prestación.

El mismo autor, al vínculo existente entre deudor y acreedor lo denomina crédito y, a la obligación de la parte pasiva de dicho vínculo lo denomina deuda, la que recae sobre el sujeto pasivo de tal obligación; en ese sentido, sobre el deudor recae el deber de ejecutar la prestación con todo lo que ello implique.

Por su parte DIEZ-PICAZO⁴⁸, refiere que la obligación es, ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En

⁴⁷ ALBALADEJO, Manuel. "Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones". Volumen I. La obligación y el contrato en general. 1ra. Edición. José María Bosh Editor 1997. Barcelona

⁴⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid. 1996.

la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza puede decirse que la obligación pone siempre un carácter objetivamente patrimonial.

Tal definición se traslada con mayor cercanía a nuestra realidad ya que toda obligación tiene estrecha relación con la vida económica, por cuanto el incumplimiento de dicha obligación por parte del deudor genera la aparición de una situación de exigibilidad a favor del acreedor.

El incumplimiento de la obligación oportuna, genera una situación de retardo. Al respecto, DE LARA MORALES⁴⁹, dice que la obligación de cumplir nace con la misma obligación, pero solamente es modelable el retardo cuando la obligación deviene actual y, por tanto, el deudor debe ejecutarla y el acreedor puede exigirla.

Ante el incumplimiento de la obligación, como ya lo hemos precisado nace la exigibilidad, que se explica de la siguiente forma; ya que las situaciones jurídicas de poder exigir del acreedor y el deber de cumplir del deudor nacen al mismo tiempo, se dice que coinciden en un mismo espacio de tiempo, que posteriormente ante la omisión del deudor de cumplir con su obligación queda resquebrajado dicho nexo existente entre ambas conductas mencionadas.

Para que exista el vínculo existente entre deudor y acreedor, consistente en la obligación, es necesaria la existencia de un contrato, en el cual exista consentimiento de ambas partes involucradas para cumplir con la obligación; en base a dicho instrumento, las partes quedan vinculadas jurídicamente.

Es así como en todo acto jurídico donde las partes acuerdan prestaciones recíprocas a las que se encuentran vinculadas, es necesaria la existencia de un instrumento denominado “contrato”.

Si bien es cierto, este instrumento es ampliamente estudiado; para efectos de nuestro planteamiento, vamos a referirnos sólo a una parte

⁴⁹ DE LARA MORALES, Julio Manrique. “La Mora del Deudor en las Obligaciones de Hacer”. Centro de estudios registrales, Madrid 2003

de los contratos que recaerá en un contrato específico que viene siendo utilizado por los bancos, estamos hablando del “contrato bancario”, que surge precisamente por la evolución sostenida por los bancos durante el siglo XVII al XIX, periodo en el cual los bancos se dedicaron a la intermediación en el crédito y de esa forma toman importancia dentro del fenómeno económico creciente.

Para GARRIGUES⁵⁰, el contrato bancario es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria. Esta operación bancaria se concibe como un negocio jurídico, como contrato concluido por el Banco en el desenvolvimiento de su actividad profesional y para la consecución de sus propios fines económicos.

FIGUEROA BUSTAMANTE⁵¹, señala que el contrato bancario se aproxima notoriamente a un contrato de mutuo donde el banco transfiere a un cliente cierta cantidad de dinero en propiedad y este se obliga a devolverle en un plazo determinado más los intereses convenidos; en este contrato debe existir previamente el consentimiento para perfeccionarlo. Por ejemplo, en el contrato de préstamo de consumo, el mutuario se obliga a devolver no la cosa prestada en particular, sino idéntica cantidad de cosas, de la misma especie y calidad, esta prestación consistirá en pagar intereses.

El mismo autor, también señala que en la actualidad predominante es que los contratos estipulen en forma detallada los diversos aspectos vinculados a la relación jurídico-financiera entre el banco y el cliente, y no de manera genérica, porque originan diversos derechos patrimoniales que deben ser materia de protección jurídica; por ello, es que nuestra legislación actual en materia de Protección al Consumidor,

⁵⁰ GARRIGUES, Joaquín. “Contratos Bancarios”. 2da. Edición. Revisada, corregida y puesta al día por Sebastián, Moll. Madrid, MCMLXXV.

⁵¹ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

inclusive, ha optado por establecer las características que debe contener un contrato bancario a fin de evitar asimetría de información en desventaja del cliente, debe darse la mayor información a tener en cuenta sobre tasas, plazos, vencimientos, etc.

Para otros autores, como BONFANTI⁵², el contrato bancario se aproximaría a un contrato de adhesión; señala que este tipo de contratación compromete la libertad contractual, puesto que se deja de lado en este tipo de contratos dicha libertad, en el sentido que una de las partes contratantes se verá sujeto a la alternativa dura y sin posibilidades de modificación, de “tómelo o déjelo”.

En ese entendido, existe una “*parte fuerte*” quien exige determinadas condiciones y “una parte” débil que de no contar con una adecuada protección se podría producir un daño irreparable.

Por la misma corriente, se pronuncia GERSCOVICH⁵³, cuando refiere que la realización de negocios en masa por la empresa dieron lugar a la aparición de los denominados “contratos forzados”, contratos por adhesión, los mismos que contaban con condiciones generales predispuestas, dichos contratos no se encontraron exentos de los bancos.

Mientras que un sector de la doctrina se inclina por la consensualidad del contrato bancario, otro sector refiere a que este se relaciona con los contratos de adhesión; en los cuales más que un consentimiento a la voluntad de las partes existe un sometimiento o adhesión a las condiciones preestablecidas por la entidad financiera; posición que no compartimos, toda vez que, en los contratos bancarios se respeta la autonomía de la voluntad por ser un principio general del derecho y se respeta el principio de igualdad. Cabe indicar que, si bien es cierto en los contratos bancarios existen condiciones generales; el aceptarlos es un acto libre de la voluntad de las partes. Sobre el particular,

⁵² BONFANTI, Mario A. “Contratos Bancarios”. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina.

⁵³ GERSCOVICH, Carlos Gustavo. “Derecho Bancario y Financiero”. Principios Generales, Mercados, Contratos, Responsabilidad, Insolvencia Ad-Hoc SRL. Vilella Editor. Buenos Aires. Marzo 1999.

GARRIGUES, señala que el proceso de formación de la voluntad contractual es teóricamente más complejo: El banco formula una invitación a ofrecer (generalmente y permanente para una serie de contratos iguales) y el cliente acepta esa invitación adhiriéndose a las condiciones generales (oferta) quedando perfeccionado el negocio cuando el Banco declara su voluntad de contratar precisamente con el cliente determina que se adhirió a las mismas (aceptación)⁵⁴

BONFANTI⁵⁵, refiere a MOLLE quien se manifiesta contrario a considerar los contratos bancarios como “de adhesión”, con fundamento en el viejo *in idem placitum consensus*.

2. El crédito y la deuda

Hemos tratado precedentemente el contrato bancario, que se refiere a todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria. En ese sentido, el contrato bancario tendría una finalidad y un objeto; la finalidad entonces consistirá en otorgar un crédito por un lapso de tiempo a cambio de un precio, este precio se calculará en base a los intereses y, el objeto consiste en un dar, qué es lo que se da; *un crédito*, siendo este la materia típica y genuina de todo contrato bancario.

En el antiguo derecho romano y germánico, el derecho de crédito nació bajo la forma de un derecho de dominación sobre una persona en primer lugar y luego sobre los bienes del sujeto. La doctrina ha venido discutiendo la verdadera razón del crédito, respecto de qué derecho le da a un acreedor. En ese sentido, se señala que el crédito es el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de

⁵⁴ GARRIGUES, Joaquín. “Contratos Bancarios”. 2da. Edición. Revisada, corregida y puesta al día por Sebastián, Moll. Madrid, MCMLXXV.

⁵⁵ BONFANTI, Mario A. “Contratos Bancarios”. Albeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina

exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de la prestación.⁵⁶

Los bancos, que son las instituciones que generalmente utilizan este instrumento, “crédito”, son quienes se encuentran dispuestos a desprenderse de su dinero para colocarlo de manera ventajosa. A dicha figura se le conoce como intermediación financiera, (dan a crédito el dinero que ellos recibieron también a crédito), que viene a ser uno de los objetivos de las empresas del sistema financiero; por medio del cual, los bancos ganan dinero con la diferencia que obtienen entre los intereses que debe pagarle a sus clientes que depositan su dinero (ahorristas) y lo que cobra a los terceros por prestarles dinero (crédito); nace una interrogante; qué ocurriría de no existir la intermediación financiera?, todos aquellos recursos excedentes almacenados; es decir, ahorrados por las personas estarían ociosos, no intervendrían en la producción de más riqueza. Por lo tanto, la primera utilidad para la sociedad es poner la mayor cantidad de recursos en acción. Esta riqueza adicional representará el pago al conjunto de la sociedad por dejar de consumir en el presente para hacerlo en el futuro. Es decir, que el interés se distribuirá entre los entes intermediarios, los ahorristas y los inversionistas.⁵⁷

Para LARENZ⁵⁸ el crédito no es solo “relación de prestaciones” (en la que correspondería acreedor - deudor), sino también objeto patrimonial y en principio susceptible de disposición que, como tal, está expuesto a las acciones jurídicas de los acreedores del titular del crédito.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Las relaciones Obligatorias. Quinta edición. Civitas. Madrid. 1996

⁵⁷ AMBROSINI VALDEZ, David. “Introducción a la Banca”. Segunda Edición. Biblioteca Universitaria. Universidad del Pacífico. Centro de Investigación. 2da.Ed. Junio 01

⁵⁸ LARENZ, Karl. “Derecho de Obligaciones”. Tomo I. Profesor de Kiel. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1958

MARIO BAUCHE⁵⁹, haciendo mención a la posición del doctor Raymond P, Kant, profesor de la Universidad de Notre Dame, dice que el crédito puede ser definido como “el derecho a recibir, pago o la obligación de hacer pago al ser requerido o en algún tiempo futuro sobre la transferencia inmediata de bienes”

MARIO BONFANTI⁶⁰, señala que el crédito es la promesa del banco de consentir a una operación de crédito determinado. El crédito se promete, no siendo acordado de inmediato sino cuando el cliente lo requiera. De esa forma es considerado por la doctrina como un contrato *sui generis*, con un objeto especial: el crédito que se consiente. Este efecto obligacional hace que el banco permanezca como propietario de la suma a entregarse hasta el momento en que se concrete tal circunstancia por decisión del cliente.

El crédito vendría a perfeccionarse a través del contrato, cuando el banco se desprende de un capital y le otorga a un sujeto a cambio de su restitución más los intereses pactados (concedido el crédito, es decir, cuando el banco acepta la solicitud del beneficiario, le manifiesta que se encuentra los fondos a su disposición, pasando a ser deudor de dicho banco, dentro de los límites del monto convenido); a partir de dicha situación jurídica nacería la deuda que a decir de Díez – Picazo, está formado por una porción de deberes jurídicos que pesan sobre el deudor, pero donde radican también facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico protege los legítimos intereses del deudor.

Esta obligación que surge del derecho de crédito significa un vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual, una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender y

⁵⁹ BAUCHE GARCADIAGO, Mario. “Operaciones Bancarias, Activas, Pasivas y Complementarias”. Tercera Edición. Aumentada y Actualizada. Editorial Porrúa S.A. México. 1978

⁶⁰ BONFANTI, Mario A. “Contratos Bancarios”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina.

poder exigir tal prestación, ⁶¹ ello se explica en el sentido que de incumplir el deudor con su prestación el acreedor tiene la facultad para exigir su cumplimiento ejerciendo sobre los bienes patrimoniales del deudor su ejecución, de tal forma que ello constituye para el acreedor una garantía de su pago.

El crédito constituye una transferencia temporal de poder adquisitivo a cambio de la promesa de rembolsar (*sic*) esta, más sus intereses en un plazo determinado y en la unidad monetaria convenida. ⁶²

Por su parte, la deuda viene siendo como un deber jurídico que consiste en realizar en favor de otra persona un determinado comportamiento; este en el entendido del cumplimiento de una obligación. Dice DIEZ – PICASO⁶³, la deuda es el deber de una persona que ha prometido hacer o pagar algo, nace por consiguiente, en virtud de la promesa; de ahí surge lo que denomina como responsabilidad del deudor a dicha obligación, que nace como sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores.

Revisada las posiciones de los autores sobre el crédito y la deuda, resulta importante ir más allá de los conceptos; y es, entender a qué se tiene derecho a través del crédito, en líneas preliminares señalamos que este derecho resulta de orden patrimonial; y es precisamente ello lo que debemos pasar a precisar:

⁶¹ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones”. V.I. La obligación y el contrato en general. Décima edición. JMB 1997. José María Bosh Editor S.L. Barcelona

⁶² JINESTA LOBO, Ernesto. “Contratos Bancarios”. Revista Banca, Bolsa & Seguros, No. 5 enero-febrero 1990. Revista de la Asociación de Derecho Bancario.

⁶³ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid 1996.

PUIG BRUTAU⁶⁴, precisa que la obligación que media entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, el acreedor, puede exigir de la otra, el deudor, determinada prestación garantizada con todo el patrimonio de esta persona obligada. Este autor involucra a todo el patrimonio del deudor en caso este incumpla para ver satisfecho su crédito.

Por su parte, MOISSET DE ESPANÉS⁶⁵, confiere al acreedor la facultad de exigir la prestación. Si el deudor no la cumple, el acreedor tiene la facultad de dirigirse contra los bienes que integran el patrimonio del deudor; ante ello, el acreedor deberá verificar a través de qué medios podrá ejercitar su derecho de crédito, los que van a variar según la obligación contraída.

Al respecto, DIEZ-PICAZO⁶⁶, señala que el derecho del acreedor no recae sobre la persona del deudor, ni tampoco sobre su actividad, sino sobre su patrimonio. No se dirige a forzar al deudor para que cumpla, sino a poner en marcha un medio de satisfacción de los intereses del acreedor. En ese sentido, el acreedor al ver insatisfecho su crédito no puede forzar al deudor a cumplirlo, sino que solamente deberá dirigirse sobre los bienes del deudor para satisfacer su interés; entonces se advierte que el patrimonio del deudor se considera como la única garantía de los acreedores para satisfacer una acreencia incumplida. Sin embargo, la situación del acreedor no será una simple expectativa que el deudor incumpla a futuro su obligación, sino que es un auténtico poder jurídico para exigir el cumplimiento de la obligación.

El mismo autor, haciendo un análisis sobre el crédito como objeto patrimonial, también señala que el crédito forma parte del patrimonio del

⁶⁴ PUIG BRUTAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo I. Volumen II. Editorial Bosch. Barcelona. 1959

⁶⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Curso de Obligaciones". Tomo III. Zavalía, Buenos Aires. 2004

⁶⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid 1996.

acreedor; en cuanto facultad para obtener de un tercero una conducta de prestación pecuniaria.

Cabe resaltar que para los efectos del contrato, deberá respetarse el pacto de intereses, ya que como lo advirtiéramos y tal como también nuestra legislación prevé, de no haberse pactado este no podrá ser exigido por el acreedor. A decir de JOAQUIN LLAMBIAS⁶⁷, el pacto de intereses “es justo el pacto en sí mismo, porque define la cuantía de una prestación que corresponde al uso de un capital, es decir, el precio de ese uso”.

Sobre el particular MOISSET DE ESPANES⁶⁸, señala que la documentación por la cual se pacta intereses también resulta ser útil al deudor, porque el acreedor no podrá exigir más de lo que se haya consignado en dicho contrato, ni el pago de intereses que no estén estipulados, o de tipo superior al pactado y, también, porque cuando el deudor cumple puede exigir la documentación de que se ha liberado.

