



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

XVI Programa de Actualización Profesional para Obtener el Título de Abogado

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

La facultad de los bancos en modificar el interés