3. El interés desde una perspectiva económica

Hemos señalado que en este rubro de intereses, tanto el derecho como la economía se encuentran de alguna u otra forma relacionados, mientras que el interés desde la óptica económica es la renta del bien o del capital, para lo jurídico será el fruto civil del bien dinero. En ese sentido, tenemos que desde lo económico lo resaltante es el CAPITAL y en lo jurídico viene a ser EL DINERO.

⁶⁷ JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge. “Tratado de Derecho Civil”. Obligaciones II-A. Clasificación de las obligaciones. 3ra. Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1846

⁶⁸ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Curso de Obligaciones”. Tomo III. Zavalía. Buenos Aires. 2004

En palabras de DIEZ-PICAZO⁶⁹, se denomina “interés” al precio o remuneración que una persona ha de pagar por la utilización o disfrute de bienes de capital de pertenencia ajena. Como quiera que los bienes de capital constituyen factores de producción, su utilización o disfrute proporciona un beneficio por el cual debe pagarse un precio.

AYLLON VALDIVIA⁷⁰, al referirse al origen de los intereses precisa que a raíz de múltiples circunstancias aparecerá un mercado para aquellos sujetos que, si bien disponen de algunas ganancias (capital), no desean o pueden disponerlas directa ni indirectamente; ante ello existirán demandantes que sí reunirán las condiciones y estimarán sacar provecho neto a esas ganancias (capital) pese a la cantidad de intereses que deberán pagar al propietario del capital. Dicho ejemplo, nos da como resultado un equilibrio dentro del mercado entre los sujetos oferentes y los sujetos demandantes quienes pagarán un *precio* por el capital del que disponen en un momento determinado.

Es así, como la banca dentro del mercado se ha desarrollado conjuntamente con el derecho bancario; esta actividad viene siendo realizada por los bancos o instituciones que en un país llevan a cabo la importante función de intermediación del crédito, que tiene como principal exponente al dinero que vendría a ser la instrumentación de un contrato bancario; los bancos son quienes a través del contrato se encargan de la intermediación en el crédito; entonces, en el mercado de crédito está presente el dinero que vendría a ser el medio de pago sobre el cual se vendría a calcular la tasa de interés, resultado de la postergación de pago por la satisfacción de una necesidad presente.

En ese sentido, las tasas de interés son precios relativos y, como tales, constituyen señales que afectan las decisiones de los agentes económicos. Por la importancia y la variedad de las decisiones que

⁶⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid 1996.

⁷⁰ AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. “Los intereses compensatorios y moratorios en el Código Civil Peruano”. Normas Legales. Tomo 348. Mayo 2005.

afectan, las tasas de interés constituyen posiblemente uno de los precios más importante en una economía de mercado.⁷¹ Sobre el particular, existen dos teorías: (i) Teoría de Keynes; en el sentido que la tasa de interés se determina por la demanda y la oferta de dinero, además que el monto por el cual se establece esta tasa dependerá de la necesidad de liquidez (a mayor necesidad de liquidez, más alto será el interés; cuanto mayor sea la cantidad de dinero, más bajo será la tasa) y; (ii) Teoría Clásica; que precisa que la tasa de interés sólo queda determinado por las condiciones de la oferta y la demanda.

Existe también definiciones económicas que explican el concepto del surgimiento de la tasa de interés, definida esta por FLORIS AFTALION⁷², cuando un agente económico cede a otro un capital C (*llamado también principal*), durante cierto tiempo T, con la condición del reembolso (*sic*) de una suma R. Si la duración T de la operación es un periodo, en general un año (pero puede tomarse como periodo un día, una semana, etc.) se define así la tasa de interés. A continuación, figura la fórmula de la que habla:

$$i = \frac{R - C}{C} = \frac{R}{C} - 1$$

Esta fórmula nos explica de manera muy clara, qué se debe entender por tasa de interés, concluyendo que sobre un capital debe existir una suerte de reembolso por el tiempo en que este capital es devuelto.

Por tanto, la tasa de interés determina el precio del dinero, y nos permite establecer parámetros comparativos que nos ayudan a tomar decisiones de inversión, ahorro o gasto, pues siempre va asociada con

⁷¹ "Políticas de Tasas de Interés, inflación y desarrollo en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo". Editor: Eduardo Sarmiento, 1982.

⁷² AFTALION, Florin y PONCET, Patrice. Traducción de Eduardo L. Suarez. "Las Tasas de Interés". Fondo de Cultura Económica. México. Primera Edición en español, 1985

los riesgos, que a decir de GERSCOVICH⁷³, consiste en la posibilidad de que los créditos otorgados sean cancelados en el tiempo y forma convenidos; de esa forma son los bancos quienes conllevan en su cometido la asunción de riesgos, persiguiendo obtener el máximo rendimiento afrontando el menor riesgo posible.

Las tasas de interés también inciden en los requerimientos de eficiencia en la economía. El costo del dinero exige tratar de obtener el mayor beneficio de este, también es un elemento muy importante para la determinación de los precios, ya que el uso del capital que siempre tiene un costo, está presente en toda actividad económica y forma parte de los elementos que se toman en cuenta para fijar los precios.

FIGUEROA BUSTAMANTE⁷⁴, advierte que la tasa de interés es el precio del dinero, con ello, se le está dando un valor al dinero por el cual corresponde cobrar una compensación.

Ahora bien, dentro de la actividad bancaria la tasa de interés se establece de las siguientes formas: La tasa activa, la pasiva y el spread.

- a) Tasa Activa. - Interés cobrado por el sistema financiero a sus deudores.
- b) Tasa Pasiva. - Interés pagado a sus ahorristas y clientes del sistema financiero.
- c) Spread. - Es el margen de “ganancia” entre la intermediación financiera del interés activo y el interés pasivo, con la que el banco cubre sus costos operativos entre otros de importancia para el sostén de la entidad financiera.

⁷³ GERSCOVICH, Carlos Gustavo. “Derecho Bancario y Financiero”. Principios Generales, Mercados, Contratos, Responsabilidad, Insolvencia Ad-Hoc SRL. Villela Editor. Buenos Aires. Marzo 1999.

⁷⁴ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

Sobre el particular; debemos precisar que la tasa activa, se establece en virtud al pacto entre las partes (cliente – banco); para las operaciones de crédito que desembolsen a favor de los clientes/deudores: esta tasa de interés se denominará tasa efectiva que repercutirá directamente sobre la rentabilidad a obtener por el banco y se diferencia en la forma del cálculo de la tasa de interés nominal.

4. El valor del dinero en el tiempo

Debemos partir por definir el término, dinero. ¿Qué tanta importancia tiene en el mercado? Sabemos que el incremento de grupos sociales hace que se dé también un incremento de bienes, y a fin que estos bienes sean intercambiados (dejando atrás el trueque) se hace necesario contar con un instrumento de aceptación general y que a su vez represente un valor; sólo así se posibilita el intercambio, es ahí donde se origina el “dinero” (tiene forma duradera, fácilmente reconocible, escaso, fraccionable, conocida y universalmente aceptada)⁷⁵.

Este proceso permitió al hombre descubrir que podría flexibilizar el intercambio, creando un medio que representara el valor de las cosas; entonces la circulación de bienes comenzó a realizarse mediante el cambio de un bien por dinero y, de este por un bien. Ello, considerando que, en una economía organizada, todos los bienes y servicios exhiben una referencia del valor al de la moneda.

Señala CABANELLAS⁷⁶, que la invención del dinero se produce apenas la humanidad, por la intensificación del comercio y superar la etapa de la economía de consumo, abandona el trueque o permuta, para adoptar un signo universal de valor; se enfocó a su vez con criterio económico y

⁷⁵ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo III. D-E. 20ava. Edición. Revisada, Actualizada y Ampliada. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires – República Argentina.

jurídico por primera vez por los romanos quienes le dieron la categoría de cosa mueble.

Para FIGUEROA⁷⁷, el dinero es el común denominador de la vida moderna, es una fuerza indivisible que permite intercambiar los bienes y servicios de la comunidad en una forma ágil y precisa, es un poder que adquieren quienes lo poseen para conseguir más volumen de bienes y servicios que quienes carecen de él. Así entonces se hace referencia a su poder adquisitivo.

JUAN BLOSSIERS⁷⁸, precisa que el dinero se puede considerar como un activo o algo de valor. Como tal, forma parte de su riqueza (patrimonio o activos menos pasivos o deudas). El dinero tiene una característica única consistente en que es intercambiable directamente por otro activo, bienes o servicios, a este atributo del dinero se le conoce como liquidez.

DIEZ-PICAZO⁷⁹, señala que el dinero adquiere su sentido porque existe una normativa que lo establece como medio general de cambio y como unidad de valor, pero también porque una determinada comunidad o grupo humano le otorga su confianza y admite en general su vigencia.

En nuestro entorno jurídico se plantea dos problemas sobre la teoría jurídica del dinero (que señala que la moneda es una unidad de medida por medio del cual se pagan los bienes como los servicios, de esa forma es que surge la importancia jurídica de las obligaciones de dar suma de dinero); consistente en el problema del valor y el problema del interés.

⁷⁷ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. "Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles". Octubre 2000.

⁷⁸ BLOSSIERS MAZZINI, Juan José. "Como aprender Derecho Bancario". Guía de consulta. APECC. Perú. Oct. 2010

⁷⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid. 1996.

Sobre estos argumenta PALACIO PIMENTEL⁸⁰ el problema del valor estriba en determinar cuál es el valor efectivo de una suma de dinero que ha sido prometida y ofrecida, cuando este valor ha cambiado entre el momento de nacer o surgir la obligación y el momento del pago o cumplimiento. El segundo es el problema referente a los intereses que devenga o puede generar una suma “X” de dinero, cuyo pago no ha sido oportunamente cumplido.

Por otro lado, también existen diversas teorías sobre la existencia de la moneda; tenemos la *teoría estatal* que constituye el fundamento de la doctrina nominalista que proclama que el único fundamento del valor de la moneda es el que emana de la ley, siendo el Estado quien en ejercicio de su soberanía asigna a su arbitrio valor al dinero; pero esta teoría no tiene en cuenta la función esencial del dinero, que consiste en la de servir como medida de valor. Por su parte, la *teoría metalista*, refiere que el dinero es idéntico al metal elegido como patrón, parte de la base de que el dinero es un bien. La *teoría valorista*; enfatiza en el aspecto funcional del dinero, en su poder de compra o de cambio por otros bienes o servicios.

Este signo convencional de valor, se encuentra constituido por todo medio de pago que cumpla con tres características: (i) que sea generalmente aceptado; (ii) que sirva para almacenar riqueza y (iii) que sirva como unidad de cuenta⁸¹; estas tres acepciones son vistas también por los economistas como las funciones del dinero que los distinguen de otros activos de la economía como las acciones, los bonos, etc.

Sobre el particular, refiere DIEZ-PICAZO⁸², que las funciones económicas del dinero son fundamentalmente dos: el dinero es una

⁸⁰ PALACIO PIMENTEL, Gustavo. “Manual de Derecho Civil”. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Editorial Huallaga. 3ra. Edición. 2000.

⁸¹ AMBROSINI VALDEZ, David. “Introducción a la Banca”. Segunda Edición. Biblioteca Universitaria. Universidad del Pacífico. Centro de Investigación. 2da.Ed. Junio 01

⁸² DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid. 1996.

unidad de medida del valor económico que se atribuye a las cosas y a los bienes y, el dinero se utiliza para establecer el valor económico que en una comunidad o grupo humano es asignada a los bienes.

Desde el punto de vista de los economistas; el dinero es el conjunto de activos en una economía que las personas regularmente usan para comprar bienes y servicios de otras personas.⁸³

En ese sentido, el dinero juega un papel importante en el mercado donde los fondos se asignan por intermedio del sistema de precios. Sin embargo, no olvidemos que los bancos cuentan de igual forma con un rol importante en el sistema monetario ya que participan de la oferta del dinero al ofrecer a los ahorristas un pago de intereses por el servicio de mantener sus depósitos custodiados; en vista que los bancos se ven obligados a contar con una reserva de dinero, estos ofrecen prestarlo a terceros a cambio de obtener una ganancia al cobrar interés por el préstamo.

Sin embargo, esta decisión de préstamo a terceros no es tan sencilla para el sistema financiero, ya que ello implica analizar los riesgos de retorno de dinero en el futuro, por ello, se dice que el dinero hoy vale más que la misma cantidad de dinero en el futuro.

En esa línea de tiempo, respecto del retorno de dinero si se da en un lapso de tiempo determinado sea tiempo uno, dos ó tres; se le conoce como **valor de dinero en el tiempo**, que no es otra cosa que conocer que la diferencia entre el dinero de hoy y el dinero del futuro, por ejemplo, un dólar de hoy tendrá más poder adquisitivo que un dólar en un año.

Para entender esta línea de tiempo, el profesor JONATHAN BERRK⁸⁴, señala que al depositar en una cuenta de ahorros, el dinero de hoy se

⁸³ MANKIW, N. Gregory. "Principios de Economía". Quinta Edición. Harvard University. DR. 2009 por Cengage Learning Editores S.A.

⁸⁴ BERK, Jonathan y DE MARZO, Meter. "Finanzas Corporativas", Standford University. Pearson Educación. México 2008.

convierte, sin ningún riesgo, en dinero del futuro. En forma similar, al aceptar dinero prestado por un banco, se cambia dinero del futuro por dinero de hoy. La tasa con que se cambia dinero de hoy por dinero del futuro se determina con la tasa de interés actual, que permite transformar el dinero de un punto en el tiempo, a otro. En esencia, una tasa de interés es igual a un tipo de cambio a través del tiempo. Muestra el precio de mercado de hoy para el dinero del futuro.

En esa línea, a decir de OSTERLING⁸⁵, el valor de dinero a través del tiempo, corresponde al concepto de tasa de interés.

En conclusión, el dinero y el interés se encuentran estrechamente relacionados a efectos de poder calcular el valor del mismo; que al trazar una línea de tiempo para obtener su verdadero “valor” nos lleva a calcularlo a través de la tasa de interés. Cabe resaltar que, la obligación de intereses es una de carácter accesorio del capital que se disfruta o utiliza, estos no pueden nacer aislados de la deuda principal, se van produciendo proporcionalmente y en tanto dure la obligación principal se apareja la transmisión del deber de seguir pagando intereses y del derecho del acreedor de seguir cobrándolo; la extinción de la obligación principal también implica el de haber pagado los intereses.

5. El Banco Central de Reserva del Perú

Los Bancos Centrales son Organismos Constitucionales Autónomos que adicionalmente a su facultad exclusiva de emitir moneda, contribuyen mediante su participación conjunta con la Superintendencia de Banca y Seguros en el ejercicio de las facultades de control y regulación que ejercen ambas entidades en representación del Estado, en su evolución se orientó como unidad directora y ejecutora de las

⁸⁵ OSTERLING PARODI, Felipe. “Tratado de las Obligaciones”. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1996.

políticas monetarias y cambiarias del Estado; así como de regulación del Sistema Financiero.⁸⁶

En 1876 se propuso la creación de un Banco Central, más no prosperó dicha medida. En 1914, fue creada la Junta de Vigilancia, antecedente inmediato del Banco de Reserva en cuanto a las funciones específicas que la Ley N° 1968 del 22 de agosto de ese año le encomendaba. El 17 de enero de 1922, se envió al senado un nuevo proyecto, esta vez para crear el Banco de Reserva del Perú, tomando como patrón la organización del Banco de la Reserva Federal de los Estados Unidos de Norte América, que en esa época era el más poderoso del mundo. El 9 de marzo de 1922, se dictó la Ley N° 4500, por lo que se creó el Banco de Reserva del Perú, como organismo regulador del sistema crediticio.⁸⁷

En abril de 1931, fue transformado en Banco Central de Reserva del Perú tomando en cuenta las recomendaciones del Profesor Edwin Kemmerer quien señalaba que la principal función del Banco Central de Reserva del Perú debía ser el de mantener el Valor de la Moneda⁸⁸.

Este sistema fue reforzado por la dación del D. L. N° 18779, de febrero de 1971, por el que se ampliaron aún más las facultades del Banco Central, otorgándole la facultad de poder regular las tasas de interés.

Estas normas, a decir de FIGUEROA⁸⁹, marcaron el comienzo de una regulación de la actividad bancaria, siendo indicativas de la importancia

⁸⁶ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. "Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles". Octubre 2000.

⁸⁷ BURNEO VALDERRAMA, Maria Patricia. "Sistema de Control sobre intereses en moneda nacional en el Banco Central de Reserva del Perú". Lima. 1990. Memoria para optar el grado académico de Bachiller en Ciencias Administrativas. PUCP.

⁸⁸ Fuente extraída del video Institucional del BCP. <http://www.bcrp.gob.pe/sobre-el-bcrp/video-institucional.html>

⁸⁹ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. "Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles". Octubre 2000.

que fue asumiendo una conducción centralizada y orgánica del sistema monetario y bancario del país.

La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 84° dice que: “La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero...”

La Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, promulgada en diciembre de 1992, en su artículo 52⁹⁰, propicia la determinación de las tasas de interés por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fije el Banco Central, en ejercicio de sus atribuciones, con la facultad de fijar, excepcionalmente, las tasas de intereses máximos y mínimos, con el propósito de regular el mercado.

Con anterioridad a estas normas, el sistema financiero estaba regulado al igual que las personas ajenas a este, esto es, por medio de las tasas máximas. Así el objetivo buscado por nuestra legislación era el de proteger a los deudores de la usura, pero el uso inadecuado de esta facultad, esto es, el de fijar tasas máximas de interés nominal a niveles inferiores a las del equilibrio de mercado, ocasionó que la tasa real de interés fuera negativa, generando una transferencia de riqueza de los acreedores a los deudores.

Primigeniamente, la fijación de las tasas máximas por parte del Banco Central de Reserva del Perú se efectuaba en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, posteriormente a ello, se incorpora el contenido de la norma al Código Civil, donde se otorga dicha facultad al Banco Central; entendemos que justamente se da autonomía al Banco Central para que sus decisiones sean de carácter técnico y no obedezcan a intereses netamente políticos.

⁹⁰ Artículo 52.- *El Banco propicia que las tasas de interés de las operaciones del Sistema Financiero sean determinadas por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fije para ello en ejercicio de sus atribuciones. Excepcionalmente, el Banco tiene la facultad de fijar tasas de intereses máximos y mínimos con el propósito de regular el mercado.*

CASTRO GALLO⁹¹, señala que el Banco Central de Reserva del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4° del Decreto Ley 18944 y el Artículo 56° de su Ley Orgánica, pone en conocimiento del público que en uso de sus facultades que le confieren los artículos 1243° y 1244° del Código Civil y el artículo 59° de su Ley orgánica, ha resuelto modificar las tasas máximas de intereses que puedan cobrar y pagar las Instituciones de crédito y este Banco Central por las operaciones activas y pasivas. Cabe precisar que el Decreto Ley N° 18944, señalaba que la Superintendencia de Banca y Seguros sería quien se encargue de supervigilar que las empresas o instituciones sujetas o control no paguen ni cobren intereses, comisiones, primas, bonificaciones y otros similares superiores a los fijados por el Banco Central de Reserva del Perú para lo cual se les facultaba a la imposición de determinadas sanciones; ⁹² aún con dicha normativa existían toques máximos para el cobro de tasas de interés para el sistema financiero. Posteriormente, mediante el Decreto Ley N° 21504, se modifica el artículo 59 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, en virtud del cual, se establece que las tasas que autorice el banco por concepto de intereses, comisiones, primas, bonificaciones y otros cargos similares, no podrán exceder a las que como mínimo fije el Poder Ejecutivo.⁹³ Dichas normas solo las consideramos de referencia, puesto que con la modificatoria de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, vigente desde el 01 de enero de 1993, estas quedaron derogadas.

Ahora bien, al darle facultad regulatoria al Banco Central de Reserva del Perú con respecto a la fijación de las tasas máximas de interés, es importante demarcar a qué se refiere dicha facultad; a decir de OSTERLING⁹⁴; la tasa de interés máxima es aquella tasa promedio que considera un riesgo abstracto, de modo que una vez traducido en el

⁹¹ CASTRO GALLO, Mario S. "Manual de intereses por deudas, de acuerdo al Nuevo Código Civil". Tasas BCR. Concepto. Legislación. Comentarios.

⁹² <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/18944-aug-31-1971.pdf>

⁹³ <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/21504-may-25-1976.pdf>

⁹⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. "Tratado de las Obligaciones". Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1996.

caso concreto, es posible de disminución o aumentarse en relación al menor o mayor riesgo que importe la operación concreta del crédito; al establecer un interés máximo necesariamente no está fijando el valor del dinero, sino tan sólo las condiciones más propicias en el mercado.

En virtud a ello, de igual forma, nuestro código establece la existencia de un límite a los intereses que las partes puedan convenir, para aquellas transacciones entre particulares. Al respecto, precisa que el ente encargado de regular estos topes es el Banco Central de Reserva del Perú, regulación que se da a través de la publicación de tasas máximas para el cobro de intereses convencionales.

Es así que el artículo 1243° del Código Civil señala: “La tasa máxima del interés convencional, compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva de Perú”.

Cuando nos referimos al tema de las tasas máximas de interés, necesariamente tenemos que hacer mención a que en el Perú, desde 1991, el régimen de intereses es dual. Anteriormente, como ya lo hemos señalado el Estado era quien fijaba las tasas máximas inclusive para las entidades bancarias. A partir del año de 1991, dicho régimen varió, toda vez que se estableció un sistema dual, por el cual, se distinguía entre operaciones de particulares y operaciones del sistema financiero, donde la tasa de interés se establecería por la simple oferta y demanda.

Sobre el particular, señala FERRERO⁹⁵, que el mercado será quien fije el tope de los intereses; sin embargo, en la práctica lo que ha ocurrido, dice, es que el Banco Central de Reserva ha fijado una tasa lo suficientemente alta que permite el margen suficiente para pactarla casi sin límites.

De esa forma, concluimos que los topes máximos que el Banco Central de Reserva del Perú fija se entiende netamente para operaciones de crédito entre personas ajenas al sistema financiero; ya que este se rige

⁹⁵ FERRERO COSTA, Raúl. “Curso de Derecho de las Obligaciones”. 3ra. Edición. Actualizada. Editora Jurídica Grijley.

por norma especial según la Ley de Bancos, en virtud del cual, las tasas se encuentran liberalizadas.

FIGUEROA BUSTAMANTE⁹⁶, para referirse a la liberalización de las tasas de interés para las entidades bancarias; señala que los topes a las tasas de interés desincentivaron el ahorro financiero -reduciendo los recursos del Sistema Financiero- por ende el crédito dirigido y preferencial llevó a la mala utilización de los escasos recursos disponibles y a la concentración del crédito.

En virtud a ello, y por disposición legal en la actualidad las tasas de interés convencional compensatorio máximos que fija el Banco Central de Reserva sólo pueden aplicarse a operaciones de préstamo de dinero que celebran los particulares; para las entidades del sistema financiero se regirán por la libre oferta y demanda que se da en el mercado financiero; estas tasas de interés tienen que estar forzosamente relacionadas con las condiciones económicas y financieras del país, es decir, con los índices de devaluación monetaria y la oferta y demanda de capitales, esto es, tiene que haber cierta coherencia entre las tasas máximas de interés y la economía de un país.

6. Las tasas de interés en el sistema financiero

Hemos visto que el Perú pasó después de muchos años de un sistema de tasas fijas a un sistema basado en un régimen mixto: libre y sin topes para el sector financiero y, con topes máximos para el resto de los sectores.

En 1918, la Ley N° 2760 (Artículo 7) estableció la nulidad de todo préstamo en el que se estipulase una tasa de interés superior al 14% o al 18% anual. En 1936, el anterior Código Civil estableció la tasa de interés legal en un 5%. Este sistema duró mucho antes hasta que en la Ley N° 21504 que modificó la anterior Ley Orgánica del Banco Central,

⁹⁶ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. "Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles". Octubre 2000.

le encomendó a esta entidad fijar las tasas máximas de interés dentro de los límites que fijase a su vez el Poder Ejecutivo, y en 1982, la Ley N° 23413 modificó el Artículo 1325 del Código Civil, disponiendo que el interés sea fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.

Actualmente los intereses en el Perú para el sistema financiero, se regulan por el Código Civil (Artículo 1243°), la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (Artículos 51° y 52°); por nuestra Carta Magna y por la Ley General del Sistema Financiero (Artículo 9°).

Iniciaremos analizando el Artículo 9° de la Ley General del Sistema Financiero, que prevé que las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para tal efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del Artículo 1243° del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera.

El artículo en mención otorga a las entidades financieras libertad para fijar intereses, comisiones y tarifas; sin embargo, consideramos que este artículo al igual que el artículo 51° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, es bastante confuso, ya que por un lado, acepta que las tasas de interés se formulen por la libre competencia, otorgando libertad para fijarlos y, punto seguido señala que excepcionalmente deberá observar los límites que fija el Banco Central de Reserva del Perú para las operaciones entre particulares, ya que como lo hemos señalado el artículo 1243° del Código Civil otorga esta facultad al ente del Estado para regular topes máximo a las operaciones de crédito entre particulares ajenos al sistema financiero.

En ese sentido, consideramos que quedaría la duda al momento de efectuar una interpretación literal más no sistemática de la norma.

Por su parte el artículo 51º y 52º de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú; establecen:

Artículo 51º- “El Banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio y legal, para las operaciones ajenas al Sistema Financiero...”

Es en este artículo que en concordancia con el artículo 9º de la Ley de Bancos y el artículo 1243º del Código Civil, que el sistema financiero se encuentra facultado a pactar la tasa de interés con sus clientes. Esta se fijará por el mercado, quien regulará a través de la oferta y la demanda el porcentaje que se utilice para la tasa de interés.

Lo que la norma ha querido es evitar la “represión financiera”, que a decir de FIGUEROA BUSTAMANTE; se da cuando el Estado a través de la regulación busca establecer límites a las tasas de interés; sin embargo, los resultados a dicha política no son los más deseados, toda vez que retrotrae el mercado financiero desincentivando el ahorro financiero – reduciendo los recursos del Sistema Financiero – y dificultando su canalización hacia los proyectos con más alto rendimiento.⁹⁷

Por su parte, el artículo 52º de la Ley Orgánica señala:

“El banco propicia que las tasas de interés de las operaciones del Sistema Financiero sean determinadas por la libre competencia, **dentro de las tasas máximas que fije para ello en ejercicio de sus atribuciones.** Excepcionalmente el Banco tiene la facultad de fijar tasas de interés máximos y

⁹⁷ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

mínimos con el propósito de regular el mercado” (el subrayado es nuestro)

La norma descrita precedentemente y la parte que hemos subrayado; a nuestro entender obedece a un error de redacción, la misma que lleva a confusión, ya que de una lectura preliminar podría sostenerse que el Banco Central de Reserva del Perú aún seguiría facultado para fijar tasas máximas para el sistema financiero, cuando se señala que “El banco propicia que las tasas de interés para las operaciones del sistema financiero sean determinadas por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fija para ello en ejercicio de sus atribuciones”.

El sostener esta postura, no haría más que retrotraer la legislación a cuando no existía un sistema dual sobre el régimen de intereses; además que de la misma racionalidad y lógica de estas normas, no sería posible arribar a dicha conclusión y desconocer la libertad jurídica que tiene el sistema financiero para pactar intereses libremente.

Cabe indicar que la Circular 021-2007-BCRP⁹⁸ por el cual, el Directorio del Banco Central de Reserva del Perú en uso de sus facultades que le confiere el Código Civil, el artículo 9º de la Ley de Bancos y los artículos 51º y 52º de la Ley Orgánica; se determinó expresamente la liberalización de las tasas de interés para el sistema financiero. En ese sentido, no podría establecerse que esta entidad aún se encuentra facultada a regular la tasa de interés para entidades del sistema financiero.

Ante ello, encontramos una justificación adicional para que nuestra normativa liberalice las tasas de interés para el sistema financiero, ya que estos al efectuar préstamos a sus usuarios en la mayoría de las veces lo efectúan a largos periodos de retorno, créditos a mediano y largo plazo; donde el valor de dinero de hoy obviamente se debe ver

⁹⁸ <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Circulares/2007/Circular-021-2007-BCRP.pdf>

incrementada a su retorno en otro tiempo; y este incremento se visualiza a través de los intereses que forman parte del crédito.

Quizá se cuestione que las tasas de interés para el sistema financiero se encuentren liberalizadas, y sea interés de algunos el lograr que el Banco Central de Reserva del Perú sea quien se encargue también de regular las tasas de interés para el sistema financiero; sin embargo, dicha liberalización no es antojadiza y tiene su fundamentación en el mercado y en el valor del dinero que hemos venido sustentando a lo largo del presente trabajo.



CAPITULO III

III. EL NEXO DEL CRÉDITO Y LAS GARANTÍAS EN EL SISTEMA FINANCIERO Y SU EJECUCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

1. Importancia de las garantías

Los contratos bancarios no tienen previsto una regulación específica; como hemos señalado, estos se basan en la regulación del Código Civil en cuanto a esta materia se refiere. De igual forma, las garantías que respaldan estos contratos bancarios sobre un crédito, tiene principalmente como función el de coberturar los riesgos del posible incumplimiento en el pago del crédito.

Es por ello, que los bancos a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación requieren de la constitución de garantías; si bien es cierto, la garantía no es un requisito para el otorgamiento del crédito, esta disminuirá en gran medida el riesgo del incumplimiento. En suma, la existencia de garantías resulta inclusive provechosa para el mismo deudor, ya que estas son susceptibles de beneficiar a sus acreedores, aquel deudor encontrará el crédito que se le había negado a falta de ellas. En ese sentido, consideramos que el desarrollo del crédito depende de una buena organización de las garantías.

En dicho entendido, vamos a tratar sobre la hipoteca y la prenda; sin tener que desarrollarlos a fondo con las complejidades que de por sí enmarcan; sino que, es nuestra intención sustentar a través de este punto la importancia que estas tienen para efectos de contratar en el sistema financiero; ya que cuando la obligación no está asegurada por ninguna garantía, amenaza un doble peligro al acreedor. Por una parte, el deudor puede enajenar los bienes que posea entre el día en que haya nacido su deuda y aquél otro en que sea perseguido por su acreedor;

carente del derecho de persecución, el acreedor no podría cobrar sobre los bienes que hayan salido sin fraude del patrimonio de su deudor. Por otra parte, por no tener un derecho de preferencia el acreedor se encontrará en concurso con los demás acreedores y no será pagado sino a prorrata de su crédito. Para precaverlo contra ese doble peligro, el legislador le confiere al acreedor, o le permite exigir, algunas garantías.

Las garantías nacen en Roma; con el transcurrir de las épocas estas se tornaron importantes y se vincularon al surgimiento de un crédito, a decir de MAZEAUD⁹⁹, se concibió la posibilidad de afectar un bien o algunos bienes del deudor al pago de un crédito.

FIGUEROA BUSTAMANTE¹⁰⁰, señala que la función de las garantías en la actividad bancaria es posibilitar la cobertura de los riesgos de insolvencia, lo que se busca asegurar a través de la fianza, hipoteca, prenda, etc.

BONFANTI¹⁰¹, dice que el banco, cuando la garantía resultare insuficiente, tendrá derecho a exigir un refuerzo de la misma o la sustitución del fiador si se trata de una garantía personal, así pues, si la garantía no se otorga o no queda formalizada en los términos del contrato, el banco puede negarse a posibilitar la utilización del crédito o, aún, a resolver el contrato.

Sobre el particular, nuestra normativa nos brinda diversos tipos de garantías; por un lado, contamos con la más usadas y comunes en el

⁹⁹ MAZEAUD, Henry y MAZEAUD, Jean. “Lecciones de Derecho Civil”. Parte Tercera. Vol. I. Garantías. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires. 1962

¹⁰⁰ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

¹⁰¹ BONFANTI, Mario A. “Contratos Bancarios”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina.

sistema financiero que viene a ser la garantía “hipotecaria”. Prevista en el Artículo 1097¹⁰² de la norma sustantiva.

NEFTALI CRUZ¹⁰³, precisa que la hipoteca es un derecho accesorio, por lo que requiere de un contrato principal al cual la hipoteca debe acceder, contrato que puede ser mutuo, pagaré, descuento de letra, sobregiros, etc.; en tal sentido, se tiene que la hipoteca al ser un derecho accesorio se encuentra unida al crédito que garantiza.

Para JOSSERAND¹⁰⁴, la hipoteca es la garantía real e indivisible que consiste en la afectación de un bien del deudor al pago de una obligación, sin que el constituyente pueda ser en ese momento desposeído, y permitiendo al acreedor hipotecario embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento, quien quiera que lo tenga, para hacerse pago con su precio con preferencia a los demás acreedores.

El profesor, AVENDAÑO¹⁰⁵, señala que la hipoteca sólo puede garantizar una obligación de dar dinero, pero no una obligación de hacer o no hacer. La razón es que la hipoteca desemboca, en caso de incumplimiento del deudor, en la venta del bien gravado. El producto de esta venta es dinero, con cargo al cual se cobra al acreedor.

Para MAZEUD¹⁰⁶, el derecho de hipoteca no se traduce en ninguna desmembración del derecho de propiedad; el acreedor no tiene ni el

¹⁰² Artículo 1097°.- *Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.*

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

¹⁰³ CRUZ ORTIZ, Neftali. “Prontuario Jurídico Bancario”. Editorial Jurídica Chile. Cuarta Edición. 1985

¹⁰⁴ JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo II. Vol. II. Contratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y CIA Editores. Buenos Aires. 1951.

¹⁰⁵ <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>

¹⁰⁶ MAZEUD, Henry y y MAZEAUD, Jean. “Lecciones de Derecho Civil”. Parte Tercera. Vol. I. Garantías. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires. 1962

usus ni el *fructus*, hasta el vencimiento, el constituyente conserva, pues, todas las prerrogativas del propietario y no se encuentra desposeído, conserva así mismo la cosa hipotecada.

FIGUEROA BUSTAMANTE¹⁰⁷, señala que cuando la garantía obedezca a una hipoteca, su rango quedará determinado en el momento de la inscripción y no en el momento en que el banco otorgue el crédito.

Así como uno de los instrumentos con los cuales se garantiza un crédito es por medio de la hipoteca, también contamos con las prendas sobre bienes muebles, por la cual, se entrega una cosa en garantía del pago de una deuda; este derecho real de garantía se constituye sobre los bienes muebles mediante su entrega física o jurídica para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación; JOSSERAND, precisa que las garantías reales consisten en la afectación de uno o varios bienes al pago de una deuda; tal cosa responderá de la ejecución de tal obligación, constituirá la prenda (*lato sensu*) de su ejecución.

Con la anterior legislación; todas estas garantías sobre bienes muebles (prenda global y flotante, prenda sobre maquinarias, etc.) fueron desarrolladas por nuestro código civil de manera separada y porque no decirlo de manera desordenada. Sin embargo, a partir del 1 de marzo del 2006, se publicó la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, significando ello un cambio radical al tratamiento de las garantías en el Perú; dicha normativa tiene como finalidad reformar el sistema de garantías reales mobiliarias que operan en nuestro país, con el propósito de crear un sistema eficiente y ordenado que impacte de manera positiva también en el mercado financiero nacional, facilitando de esa forma la garantía y otorgando mecanismos más fáciles de ejecución.

¹⁰⁷ FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles”. Octubre 2000.

Como se ha señalado, las garantías mobiliarias funcionaron sobre la institución de la prenda, con lo cual, no se hacía efectivo el respaldar el otorgamiento de créditos. Ello se debía fundamentalmente a las limitaciones que presentaba la prenda respecto de su constitución, publicidad, prelación y ejecución; no existía un registro sobre todas ellas y, finalmente la ejecución judicial de las misma de por sí era lento e impredecible. En cambio, con la Ley de Garantía Mobiliaria se logró una regulación que incluía y trataba de manera eficaz todas aquellas deficiencias advertidas a través de la prenda, para dar un ejemplo, se crea un registro mobiliario que antes no existía y se permite la ejecución extrajudicial de la garantía, que facilita de manera rápida el recupero de la deuda por parte del acreedor.

El artículo 3° de dicha norma, precisa que la garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación.

Ambas garantías, cuentan con la posibilidad de ser constituidas de manera abierta para toda clase de acreencias, quien quiera que fuere el acreedor, las partes podrán acordar estas garantías genéricas y aún por créditos futuros o sujetos a condición, siendo para ello, suficiente haberlos pactado de manera expresa.

Cabe indicar que, la hipoteca se formaliza por instrumento público y la garantía mobiliaria por cualquier medio escrito; en la cual, intervienen para ambos casos un constituyente (tanto a favor de sus propias obligaciones como a favor de las de tercero); un acreedor (de la operación garantizada) y un deudor (quien disfruta del crédito otorgado). Asimismo, prevalece para ambos casos el derecho de persecutoriedad, que permitirá al acreedor ejecutar el bien, en caso de incumplimiento del deudor, aun cuando este se encuentre en poder de tercero.

Como dice, PUIG BRUTAU,¹⁰⁸ el derecho de hipoteca confiere al acreedor hipotecario el derecho a instar la venta judicial de la finca

¹⁰⁸ PUIG BRATAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo I. Vol. II. Editorial Bosch. Barcelona. 1959.

hipotecada si el deudor no paga la deuda a su vencimiento. El derecho de este acreedor tiene naturaleza real porque para instar esta venta no necesita contar con la voluntad del deudor o del tercero que haya hipotecado su finca en garantía de una deuda ajena.

En nuestra legislación, actualmente sólo existe un procedimiento para la ejecución de la hipoteca que se prevé en el Código Procesal Civil; sin embargo, a modo de reseña, es preciso señalar que a través de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, derogado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros Ley N° 26702; nuestros legisladores mediante el Decreto Legislativo 637 del 25 de abril de 1991, extendieron el procedimiento de ejecución a favor de las instituciones bancarias y financieras; es decir, otorgaron a estas instituciones un procedimiento propio para ejecutar las garantías constituidas a su favor. Dicho proceso especial, procedía cuando vencida la obligación garantizada con prenda o hipoteca, esta era incumplida. También procedía en los siguientes casos tal como lo reseña EUGENIA ARIANO¹⁰⁹:

- 1) Si el deudor dejaba de pagar una o más cuotas en los plazos establecidos.
- 2) Si las garantías se hubieran depreciado o deteriorado a punto tal, que se encuentre en peligro la recuperación del crédito.
- 3) Si el deudor o la empresa financiera eran demandados con respecto a la propiedad de los bienes dados en garantía.
- 4) Si el deudor realizaba actos de disposición o constituía otros gravámenes sobre los bienes dados en garantía, por perjuicio de los derechos de la empresa bancaria o financiera acreedora.

¹⁰⁹ ARIANO DEHO, Eugenia. "El Proceso de Ejecución". La Tutela Ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano. Editorial Rodhas. Lima. Septiembre de 1996.

- 5) Si por cualquier título, el deudor cedía la posesión de los bienes dados en garantía, sin recabar la conformidad de la empresa acreedora.

La autora señala, que dicha normativa, no sólo era de índole procesal, sino civil, e iba más allá de lo que prescribía el Código Civil en materia de hipoteca y prenda, lo cual, es muy cierto, ya que no se consideraba el derecho de persecución que tiene el acreedor con respecto a la hipoteca, se restringía la propiedad del bien a sólo el deudor hipotecario. En realidad, coincidimos en el sentido, que no era una buena norma.

2. Derecho del acreedor sobre el patrimonio del deudor

El deudor al garantizar el crédito que el acreedor le proporciona puede otorgar en garantía o no sus bienes; ya hemos visto que de otorgarlos en garantía el acreedor al incumplimiento de la obligación por parte de este queda protegido de alguna forma con la ejecución de dicha garantía, sin embargo, qué pasa cuando ello no sucede así y el acreedor no cuenta con garantías que respalden su crédito; hasta dónde puede accionar el acreedor para ver satisfecha su acreencia?

PUIG BRATAU¹¹⁰, precisa que el acreedor no tiene una dominación directa o inmediata sobre el patrimonio del deudor; el poder del acreedor para este autor significa que un derecho o una facultad en cierto modo absoluto (en el sentido de poder prescindir de la conducta del obligado) está puesta al servicio del mismo interés que en primer término sólo estaba protegido con un derecho relativo. En ese sentido, lo que adquiere el acreedor es la facultad de poder dirigirse contra los bienes que constituyen el patrimonio del deudor.

¹¹⁰ PUIG BRATAU, José. "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo I. Vol. II. Editorial Bosch. Barcelona. 1959.

Beltrán de Heredia Castaño¹¹¹, sostiene que el derecho de crédito es el poder que corresponde al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de la obligación. En ese entender, el derecho que tiene el acreedor no es meramente el de poder pedir, sino va más allá, consistente en poder exigir su cumplimiento.

Por su parte, DIEZ-PICAZO¹¹², dice que la agresión sobre los bienes del deudor se realiza a través de dos formas: la primera es el embargo y la segunda la ejecución. Para este autor, la ejecución forzosa del crédito consiste en la expropiación de los bienes del deudor para destinar su importe al cobro de lo debido. Este poder o facultad de los acreedores se dirige a promover su venta en subasta pública y a destinar el precio obtenido a la realización del interés insatisfecho.

Para COMPAGNUTTI¹¹³, la forma de la realización coactiva del interés del acreedor siempre tiene como objeto los bienes que componen el patrimonio del deudor, señala que esta es la base de la “garantía patrimonial”

Para la ejecución, se requiere de la intervención del Estado, a través de su órgano jurisdiccional, a instancia del acreedor, para el cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo o de ejecución. HINOSTROZA MINGUEZ¹¹⁴, señala que en el proceso de ejecución se trata de adecuar la realidad a una normativa ya establecida, sustituyendo la voluntad del deudor, o más en general del obligado, en cumplimiento de un acto; ello significa que, la voluntad del deudor no cuenta más por cuanto su esfera jurídica no lo protege más; entonces a

¹¹¹ PUIG BRATAU, José. “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I. Vol. II. Editorial Bosch. Barcelona. 1959.

¹¹² DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid. 1996.

¹¹³ COMPAGNUTTI DE CASO, Rubén H. “Manual de Obligaciones”. Editorial Astred. Buenos Aires. 1997

¹¹⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Procesos de Ejecución. Doctrina. Jurisprudencia. Practica Forense. Tomo IX. Juristas Editores EIRL. Noviembre del 2010.

través de dicha “desprotección” es que lo que él debía cumplir se cumple.

HERNANDEZ,¹¹⁵ señala que el patrimonio ejecutable constituye el objeto de la ejecución y, la ejecución consiste en transferir ciertos bienes, o su precio, del patrimonio del deudor al patrimonio del acreedor.

A través del proceso de ejecución lo que se busca es que se cumplan las obligaciones contraídas por los ciudadanos. Si el deudor se sustrae voluntariamente de su cumplimiento, se crea el rompimiento de las relaciones entre acreedor y deudor, este rompimiento tal vez sea violento, sino existiera un ordenamiento legal por medio del cual se compele al deudor al pago de su obligación. En ese entender, es el Estado quien necesariamente da las herramientas necesarias a los acreedores para que por intermedio de la función jurisdiccional se proceda a instar al deudor al cumplimiento de su obligación, de rehusarse este, entonces será necesario la intervención en los bienes de propiedad del deudor para ejecutarlo en la medida que sea menester para dar satisfacción al acreedor.

Si con el procedimiento de ejecución, no se logrará instar al deudor al pago de la obligación; entonces este dará lugar a la ejecución forzada, sobre este punto HINOSTROZA MINGUEZ¹¹⁶, resaltando lo señalado por Prieto-Castro y Fernández, dice que: “si (...) el obligado por el mandato judicial no lo cumple, la función jurisdiccional empieza a actuar en una nueva etapa, llamada ejecutiva, esto es, en el **proceso de ejecución forzosa**. Esta nueva forma de manifestarse la jurisdicción es indispensable para que los particulares obtengan tangible y prácticamente los bienes que el orden jurídico así les reconoce. Para la ejecución forzosa, el Estado despliega toda su fuerza coactiva para

¹¹⁵ HERNANDEZ LOZANO, Carlos A. “Procesos de Ejecución”. Doctrina-Modelos. Ediciones Jurídicas. Lima- Perú. 1998

¹¹⁶ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Proceso de Ejecución. Doctrina, Jurisprudencia, Práctica Forense. Tomo IX. Jurista Editores EIRL. Noviembre 2010.

operar algunas veces, en primer lugar, psicológicamente sobre el deudor a fin de doblegarle al cumplimiento de lo mandado, y si ello no basta, se resiste, a fin de hacer cumplir específicamente el mandato de la decisión, de proporcionar al acreedor el bien concreto que jurisdiccionalmente se le ha reconocido, y si por ello no es posible, realizar la subrogación, el lugar del deudor, el acto que omite, sancionar la realización de lo que debía omitir o poner a disposición del acreedor otros bienes materiales que puedan sustituir a aquel en su valor económico”.

Sobre la ejecución forzada también se han pronunciado los autores como Podetti¹¹⁷, quien la define como “ejecución coactiva” precisando que esta se hace necesaria ante el incumplimiento del deudor y a la petición del acreedor.

Ante ello, debemos precisar que efectivamente la ejecución forzosa solo nace a petición del acreedor quien teniendo un pronunciamiento a favor que le reconoce su derecho a crédito será quien solicite todo el imperio y fuerza coactiva del órgano jurisdiccional a fin de ver satisfecha su acreencia. Esta conducta, tiende a restablecer de alguna forma el equilibrio jurídico, haciendo desaparecer la transgresión que ocasiona la actitud ilícita del deudor dañando el interés del acreedor.

CARNELUTTI¹¹⁸, por su parte hace mención a que antiguamente la sanción al deudor que incumplía con su obligación recibía una sanción de tipo corporal, este procedimiento con el paso del tiempo varió a una sanción de índole patrimonial; donde se formó una medida coercitiva, por el cual se constreñía al deudor a que cumpliera a través de la presión y si esta fracasaba se daba inicio a la sanción con respecto al derecho del deudor que entraba en conflicto con el derecho del acreedor.

¹¹⁷ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Proceso de Ejecución. Doctrina, Jurisprudencia, Práctica Forense. Tomo IX. Jurista Editores EIRL. Noviembre 2010.

¹¹⁸ CARNELUTTI. “Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones en estudios de Derecho Procesal”. Volumen I. Ejea. Buenos Aires. 1952

Para la doctrina española, la ejecución forzosa es una actividad procesal que en todo caso tiene lugar a instancia de parte. CORTEZ DOMINGUEZ¹¹⁹, señala que se trata aquí como un proceso de declaración, del ejercicio de la acción, del derecho a obtener tutela judicial efectiva; dicho derecho de acción se aplica a la iniciativa de parte en la ejecución forzosa, existiendo la diferencia en que en el proceso de declaración el objeto es el de obtener un juicio jurisdiccional y en la ejecución lo que se pretende es la realización frente al obligado de los actos que permitan al acreedor la consecución del derecho que la sentencia le reconoce. En ese sentido, al impulsar la actividad jurisdiccional el acreedor lo que busca con la ejecución forzosa es obtener del patrimonio del deudor una determinada cantidad de dinero para que le sea entregada a este y de tal forma satisfecho su interés.

Es así como DIEZ-PICAZO, advierte que el acreedor no tiene derecho a un comportamiento de un deudor (de pagar o no); sino derecho a la satisfacción de un determinado interés. Esta corriente se explica en el sentido de que la obligación quedará extinguida si el acreedor logra ver satisfecho su interés, aunque el deudor no haya cumplido. Pero dicho interés del acreedor cómo debe entenderse? A nuestro criterio, el interés del acreedor se verá completamente satisfecho cuando se le haya reconocido sobre su capital, el interés que se haya pactado así como los gastos en que haya ocurrido; sin embargo, ello en la práctica no resulta tan fácil, ya que como bien lo hemos precisado el valor del dinero se mide en una línea de tiempo, que para que la deuda con intereses se extinga debería coincidir con la fecha de pago. En ese sentido, el mismo autor citado, señala que el deudor no puede quedar obligado a que el acreedor consiga la realización de aquel fin, de aquel interés o de aquel resultado que persigue. El deudor cumple realizando la actividad a la cual está obligado; desde esa óptica se rompe el derecho del acreedor a ver satisfecho su interés de pago respecto de su obligación más los intereses y gastos devengados.

¹¹⁹ CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. "Derecho Procesal Civil". Editorial Colex. Madrid 1996.

Volviendo a la finalidad de la ejecución forzosa, en conclusión, representa uno de los termómetros más significativos para medir la eficacia de la administración de justicia en un país, ya que de nada servirá a un acreedor que obtuvo sentencia favorable si ve mermado su derecho por un ineficiente procedimiento de ejecución; en términos económicos, resultaría bastante oneroso en no poder llevar adelante la ejecución, que precisamente constituye uno de los instrumentos para hacer efectivos los derechos del acreedor.

Precisamos que para el inicio de la ejecución forzosa; el acreedor cuenta sólo con una vía para recuperar su crédito vencido que será, el órgano jurisdiccional, (para el caso de garantías hipotecarias, ya que en las mobiliarias puede actualmente pactarse la venta extrajudicial al incumplimiento); por medio del cual, este ente del Estado utilizará toda la fuerza coactiva a favor del acreedor a fin de instar al deudor a través de una sentencia al pago de la obligación; de negarse el deudor a dicho pago, no quedará otra opción que proceder al remate de los bienes dados en garantía para de esa forma ver satisfecha “parte” de la obligación. Por qué señalamos que el acreedor verá satisfecha sólo parte de la obligación?; advertimos ello, en razón que los remates de inmuebles al tener un procedimiento propio en el cual, se castiga el valor del inmueble; a nuestra consideración, necesariamente la base de remate en el común denominador siempre será por debajo de la deuda inclusive demandada como capital, lo cual, como lo hemos sustentando genera intereses por una simple explicación que se sustenta en el valor del dinero a través del decurso del tiempo; tiempo que durará la ejecución forzada hasta su efectiva recuperación a favor del acreedor, que en el mejor de los casos por la característica de nuestro Poder Judicial esta clase de procesos duran entre nueve meses a más de un año, en caso existiera contradictorio.

Cabe resaltar, que el contradictorio es el derecho que la ley otorga al deudor para que este puede liberarse de la deuda. Al respecto, la Dra. ARIANO DEHO¹²⁰, nos precisa que si el proceso de ejecución

¹²⁰ ARIANO DEHO, Eugenia. “El Proceso de Ejecución”. La Tutela Ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano. Editorial Rodhas. Lima. Septiembre de 1996.

constituye el instrumento para hacer efectivos materialmente los derechos transformando lo que debe ser en ser y citando a Carnelutti, dice que ello no significa que una vez iniciado el proceso de ejecución, este debe inevitablemente proseguir hasta la efectiva satisfacción del derechohabiente, sino que es necesario dotar a quien debe soportar la ejecución de un medio, para poder destruir la aparente certeza de la existencia del derecho que da el título ejecutivo; se trata así, de la oposición, o como se trata en nuestra legislación como contradictorio, que procede en sólo determinados casos previstos por ley.

Ahora bien, si pese a la oposición de la cual nos hemos referido, se demuestra el derecho del acreedor, el procedimiento exige la ejecución del bien dado en garantía para de esa forma obtener un rédito que satisfaga dicha obligación impaga, este se da a través del remate o subasta pública del bien dado en garantía. De obtenerse, un determinado monto el Juez ordenará el pago del monto obtenido, de esa manera, surge otro inconveniente que respecta a la distribución del dinero a favor del acreedor.

Ramos Mendez¹²¹, en lo que toca a la distribución de la suma recaudada con la venta pública del bien, señala que si el remanente paga el precio del remate se habrá cumplido el objetivo final del procedimiento de apremio: obtener una cantidad de dinero líquida con la que se pague al ejecutante.

Sobre el particular, CORTEZ¹²² señala que el pago en metálico representa en las ejecuciones dinerarias la forma específica de satisfacer el derecho del acreedor ejecutante; a este deberá abonársele la cantidad liquidada a que asciende el principal y los intereses, más las

¹²¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "Derecho Procesal Civil". Proceso de Ejecución. Doctrina, Jurisprudencia, Práctica Forense. Tomo IX. Jurista Editores EIRL. Noviembre 2010.

¹²² CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. "Derecho Procesal Civil". Editorial Colex. Madrid 1996.

costas de manera total o parcial, ello dependerá de si el producto de la venta fue o no suficiente para cubrir tal importe liquidado.

En ese sentido, llegamos a la liquidación de las deudas a fin de establecer el monto final a pagar al acreedor ejecutante; y en este tema es que vamos a lanzar nuestra posición con respecto a lo que viene ocurriendo en los procesos judiciales seguidos por las entidades del sistema financiero para ver satisfecho el crédito impago; el cual desde el momento en que este crédito queda vencido hasta el efectivo pago (nos referimos a la entrega de los fondos para su aplicación a la deuda) con el producto de un bien rematado los intereses pactados se van devengando.

Haciendo un paréntesis, quisiéramos resaltar la posibilidad del pago de intereses parciales, los cuales quedan a sólo consentimiento y criterio del acreedor de así efectuarlos, ello implica su renuncia al cobro posterior de ellos. La doctrina argentina¹²³, permite el pago parcial de interés por parte del deudor cuando este quiera imputar su pago a parte de los intereses y parte del capital; sin embargo, nuestra legislación precisa un orden de preferencia en el cual, señala, que el pago se efectúa primero a los **gastos, intereses y finalmente al capital**.

Sobre el particular, advierte el autor nacional CELI AREVALO; en su artículo “Garantía Mobiliaria: Análisis y Perspectivas”, cuando advierte las deficiencias y vacíos de la Ley de Garantías Mobiliarias, anotando que en esta normativa se establece un nuevo orden para imputar el pago del producto de la ejecución de garantías mobiliarias que va de la siguiente forma: **capital, intereses**, primas, indemnizaciones, gastos comisiones, salvo pacto en contrario (el énfasis es nuestro). Señala que este orden de imputación al pago contraviene el artículo 1257° del Código Civil que no ha sido modificado por esta norma y ante dicha contradicción bien podría como dice el autor la parte ejecutante exigir que se respete dicho orden y por ende exigir el pago inicial del capital y si sobraré se impute a los intereses. Inclusive refiere yendo a un

¹²³ JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge. “Tratado de Derecho Civil”. Obligaciones II-A. Clasificación de las obligaciones. 3ra. Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1846.

extremo, en el cual una deuda se encuentra garantizada con una hipoteca y una garantía mobiliaria; sería muy de difícil liquidar al tener que aplicar el producto proveniente de la ejecución de la hipoteca de modo distinto al producto de la ejecución de la garantía mobiliaria, pese a que se trate de un mismo crédito.

De ser así, se estaría generando un problema bastante serio puesto que el acreedor ejecutante ya no podría cobrar los intereses que quedarían pendientes de pago, precisamente por el carácter accesorio que estos tienen. GARRIGES¹²⁴, señala que una vez pactada la obligación de abonar intereses esta obligación tiene carácter accesorio de la obligación principal. De este carácter se desprende que aquella obligación no puede nacer con independencia de esta, ni subsistir cuando la obligación principal se haya extinguido.

En virtud a lo expuesto, y en esta etapa de liquidación de intereses el Juzgador juega un papel importante puesto que no existe norma que de un procedimiento para el caso de liquidación de los intereses en el sistema financiero, a nuestro criterio sí debería existir tal procedimiento, ya que como lo hemos venido sustentando si bien el tipo de interés a cobrar obedece al pacto existente en el contrato bancario para determinar si se trata de compensatorios y moratorios al momento de aplicarse los mismos y trasladarse a la liquidación final luego de la ejecución forzada de la que hemos hablado; de no pactarse se utilizará sin lugar a reclamo los intereses legales convencionales, Fernández Cruz señala, que no deben confundirse los conceptos de interés convencional de tasa legal y el interés legal, debido a que ambos son diferentes. Se entiende por interés convencional de tasa legal, cuando las partes contratantes hayan acordado previamente el devengamiento de intereses, sin embargo por omisión, no se consigna el monto de los mismos; en cambio se entiende, por interés legal cuando es precisamente la ley la que determina el deber del deudor de pagar intereses, criterio tomado de la *Sentencia Casatoria 2656-2007-Arequipa, de fecha 18 de junio del 2008, correspondiente al voto*

¹²⁴ GARRIGUES, Joaquin. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo IV. Reimpresión. 7ma. Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1987.

singular del Vocal Palomino García; volviendo al tema de la liquidación considerando los intereses pactados; lo que el Juzgador en la práctica viene haciendo es aparejar la liquidación de costas a este tipo de liquidaciones que de por sí son más complejas, ya que el procedimiento a utilizar responde a la práctica financiera en donde necesariamente se aplica para todo tipo de operación el interés compuesto para lo cual se utiliza una fórmula de matemática financiera, y no las fórmulas de interés nominal, el cual, de ninguna forma, efectuado el cálculo a dicha tasa se obtendrá los resultados “liquidados” que demuestran las entidades financieras. Por ello, es que regularmente existe un desfase entre lo liquidado por un Juzgado y lo liquidado por una entidad financiera. Además de ello, tampoco existe normativa referente a la fecha de corte en la que deba establecerse una liquidación por parte del Juzgado, será la fecha de remate; la que el adjudicatario deposita el saldo de precio obtenido; la de la resolución que el Juez ordena la liquidación. A nuestro criterio, no existe un criterio uniforme al respecto, precisamente porque no existe un procedimiento normativo sobre el particular. Dicho criterio necesariamente va a incidir en el valor que se le otorgue al dinero en el tiempo; nos explicamos: Si por ejemplo, el Juez ordenase que la liquidación se efectúe a fecha de corte de la fecha de remate, al obtener la liquidación por parte del Juzgado (con lo lento de su actuar) quedaría pendiente por liquidar intereses desde el día después de la fecha de remate hasta el día efectivo del pago (vía endoso de certificados de depósito) a favor del acreedor. De igual forma, se presentará dicho vacío cuando nos encontremos entre la fecha de pago del adjudicatario o la que el Juez ordene; toda vez que, en este caso, no se estaría considerando el transcurso de tiempo entre lo que no se liquidó y el pago efectivo al acreedor. En ese sentido, qué hacer con el interés que se dejó de pagar; quién lo asume?, definitivamente es el acreedor quien deberá proceder a condonar dicho interés dejado de pagar precisamente porque entre la fecha de liquidación y la fecha efectiva de pago se dejó de liquidar intereses con consentimiento de los órganos jurisdiccionales.

No es nuestra intención profundizar, sobre el proceso de cálculo que se viene utilizando tanto en el sistema judicial como en las entidades financieras, eso se lo dejamos a los entendidos en matemáticas

financieras; sino que nuestra preocupación surge en que al imponer los jueces dichas liquidaciones como finales vienen transgrediendo un derecho del acreedor financiero a satisfacer su interés que resulta del cobro de los gastos, el interés pactado (de acuerdo a la libre oferta y demanda) y capital. De esa forma, cuando una liquidación es aprobada por el Juzgador a tasas nominales (como normalmente se viene efectuando), no queda más a la entidad financiera asumir ese saldo impagable como pérdida ya que no podrá ser cobrado en adelante por existir un mandato judicial que ampara una liquidación que a nuestro entender es errónea, olvidando la interrelación que ahora existe entre el Derecho y la Economía. Si bien es cierto, existe posibilidad de observar dichas liquidaciones al considerarlas erróneas, por la experiencia y práctica en dichos temas hemos advertido que ello, finalmente resulta contradictorio ya que el lento desenvolvimiento de nuestro Poder Judicial, finalmente hace que el dinero recaudado con el transcurrir del tiempo (que demora el atender una apelación) hace que los intereses de la deuda principal puestos a cobro siga incrementándose (no olvidemos que los bancos a la fecha vienen trabajando a través de sistemas que calculan dichos intereses a las tasas pactadas para cada producto) y de esa forma extendiéndose la brecha entre lo que se cobrará y lo que se tendrá que asumir como pérdida (ya que deberá anotarse que el banco aplica los fondos recaudados cuando estos ingresan a sus arcas y no cuando existe un pronunciamiento sobre una liquidación inclusive desfasada).

En virtud a lo expuesto, queda un vacío en nuestra legislación sobre dicho punto, que de tratarse un procedimiento para este sector creemos que podría inclusive evitarse la morosidad y que al quedar el procedimiento establecido en blanco y negro las entidades financieras no se verían perjudicadas al ver el retorno de su crédito impago satisfecho totalmente.

3. Revisión y análisis de algunas resoluciones judiciales que contravienen los contratos bancarios al referirse a las liquidaciones post ejecución forzosa

En esta parte de nuestro trabajo, queremos demostrar el erróneo criterio de nuestros juzgadores respecto de las liquidaciones post ejecución forzosa, en virtud de las cuales, se estaría contraviniendo un pacto de intereses que se originó a través del contrato bancario.

Obtendremos un extracto de cada resolución, que en su versión completa la adjuntaremos en la parte referida a Anexos, para que el lector pueda revisarla en su integridad:

Resolución N° 40, de fecha 16 de octubre del 2008; emitida por el Segundo Juzgado Mixto de Huánuco (Exp. 2005-01498-0-1201-JM-CI-2

*CUARTO.- Que, del análisis de la liquidación practicada se puede apreciar que se a (sic) aplicado las tasas de intereses establecidas por el Banco Central de Reserva en virtud a lo establecido en el artículo 1245 del Código Civil, y que lo alegado por la demandante en su escrito de observación, sobre la aplicación de intereses, basada en la tasas que aplican en el sistema financiero; **tal situación no ha sido pactado por las partes, conforme es de verse del contrato de constitución de Garantía Hipotecaria...** (El énfasis es nuestro)*

QUINTO.- Que, asimismo, si bien las empresas del sistema financiero; sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central de Reserva del Perú, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica, por otro lado, con respecto a las tasas de intereses aplicadas en las liquidaciones por intereses moratorios y compensatorios, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera, es del caso advertir que, las tasas de dichos intereses, no pueden coincidir, por cuanto los

factores acumulados a la fecha en que se generaron los intereses moratorios y compensatorios, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera, así como a la fecha de actualización, son diferentes, conforme establece el Banco Central de Reserva del Perú ..., motivo por el cual, los intereses moratorios y compensatorios, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera nunca van a coincidir; siendo así, se debe desestimar la observación indicada y proceder a la aprobación respectiva de la liquidación de intereses practicada.

ANÁLISIS:

En el presente caso se observa dos posiciones del Juzgador para no aprobar la observación de la entidad financiera que se oponía a una liquidación a intereses legales. Por un lado, sustenta su posición en que la entidad financiera no habría pactado el interés compensatorio y moratorio en la Constitución de Garantía Hipotecaria; como hemos visto en el Capítulo Segundo, el instrumento con el cual cuenta una entidad bancaria para pactar los intereses que emanen de un crédito es el contrato bancario, que consiste finalmente en los típicos formularios con que cuentan estas entidades para cada producto que ofrecen al mercado y que si el cliente los acepta se adhiere a sus condiciones generales sin tener que tratarse necesariamente de un contrato de adhesión sino de un contrato general por voluntad de las partes; el cual, de considerarlo dichas partes podrá optar por contar con garantías o no, para ello, las garantías se formularán a través del contrato de hipoteca que se formalizará en virtud a un instrumento público, que vendría a ser la Constitución de la Garantía Hipotecaria, donde se definirá los términos de esta hipoteca más no deberá establecerse el pacto de intereses que se sustenta en el contrato bancario, toda vez que ello distorsionaría la naturaleza de tipo “sabana” de estos contratos. Por ello, consideramos que la posición del Juzgador sobre el particular no es correcta, puesto que estaría limitando este tipo de contratos por el cual se garantiza una obligación al establecer un pacto de intereses que se da necesariamente en el contrato bancario.

Por otro lado, el Juzgado sustenta también su posición señalando que si bien es cierto el sistema financiero puede señalar libremente las tasas de interés, este deberá observar los límites establecidos por el Banco Central de Reserva del Perú, el cual diariamente actualiza dichas tasas; razón por la cual, el interés moratorio y compensatorio liquidados en un determinado tiempo no coincidirá con los liquidados posteriormente, por la simple razón de las publicaciones que para efecto estaría emitiendo el Banco Central de Reserva del Perú; sobre el particular, creemos que una vez más, la propia norma lleva a confusión a los juzgadores, puesto que tal como lo advertiéramos en nuestro segundo capítulo la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, en su artículo 51° por un lado acepta que las tasas de interés se formulen por la libre competencia, otorgando libertad para fijarlos y, punto seguido señala que excepcionalmente deberá observar los límites que fija el Banco Central de Reserva del Perú para las operaciones entre particulares.

Resolución N° 12, de fecha 27 de enero del 2012; emitida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced (Exp. 057-2010-0-1505-JR-CI-01)

CONSIDERANDO 3.3.- De otro lado, los demandados afirman que no han fijado el pago de interés compensatorio (2), en ninguna parte del contrato de Garantía Hipotecaria. Lo cual en efecto, se advierte, que revisado el referido contrato, no existe acuerdo o pacto establecido que textualmente señale la tasa de interés compensatorio, y si bien es cierto en la cláusula décima primera se anota en el primer párrafo que "Las partes convienen en que la tasa de interés que devengaran las obligaciones, corresponderá a la tasa activa, máxima que tenga establecida EL BANCO para las respectivas formas o modalidades crediticias durante la vigencia de los plazos de los créditos correspondientes", no puede interpretarse unilateralmente que esté referida a intereses compensatorios. Lo contrario devendría en contravenir lo señalado por el artículo 1361 del C. C. "Los contratos son obligatorios en cuanto se hay expresado en ellos".

Lo cual en efecto rige conforme al principio pactas sut servanta (fuerza vinculatoria del contrato). (3)

ANÁLISIS:

Nuevamente, este pronunciamiento tiene un criterio errado al considerar que debió haberse pactado en el Contrato de Hipoteca la tasa de interés compensatorio y moratorio a fin de tener facultad la entidad financiera de poder cobrarla, en tal sentido, a criterio de la segunda instancia declaran Fundada la contradicción presentada por la parte ejecutada; con lo cual, vulneran el derecho de la entidad financiera a poder cobrar un interés pactado en un contrato bancario que en definitiva no se trata del de Constitución de Hipoteca, ya que como lo hemos señalado la finalidad de este contrato es otro y no la fijación de una tasa de interés. Es más con dicho pronunciamiento, restringen el cobro de un interés pactado por supuestamente no encontrarse acreditado; cuando dicha acreditación se dio a través del contrato bancario donde sí primó el *pactas sut servanta*.

Auto de Vista N° 329-2008, de fecha 19 de diciembre del 2008; la Sala Mixta Descentralizada de Tarma (Exp. 112-2003)

*TERCERO.- Que **la tasa de interés** puede ser convencional o legal según la fijen las partes o la ley, respectivamente; no pudiendo exceder del límite máximo autorizado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCR); Entonces, sólo el BCR ésta autorizado para fijar tasas máximas; por lo que, pretender el pago de intereses moratorios y compensatorios máximos fijados unipersonalmente por una Institución Bancaria..., como viene ocurriendo en el presente proceso, es ilegal y hasta sería un abuso de derecho; tanto más que, si nos fijamos de la Escritura de Constitución de Hipoteca y el Contrato Garantía Prendería ya referidos **no aparecen haber establecido tasa de interés alguna**, sólo de manera ambigua y genérica se han referido a una tasa máxima que sería fijado por el Banco de Crédito del*

Perú. **EN CONSECUENCIA**, conforme lo disponen los artículos 1245 y 1246 del Código Civil, cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, **el deudor debe abonar el interés legal** y sí no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, **en su defecto, el interés legal.**

ANÁLISIS:

En el presente caso, la Sala estaría vulnerando y desconociendo la liberalización de tasas de interés para el sistema financiero al señalar que estas son autorizadas por el Banco Central de Reserva del Perú, precisa que este ente es el único autorizado para señalar tasas máximas y que en tal virtud el banco no podría establecer la tasa máxima de manera unilateral ya que se estaría ante una ilegalidad, a decir, de la Sala. Lo que hacen los bancos en sus contratos de constitución de hipoteca o garantía mobiliaria es incluir una cláusula tipo, que le permita aplicar la tasa máxima pactada en el contrato bancario con el cliente, ello no quiere decir que esta la aplique unilateralmente. Dicho clausula se encuentra respaldada en el Artículo 9° de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y el Artículo 51 y 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú.

Comentarios comparativos entre una liquidación emitida por el Juzgado en un proceso de ejecución de garantías donde existió pacto de intereses moratorios y compensatorios y una liquidación efectuada por la propia entidad financiera.

SEÑOR JUEZ:

Doy cuenta a usted, que en la fecha y conforme lo ordenado, procede a efectuar la liquidación de intereses y costas, la misma es como sigue:

I.- LIQUIDACIÓN DE INTERESES:

1. **CAPITAL.-** S/. 108,380.43, contenido en la resolución dos de fojas treinta y uno y siguiente.
2. Primera adjudicación al 15-04-2011, suma pagada S/. 54,138.00

Restado ambas sumas: -----S/. 108,380.43 -
S/. 54,138.00

Saldo Deudor= S/. 54,242.43

3. INTERES LEGAL MÁXIMO = 1.5% mensual

Tiempo transcurrido a la fecha de la 1era. Adjudicación (15-04-2011) --
11 meses

Multiplicado el saldo deudor por 1.5%: ----- S/. 81,363.645 x 11 meses

DEUDA TOTAL: ----- S/. 895,000.095,

TOTAL INTERESES LEGALES ES DE... S/. 895,000.095

II.- COSTAS DEL PROCESO:

- Arancel Judicial por notificación judicial (fs. 02, 10, 60, 68, 71, 94, 169, 212 y 217).....S/. 82.28
- Arancel por exhorto (fs.10).....S/. 36.00
- Arancel por ofrecimiento de pruebas (fs.10).....S/. 36.00

TOTAL DE COSTAS DEL PROCESOS/. 154.28

RESULTADOS:

- Son **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CON 095/100 NUEVOS SOLES (S/. 895,000.095)**, por intereses a favor del ejecutante.
- Son **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO CON 28/100 NUEVOS SOLES (S. 154.28)**, total de costas del proceso.

Rioja, 19 de marzo del 2012.



PODER JUDICIAL
Cynthia G. Ruiz Hidalgo
SECRETARIA JUDICIAL
1º Juzgado Mixto de Rioja

ANÁLISIS:

Sobre el particular, en el presente caso, se trata de un proceso de ejecución de garantías donde se otorgaron dos créditos consistentes en un producto tarjeta de crédito cuya tasa se estableció para el interés compensatorio (25%) y moratorio (10%); y un producto crédito efectivo con una tasa compensatoria (30%) y una tasa moratoria del 10%. Cabe advertir que para cada producto se cuenta con una tasa compensatoria distinta como consecuencia de haberse así pactado mediante contrato

bancario. En vista que la garantía fue rematada y se procedió al cobro de la suma de un determinado monto de dinero S/. 54,138.00; el Juzgado ordenó la liquidación post ejecución del saldo deudor, teniendo el resultado mostrado en el texto precedente; donde a nuestro parecer no se ha respetado el interés pactado ni el procedimiento que se utiliza para este tipo de liquidaciones. Por ejemplo, el Juzgado toma como capital los dos montos demandados procediendo a sumar indistintamente las tasas de interés respecto de cada uno de dichos productos que se pactaron. Desde ya; dicha liquidación nace errónea, toda vez que no se está diferenciando las tasas de interés por cada producto demandado. Por otro lado, a dicho resultado de capital, lo único que hace el Juzgado es restarle el monto obtenido por remate, sin haber liquidado previamente los intereses corridos desde la fecha de demanda hasta la fecha de adjudicación; y como lo señalábamos, en vista que no existe un procedimiento sobre la fecha de corte que deba utilizarse; este Juzgado optó por liquidar hasta la fecha de adjudicación, quedando un tramo sin liquidar (*desde la fecha de adjudicación hasta la fecha efectiva de cobro*),. Asimismo, utiliza un interés legal máximo que no ha sido pactado por las partes, sino que el Juzgador lo sobreentiende en un porcentaje del 1.5 mensual. Finalmente con la operación aritmética efectuada obtiene un monto que realmente no es correcto.

Para el caso de liquidaciones del sistema financiero, hemos precisado que estas se efectúan por medio de utilización de fórmulas matemáticas, que es una rama particularmente específica que no abordamos a profundidad; sino que es necesario entenderla para poder interpretar los resultados de tales liquidaciones; las mismas utilizan como factor de cálculo la Tasa Efectiva (TEA). Resumiéndose en la fórmula que a continuación precisamos:

$TASA\ EFECTIVA\ DIARIA = ((1+TEA)^{(1/360)}) - 1$
$INTERES = (CAPITAL * (1+TEDiaria)^{(\#de\ días)}) - capital$

Con ello, queda demostrado que resulta necesario fijar un procedimiento para efectuar liquidaciones del sistema financiero y evitar la transgresión de pactos que se han estipulado mediante contrato.

CONCLUSIONES

1. El interés es un bien que deriva de otro principal que le sirve de fuente generadora. Es por ello, que los intereses son considerados como bienes accesorios. Consecuentemente, si no existe un principal denominado capital, no es posible la generación de intereses. Resulta, necesario resaltar el vínculo existente entre el carácter jurídico y económico que recae sobre el interés, puesto que, ya no puede sólo tratarse este desde un punto de vista netamente jurídico por cuanto lo económico se encuentra estrechamente relacionado con el desarrollo económico de un país.
2. Nuestra legislación ha evolucionado de manera paulatina respecto al tema del pacto de intereses, para tal efecto, considera para el caso del interés convencional, que puede ser compensatorio y moratorio en función de la calidad de agente o sujeto comprometido en la operación en la que se establece; y para el caso del interés legal lo diferencia de acuerdo al origen de la obligación. Al respecto, la doctrina precisa que, debe establecerse diferencia entre el interés legal y el interés convencional de tasa legal, puesto que el primero se da por imperio de la ley que así lo establece y el segundo se da cuando las partes pactaron el interés convencional pero obviaron consignarlo en el contrato.
3. Nuestra legislación actualmente, cuenta con un régimen dual para regular los intereses; en el cual el Banco Central de Reserva del Perú será quien fije los topes máximos de interés para las operaciones entre particulares ajenos al sistema financiero; ya que para este sector se establecen por el propio mercado. La razón de este tratamiento diferenciado, reside en que en el sistema financiero existe una adecuada competencia que regula eficientemente las tasas de interés. En cambio, esta competencia no está necesariamente presente en las operaciones de personas ajenas al sistema financiero, razón por la cual, el Banco Central de Reserva del Perú les fija topes máximos que no pueden sobrepasar.

4. Ante dicho sistema dual, se entiende que las tasas de interés para el sistema financiero actualmente en el Perú se encuentran liberalizadas. Cabe indicar que, dicha finalidad de liberalizar la tasa de interés se plasma a través del Artículo 9°, concordante con el artículo 51° y 52° de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú y el Artículo 1243° del Código Civil; normas que deben ser interpretadas de manera concordante y sistemática; toda vez que, a nuestro entender podría llevar a confusión el efectuar una interpretación literal de dichos artículos cuando se menciona que excepcionalmente el Banco Central de Reserva del Perú tiene la facultad de fijar tasas de interés máximos y mínimos con el propósito de regular el mercado.
5. El pacto de intereses en los contratos bancarios son válidamente legales, puesto que existe consensualidad para su perfeccionamiento.
6. Es importante considerar que el dinero como tal tiene un valor en el mercado, sin embargo, este valor juega un rol importante durante una línea de tiempo; con ello se diferencia el valor del dinero de hoy del dinero del futuro. Es así que la tasa de interés determinará dicho valor, permitiéndonos establecer parámetros comparativos que ayudarán a tomar decisiones de inversión, ahorro, gastos, etc.; siempre asociados a un factor de riesgo de retorno de dicho valor.
7. Ante ello, hemos podido advertir que respecto de los procesos de ejecución forzada por medio de los cuales el acreedor financiero busca la satisfacción de su crédito, no se tiene presente el valor del dinero en el tiempo, puesto que algunos Juzgadores para efectos de las liquidaciones post ejecución utilizan un criterio erróneo del interés pactado (llegando inclusive a transgredirlo) e inclusive al no contar esta liquidaciones con un procedimiento se deja de lado intereses por cobrar, que van en desmedro del acreedor financiero.

RECOMENDACIONES

1. Consideramos necesario que exista una modificación al Artículo 9º de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702; puesto que este lleva inmerso a nuestro criterio un error que viene causando confusión en el sistema judicial, por cuanto, los jueces vienen aplicando dicha norma mediante una interpretación literal de la misma; considerando que el Banco Central de Reserva del Perú es quien aún cuenta con la facultad de fijar topes máximos a las tasas de interés del sistema financiero; lo cual viene vulnerando el derecho de las entidades del sistema financiero que aún vienen fijando las tasas de interés de acuerdo al mercado y a los pactos contractuales; que no son respetados por el propio sistema judicial.
2. Igualmente, consideramos necesario la implementación de un procedimiento a seguir para el caso de las liquidaciones post ejecución forzada frente a los acreedores del sistema financiero; donde se establezca una fecha de corte para efectuar las liquidaciones y no se deje a criterio de los jueces, dicho punto, toda vez que ello, viene dejando un margen bastante amplio en el cual se omite liquidar intereses pactados.

ANEXOS



EXPEDIENTE	: 2005-01498-0-1201-JM-CI-2
ESPECIALISTA	: VARA BERROSPI, BALTAZAR
DEMANDADO	: BRAVO TINEO IRWING PUMA TORRESTAMARA LUCIA SERVICENTRO EL TREBOL S.A.C.
DEMANDANTE	: BANCO DE CREDITO DEL PERU LUDENA SINCHITULLO EDGAR SAUL MALATESTA ARGANDOÑA SERGIO GUSTAVO
TERCERO	: PULGAR CORDOVA ROSA ALICIA
MATERIA	: EJECUCION DE GARANTIAS
Resolución Nro.40 Huánuco diecisiete de octubre del, Dos mil ocho.....	

AUTOS Y VISTOS, puestos los autos a despacho para dictar la resolución correspondiente; Y CONSIDERANDO: **PRIMERO.-** Que, la parte demandante mediante escrito de fojas cuatrocientos ochenta y uno presenta su propuesta de liquidación de intereses moratorios y compensatorios, tanto en nuevos soles como en dólares; puesto a conocimiento de la parte demandada, propone su propuesta en el primer otrosí del escrito de fojas cuatrocientos noventa y tres, por lo que mediante resolución número treinta y seis se dispuso que el secretario curso cumpla con lo ordenado a efectos de practicar la liquidación de intereses compensatorios y moratorios; **SEGUNDO.-** Que, para la expedición de la resolución número treinta y siete, es de apreciar que se ha calculado para la liquidación de intereses moratorios y compensatorios en moneda nacional, así como los intereses moratorios y compensatorios en moneda extranjera, las tasas de interés fijados por el Banco Central de Reserva y sus respectivos factores acumulados, así como su metodología establecida, tomándose como referencia que dichos intereses empezaron a generarse desde el doce de diciembre del dos mil cinco, fecha en que fueron notificados los ejecutados con la demanda, como es de verse a fojas ochenta y cuatro y para mejor resolver se ha tenido en cuenta la tasa de interés legal anual emitida por el Banco Central de Reserva de fecha doce de diciembre del año dos mil cinco y lo que corresponde al diez de marzo del dos mil ocho; **TERCERO.-** Que, de otro lado la parte demandante Banco de Crédito del Perú mediante el escrito de fecha siete de agosto del presente año, argumenta en su inciso uno que para la presente liquidación debió haberse aplicado tanto para el interés moratorio y compensatorio en moneda nacional y extranjera, la tasa que se aplica en las entidades financieras, asimismo en el inciso dos indica que no tiene lógica los montos contradictorios que resultan de las liquidaciones por intereses compensatorios y por interés moratorios, tanto en el extremo de i) saldo deudor en moneda nacional como del ii) saldo deudor en moneda extranjera, ya que al aplicarse la misma tasa de interés, los montos debería coincidir, es decir los montos de intereses compensatorios y moratorios deberían ser los mismos; **CUARTO.-** Que, del análisis de la liquidación practicada se puede apreciar que se ha aplicado las tasas de intereses establecidas por el Banco Central de Reserva en virtud a lo establecido en el artículo 1245 del Código Civil, y que lo alegado por la demandante en su escrito de observación, sobre la aplicación de intereses, basada en las tasas que aplican en el sistema financiero; tal situación no ha sido pactado por las partes, conforme es de verse del contrato de constitución de Garantía Hipotecaria que obra en autos a fojas veintiuno al veintitrés, asimismo respecto al punto dos del mismo escrito de observación presentado por la parte ejecutante, carece de sustento, así como no reúne los requisitos como tal, asimismo tales argumentos no está abalada con un informe pericial practicado por un contador, que afirme tal aseveración, siendo así se denota que su afirmación resulta insuficiente ni crea

[Handwritten signatures and stamps]
 Balazar Vara Berrospi
 SECRETARIO
 7° JUZGADO MIXTO - HUÁNUCO
 MEDRANO
 Y JUECE
 HUÁNUCO

convicción al juzgador, de otro lado, **QUINTO.-**Que, asimismo, si bien las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios conforme se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo nueve de la Ley General del Sistema Financiero; sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central de Reserva del Perú, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica, por otro lado, con respecto a las tasas de interés aplicadas en las liquidaciones por intereses moratorios y compensatorios, tanto en la moneda nacional como en la moneda extranjera, es del caso advertir que, las tasas de dichos intereses, no pueden coincidir, por cuanto los factores acumulados a la fecha en que se generaron extranjera, así como a la fecha de actualización, son diferentes conforme establece el Banco Central de reserva y se puede apreciar en el séptimo considerando de la resolución número treinta y ocho de fecha veinte y dos de julio del presente año, motivo por el cual, los intereses moratorios y compensatorios, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera nunca van a coincidir; siendo así, se debe desestimar la observación indicada y procedes a la aprobación respectiva de la liquidación de intereses practicada: Por estos considerandos y de conformidad del artículo 746 del Código Procesal Civil; **SE RESUELVE: Declarar Infundada** la observación, presentando por el **Banco de Crédito del Perú**, mediante escrito la fecha siete de agosto del dos mil ocho; consecuentemente, **APRUEBESE** la liquidación de los intereses compensatorios por la suma de seis mil trescientos veintinueve con 69/100 nuevos soles (S/6.329.69) y de intereses monetarios por la suma de **novecientos cuarenta y nueve con 45/100 nuevos soles** (S/945.45 nuevos soles), del saldo deudor en moneda nacional generados hasta el diez de marzo del dos mil ocho **APROBAR** la liquidación de intereses compensatorios por la suma de **dos mil cuarenta y cinco con 97/100 dólares americanos** (\$2,045.97) y de intereses monetarios por la suma de trescientos seis con 89/100 dólares americanos (\$306.89), del saldo deudos en moneda extranjera generados hasta el diez de marzo del dos mil ocho: **REQUIERASE** a los ejecutados **Servicentro el Trébol SAC, Irwing Bravo Tineo y Tamara Lucia Puma Torres**, para que en el término de tres días de notificado con la presente resolución cumpla con pagar a la entidad ejecutante los montos establecidos en la presente resolución. Notifíquese conforme a ley en sus domicilios procesales señalados en autos.-

Baltazar Vara Barrosapi
SECRETARIO
7° JUZGAO MIXTO - HUANCABAMBA

EDUARDO GONZALEZ
Y JUEZ (a) en el Juzgado Mixto
HUANCABAMBA

EDUARDO GONZALEZ
Y JUEZ (a) en el Juzgado Mixto
HUANCABAMBA

Baltazar Vara Barrosapi
SECRETARIO
7° JUZGAO MIXTO - HUANCABAMBA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

Segunda Sala Superior Mixta Descentralizada
La Merced – Chanchamayo

EXPEDIENTE	: 057-2010-0-01505-JR-CI-01.
PROCEDENCIA	: JUZGADO CIVIL DE LA MERCED.
DEMANDANTE	: BANCO DE CREDITO DEL PERU.
DEMANDA	: EJECUCIÓN DE GARANTÍA.
DEMANDADO	: JOSE SANTOS GUTIERREZ Y OTRA.
ART.	: ART. 688 y sgts. del C. P. C.
NATURALEZA	: PROCESO EJECUTIVO.
PONENTE	: DAVID ERNESTO MAPELLI PALOMINO.

AUTO NÚMERO. 49 – 2012

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

La Merced, veintisiete de Enero
de dos mil doce.-

- I. **VISTOS:** En grado de apelación, la resolución número siete de fecha treinta y uno de agosto de dos mil doce, que corre de folios 117 a 119 que resuelve: Primero: **DECLARAR INFUNDADA** la contradicción formulada por los ejecutados **JOSE SANTOS GUTIERRES** y **GUILLERMINA SILVINA HURTADO ROBLES**.

Segundo; **DECLARAR INFUNDADAS** las excepciones de cosa Juzgada y prescripción extintiva formulada por los ejecutados. Ordenando continuar el trámite conforme a su estado. Teniendo a la vista el expediente número 00091-2005-0-1505-JR-CI-01 seguido entre las mismas partes, que corre acompañado al presente proceso.

II. **FUNDAMENTOS DEL APELANTE:**

En el recurso que corre de fojas 132 a 141 señala fundamentalmente que:

- A. **RESPECTO A LA CONTRADICCIÓN:** 1) No se ha tenido en consideración que el Estado de cuenta de Saldo deudor obrante a fojas 13, no es un título ejecutivo calificada por la Ley N°27287 – Ley de Título Valores.- 2) La liquidación de Estado de Cuenta de Saldo deudor, está considerado en forma ilegal el 25% de interés compensatorio, existe una incongruencia con la suma adeudada conforme cronograma de crédito de fojas 38 en donde se puede apreciar que el capital del crédito pendiente a su pago es 3,758,00 consiguientemente existe el cobro ilegal por su parte de la entidad al cobrar intereses.
- B. **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA:** 1) La resolución materia de apelación ha vulnerado lo dispuesto por el artículo 139 inciso 2) y 13) de la Constitución Política del Estado, como el debido

proceso. **2)** Por no haber aplicado lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 017-93-JUS – Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial. **3)** Por no haber aplicado lo dispuesto por el artículo 446° inciso 8) del Código Procesal Civil.

C. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: Por no haber aplicado lo dispuesto por el artículo 2001° del Código Civil.

III. CONSIDERANDO:

3.1 RESPECTO A LA CONTRADICIÓN: 1) Se debe tener en cuanto que las liquidaciones de saldo deudor emitidas por las empresas tienen merito ejecutivo en los procesos de ejecución de garantías, cuando se presentan copulativamente con los demás documentos señalados en la ley, más no tienen tal merito por sí solas; en el presente caso se cumple el requisito de estar aparejada con el documento que contiene la garantía esto es el testimonio de garantía hipotecaria corriente a folios nueve y siguientes.

3.2 Al punto **2)**, Al resolver el expediente número 00091-2005-0-1505-JR-CI-01 seguido entre las mismas partes, que corre acompañado al presente proceso, se ha tenido en consideración que "...el monto por el que se debe seguir la ejecución es...por la suma que adeuda como capital que indica ejecutante, ya que los intereses pactados o legales se deben liquidar en ejecución de sentencia, de lo contrario, si se ordena el pago de la suma total...se podría incurrir en la figura del anatocismoⁱ, situación prohibida por el artículo mil doscientos cuarenta y nueve del Código Civil, correspondiendo en los procesos de ejecución de garantía, ordenar sólo el pago del capital de la suma adeudada, tal como lo señala el artículo setecientos veintiuno del Código Procesal Civil. La discusión respecto de las sumas indicadas en el saldo deudor debe reservarse para la oportunidad en la que se liquiden los montos finales a pagar, lo cual debe ocurrir necesariamente en ejecución de sentencia, momento procesal en el que se debe hacer igualmente la liquidación de los pagos a cuenta realizados por el deudor, siendo recomendable que ésta operación sea realizada por un perito con experiencia en la materia.

ⁱ En doctrina la capitalización de intereses es denominada "anatocismo", entendiéndose por tal el hecho de que los intereses vencidos y no pagados se agreguen al capital con la finalidad de que a su vez nuevos intereses Raymundo Salvat refiere que "por anatocismo se entiende la capitalización de intereses, esto es, cuando los intereses ya vencidos o devengados se agregan al capital y pasan a producir nuevos intereses

En el caso de autos, nuevamente, se advierte que el Estado de cuenta de Saldo deudor obrante a fojas 13 ha liquidado además de la suma que se adeuda como capital, los intereses que el acreedor considere pactados, como compensatorios el 25% y como monetario el 5%, sin esperar la liquidación de sentencia, como se había señalado en el proceso acompañado y citado.

3.3 De otro lado, los demandados afirman que no han fijado el pago de interés compensatorio², en ninguna parte del contrato de Garantía Hipotecaria. Lo cual en efecto, se advierte, que revisado el referido contrato, no existe acuerdo o pacto establecido que textualmente señale la tasa de interés compensatorio, y si bien es cierto en la cláusula decima primera se anota en el primer párrafo que “Las partes convienen en que la tasa de interés que devengarán las obligaciones, corresponderá a la tasa activa máxima que tenga establecida EL BANCO para las respectivas formas o modalidades crediticias durante la vigencia de los plazos de los créditos correspondientes”, no puede interpretarse unilateralmente que este referida a intereses compensatorios. Lo contrario devendría en contravenir lo señalado por el artículo 1361 de C. C. “los contratos son obligatorios en cuanto se hay expresado en ellos”. Lo cual en efecto rige conforme al principio *pactas sut servanta (fuerza vinculatoria del contrato)*.³

3.4 **EXCECIÓN DE COSA JUZGADA:** En efecto tal como lo señala el Juez A Quo, esta robado que existe un proceso similar entre las mismas partes, y que corre acompañada a este proceso, ofrecido como prueba, pero el referido, no ha resuelto la pretensión principal del Banco de Crédito del Perú, es más, en forma expresa a dejado a salvo derecho del ejecutante para que lo haga valer como correspondiente.

3.5 **EXCECIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA:** Se debe tener en cuenta el inciso 3 del artículo 1996 de C. C. que expresamente señala que se interrumpe la prescripción por otro acto que notifique al deudor, y teniendo en consideración al existencia del proceso número 00091-2005-0-1505-JR-CI-01 seguido entre las mismas partes, denota que existe corrupción⁴ de la prescripción desde que se notificó la referida demandan, esto es el trece de mayo del año 2005, siendo irrelevante el resultado del indicado proceso.

² Cárdenas Quiroz precisa “el término ‘compensatorio’ se suele utilizar en materia de indemnización de daños y perjuicios compensatorios son los que van a sustituir a la prestación cubriendo el daño tanto el daño emergente como lucro cesante que se hubiera sufrido por falta de cumplimiento. De allí que se alla criticado la expresión ‘intereses compensatorios’ Utilizada por el Código para indicar ‘la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien’, siendo más idónea la expresión ‘intereses retributivos’”.

³ Por el principio “*pactas sut servanta*” regido en el artículo 1361 del Condigo Civil, las partes que celebran un contrato se obligan al cumplimiento de lo ahí pactado en sus propios términos, no pudiendo exigirse algo distinto de lo convenido, salvo que ellas mismas, expresa o tácitamente, acuerden modificar los alcances del convenio y/u otorgar modalidad (plazo o forma) distinta a las primigeniamente establecidas. Exp., N° 064-205-Lima.

⁴ A diferencia de la suspensión que paraliza el curso de la prescripción, le interrupción exige que vuelva a comenzar el tiempo durante el cual el derecho no ejercido se extingue; por lo que cuando se interrumpe la prescripción no se cuenta el tiempo transcurrido hasta la aparición de la causal de interrupción, es decir, se elimina el tiempo pasado y se abre un nuevo plazo para la prescripción que ha de computarse luego de terminada la interrupción. Cas. N° 3243-2001-Piura.

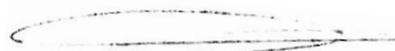
IV. DECISIÓN.

Por estas consideraciones, en aplicación de las normas en referencia **RESOLVIERON:**

1. **REVOCAR:** la resolución número siete de fecha treinta y uno de agosto de dos mil once, que corre de folios 117 a 119 en el extremo que resuelve: Primero: **DECLARAR INFUNDADA** la contradicción formulada por los ejecutados **JOSE SANTOS GUTIRREZ** y **GUILLERMINA SILVINA HURTADO ROBLES**.
2. **REFORMANDOLA: DECLARARON FUNDADA** la contradicción formulada por los ejecutados **JOSE SANTOS GUTIRREZ** y **GUILLERMINA SILVINA HURTADO ROBLES** respecto de la **incongruencia entre el monto capital adecuado y el liquidado, así como, en cuanto a no estar acreditado la fijación del interés compensatorio.**
3. **CONFIRMARON** la resolución número siete de fecha treinta y uno de agosto de dos mil once, que corre folios 117 a 119 en el extremo en el extremo que resuelve: Segundo; **DECLARAR INFUNDADAS** las excepciones de cosa Juzgada y prescripción extintiva formula por los ejecutados.
4. **DEJARON** a salvo el derecho del ejecutante para que lo haga valer como correspondiente; y lo devolvieron. **HAGASE SABER.-**

Srs.
Quispe Paricahua.
Mapelli Palomino.
Tafur Fuentes.



EDUARDO R. ESTABRIDIS VELASCO
SECRETARIO DE SALA
Segunda Sala Mixta Desconcentrada de la Justicia
Chanchamayo - CSJH

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNIN
Sala Superior Mixta de Tarma

AUTO DE VISTA N° 329 – 2008

Exp N° : 2005-01498-0-1201-JM-CI-2
 DEMANDANTE : BANCO DE CREDITO DEL PERU
 DEMANDADO : EMPRESA SAN PEDRO CONTRATISTAS
 GENERALES
 MATERIA : EJECUCIÓN DE GARANTIA REAL
 CUADERNO : DE APELACIÓN DE AUTO
 PROCEDENCIA : SEGUNDO JUZGADO MIXTO DE YAULI –
 OROYA.
 PONENTE : QUISPE PARICAHUA

I. AUTOS Y VISOS:

Materia del grado.

I.1.- viene en grado de apelación la Resolución número treinta y nueve del quince de octubre del dos mil ocho en copia obra que en copia obra fojas (veintiséis a veintisiete) del presente incidente, que DECLARA: INFUDADA la nulidad deducida por el ejecutado y dando cuenta de la suspensión solicitada por escrito de fecha veintiséis de junio último, sin la absolución de la demandante, ESTESE a lo resuelto precedentemente.

Pretensión impugnatoria y fundamentos.

I.2.- La mencionada resolución es apelada por la parte demandada EMPRESA SAN PEDRO CONTRATISTAS GENERALES; la misma que corre en copia a folios (veintiocho al treinta) del presente incidente; por el cual pretende la revocatoria con los siguientes fundamentos y agravios que se resumen: **a)** Que ha cumplido con cancelar la deuda materia de ejecución, no se han tomado en cuenta los pagos efectuados conforme a los baucher que obran en autos del principal; **b)** Que corresponde realizarse liquidación correspondiente, primero se paga la deuda principal y luego los intereses.

I.3.- Siendo insuficientes las copias remitidas al colegiado y para mejor resolver se ha dispuesto que se nos ponga a disposición el proceso principal, el mismo que ha sido recibido recientemente el doce de diciembre del dos mil ocho. Interviniendo como ponente el Vocal Superior Cleto Marcial Quispe Parihua; y

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Conforme de una correcta interpretación de lo que dispone el Art 720 del Código Procesal Civil; en un proceso de ejecución de garantía real. El titulo materia de ejecución es el documento que contiene la garantía y el caso de autos la Escritura de Constitución de Hipoteca y el de Garantía Prendaria que corren a folios (veintisiete a treinta y tres) y (treinta y cuatro a treinta y siete) respectivamente. Pero conforme a las condiciones pactadas en dichos documentos. Por lo que en un proceso de Ejecución de garantías reales es incompatible ejecutar otras condiciones que puedan contener los títulos valores de pagare y letras de cambio, puesto que, dichos títulos solo acreditarían las deudas del ejecutado y si se pretende hacer cumplir las condiciones de dichos títulos ejecutivos No corresponde tramitarlo en el proceso de ejecución de garantía real sino en el del proceso ejecutivo regulado en los Arts. 693 y siguiente del Código Procesal Civil, también es incompatible ejecutar un documento de reconocimiento deuda y compromiso de pago distinto. En consecuencia el requisito de presentar el estado de cuenta del saldo deudor para que proceda la demanda de ejecución de garantía real, debe de estar efectuada conforme a las condiciones pactadas en la Escritura de Constitución de Hipoteca y el de Garantía Prendaria según corresponda.

SEGUNDO.- De la revisión de los actuados del principal remitido para resolver el presente incidente podemos advertir que, A-quo al momento de calificar la demanda no ha advertido que, el ejecutante a folios (treinta y ocho a treinta y nueve) con los estados de cuenta del saldo del deudor, viene liquidando tasa de intereses moratorios y compensatorios no pactados en la Escritura de Constitución de Hipoteca ni en el Contrato de Garantía Prendaria, pues, conforme fluye del contenido escrito de demanda se indica que se pretende el cumplimiento del pago de intereses compensatorios y moratorios pactados en un pagare y letra a la vista respectivamente y no se indica que se ejecutaría las condiciones pactadas en los documentos materia de ejecución real. En consecuencia los referidos estados de saldo deudor no son los reales ni corresponden al presente proceso.

TERCERO.- Que **la tasa de interés** puede ser convencional o legal según la fijen las partes o la ley, respectivamente; no pudiendo exceder del límite máximo autorizado por el Banco Central de Reserva del Perú (BCR); Entonces, solo el BCR está autorizado para fijar tasas máximas; por lo que, pretender el pago de intereses moratorios y compensatorios máximos fijados unipersonalmente por una institución bancaria (Banco de Crédito del Perú), como viene ocurriendo en el presente proceso, es ilegal y hasta sería un abuso de derecho; tanto más que, si nos fijamos de la Escritura de Constitución de Hipoteca y contrato Garantía Prendaria ya referimos **no aparezcan haber establecido tasa de interés alguna**, solo de manera ambigua y genérica se han referido a una tasa máxima que sería fijado por el Banco de Crédito del Perú **EN CONSECUENCIA, CONFORME LO DISPONEN LOS ARTICULOS 1245 Y 1246 DEL Código Civil**, cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, **el deudor debe abonar el interés legal** y si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, **en su defecto, el interés legal**.

CUARTO: Que los ejecutados sostienen entre otros argumentos haber pagado la deuda en su integridad, mediante los baucher que obran en autos de principal, los cuales no se habrían sido considerado al efectuarse la liquidación, en ese sentido, el banco ejecutante no ha negado tales pagos en forma categórica, mas por el contrario en el proceso continua sosteniendo que existe saldo pendiente de pago; que bajo de esta orden de ideas, y aun cuando la norma procesal no contempla como causal la extinción parcial de la obligación; no obstante debe considerarse que la ley no ampara el abuso del derecho, máximo que en este tipo de procesos deben incurrir los requisitos formales que exige la ley procesal, de modo que la liquidación de saldo deudor debe constreñirse en estricto a la suma real adecuada, situación que de acuerdo a lo actuado, no se da en el caso de autos, porque en el estado de cuenta del saldo deudor de fojas (treinta y ocho y treinta y nueve) no adjunta las especificaciones respectivas, de modo que frente a estas circunstancias, el a quo ha debido hacer uso de la prerrogativa que estipula el artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, notificando a la ejecutante para que presente una liquidación clara y detallada de las sumas adecuadas. Por lo que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 171 del Código acotado.

III. DECISIÓN

Por estas consideraciones estando a la votación producida:

DECLARARON: NULA la Resolución numero treinta y nueve del quince de octubre del dos mil ocho que obra a fojas (quinientos cincuenta y tres a quinientos cincuenta y cuatro) de los actuados del principal, que **DECLARA:** INFUNDADA la nulidad deducida por el ejecutado: con todo lo demás que contiene.

DISPONIENDOSE que la A-quo emita nueva resolución conforme a los considerados precedentes y con arreglo a los actuados a los hechos y al derecho. **SE ORDENA**

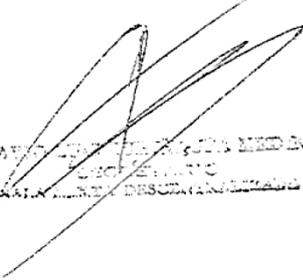
adherir copia certificada de la presente resolución al proceso principal y cumplido devuélvase el principal al Juzgado de origen **T.R. y H.S.**

S.S.

Inga michue

Quispe Paricahua

Villagaray hurtado



MAESTRO EN CIENCIAS EMPRESARIALES
FACULTAD DE ECONOMÍA
ALMA MATER DISCUSSION BOARD



BIBLIOGRAFIA

- AFTALION, Florin y PONCET, Patrice. Traducción de Eduardo L. Suarez. “Las Tasas de Interés”. Fondo de Cultura Económica. México. Primera Edición en español, 1985
- ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil II. Derecho de las Obligaciones”. Volumen I. La obligación y el contrato en general. Décima Edición. JMB1997. Barcelona.
- AMBROSINI VALDEZ, David. “Introducción a la Banca”. Segunda Edición. Biblioteca Universitaria. Universidad del Pacífico. Centro de Investigación. 2da.Ed. Junio 01
- ARIANO DEHO, Eugenia. “El Proceso de Ejecución”. La Tutela Ejecutiva en el Código Procesal Civil Peruano. Editorial Rodhas. Lima. Septiembre de 1996.
- AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. “Los intereses compensatorios en el Código Civil Peruano”. Normas Legales. Tomo 348. Mayo 2003.
- AYLLON VALDIVIA, Cesar Arturo. “Los intereses compensatorios y moratorios en el Código Civil Peruano”. Normas Legales. Tomo 348. Mayo 2005.
- BAUCHE GARCADIAGO, Mario. “Operaciones Bancarias, Activad, Pasivas y Complementarias”. Tercera Edición. Aumentada y Actualizada. Editorial Porrúa S.A. México. 1978
- BERK, Jonathan y DE MARZO, Meter. “Finanzas Corporativas”, Stanford University. Pearson Educación. México 2008.
- BLOSSIERS MAZZINI, Juan José. “Como aprender Derecho Bancario”. Guía de consulta. APECC. Perú.
Oct. 2010
- BONFANTI, Mario A. “Contratos Bancarios”. Albeledo – Perrot. Buenos Aires. Argentina.
- BURNEO VALDERRAMA, María Patricia. “Sistema de Control sobre intereses en moneda nacional en el Banco Central de Reserva del Perú”. Lima. 1990. Memoria para optar el grado académico de Bachiller en Ciencias Administrativas. PUCP.
- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo III. D-E. 20ava. Edición. Revisada, Actualizada y Ampliada. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires – República Argentina.

- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo V. 20ava. Edición. Revisada, Actualizada y Ampliada. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. Argentina. 1981.
- CARDENAS QUIROS, Carlos. “El Pago de Intereses en el Código Civil de 1984”. En el libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem. Cultural Cuzco. Lima 1986.
- CARNELUTTI. “Derecho y Proceso en la teoría de las Obligaciones en estudios de Derecho Procesal”. Volumen I. Ejea. Buenos Aires. 1952
- CASTRO GALLO, Mario S. “Manual de Intereses por deudas de acuerdo al nuevo código civil”. Tasas BCR: Concepto, Legislación, Comentarios. Código Civil Comentado”. Por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>
- COMPAGNUTTI DE CASO, Rubén H. “Manual de Obligaciones”. Editorial Astred. Buenos Aires. 1997
- CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. “Derecho Procesal Civil”. Editorial Colex. Madrid 1996.
- CRUZ ORTIZ, Neftali. “Prontuario Jurídico Bancario”. Editorial Jurídica Chile. Cuarta Edición. 1985
- DE LARA MORALES, Julio Manrique. . “La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer”. Centro de Estudios Registrales. Madrid 2003
- DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen Segundo. Las relaciones obligatorias. Quinta Edición. Civitas. Madrid. 1996.
- FERRERO COSTA, Raúl. “Curso de Derecho de las Obligaciones”. 3ra. Edición. Actualizada. Editora Jurídica Grijley
- FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. “Derecho Bancario, Régimen Monetario, Sistema Financiero, Mercado de Valores, Contratos Bancarios y Bursátiles. Octubre 2000.
- GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo IV. Reimpresión. 7ma. Edición. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1987.
- GARRIGUES, Joaquín. “Contratos Bancarios”. 2da. Edición. Revisada, corregida y puesta al día por Sebastián, Moll. Madrid, MCMLXXV.
- GERSCOVICH, Carlos Gustavo. “Derecho Bancario y Financiero”. Principios Generales, Mercados, Contratos, Responsabilidad, Insolvencia Ad-Hoc SRL. Villela Editor. Buenos Aires. Marzo 1999.

- HERNANDEZ LOZANO, Carlos A. “Procesos de Ejecución”. Doctrina-Modelos. Ediciones Jurídicas. Lima- Perú. 1998
- HINESTROSA, Fernando. “Tratado de las Obligaciones”. 2da. Edición. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia. Enero 2003.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Procesos de Ejecución. Doctrina. Jurisprudencia. Practica Forense. Tomo IX. Juristas Editores EIRL. Noviembre del 2010.
- <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/18944-aug-31-1971.pdf>
- <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/21504-may-25-1976.pdf>
- <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/03/00806-codigo-civil-comentado-peruano-los-diez-tomos.html>
- <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Transparencia/Normas-Legales/Circulares/2007/Circular-021-2007-BCRP.pdf>
- <http://www.bcrp.gob.pe/sobre-el-bcrp/video-institucional.html>
- JINESTA LOBO, Ernesto. “Contratos Bancarios”. Revista Banca, Bolsa & Seguros, No. 5 enero-febrero 1990. Revista de la Asociación de Derecho Bancario.
- JOAQUIN LLAMBIAS, Jorge. “Tratado de Derecho Civil”. Obligaciones II-A. Clasificación de las obligaciones. 3ra. Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1846
- JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo II. Vol. II. Contratos. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y CIA Editores. Buenos Aires. 1951.
- LARENZ, Karl. “Derecho de Obligaciones”. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1958.
- MANKIW N. Gregory. “Principios de Economía”. Quinta Edición. Harvard University. DR. 2009 por Cengage Learning Editores S.A.
- MAZEUD, Henry y MAZEAUD, Jean. “Lecciones de Derecho Civil”. Parte Tercera. Vol. I. Garantías. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires. 1962
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Curso de Obligaciones”. Tomo I. Ediciones Zavalía. Buenos Aires. 2004
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Curso de Obligaciones”. Tomo III. Zavalía, Buenos Aires. 2004
- OSPINA FENANDEZ, Guillermo. “Régimen General de las Obligaciones”. 4ta. Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. Colombia. 1987

- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Compendio de Derecho de las obligaciones”. Colaboración Verónica Rosas Berastian. Palestra Editores. Lima. 2008.
- OSTERLING PARODI, Felipe. “Las obligaciones”. 8av. Edición. Editora Jurídica Grijley. 2007
- OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol.XVI. Segunda Parte – Tomo V. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. 1996.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo. “Manual de Derecho Civil”. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Editorial Huallaga. 3ra. Edición. 2000.
- Políticas de Tasas de Interés, inflación y desarrollo en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo”. Editor: Eduardo Sarmiento, 1982.
- PUIG BRATAU, José. “Fundamentos de Derecho Civil”. Tomo I. Vol. II. Editorial Bosch. Barcelona. 1959.
- ROMERO ZAVALA, Luis. “El Derecho de las obligaciones en el Perú”. “El cumplimiento de las Obligaciones”. Tomo II. Libro VI del CC. Sección Segunda. Editora Fecat. Edición 1999. Lima
- VON BOHM- BAWERK, Eugen. “Capital e interés. Historia y crítica de las teorías sobre el interés”. Fondo de Cultura Económica / Serie de Economía. México. Traducción de Carlos Silva. Segunda Edición 1986.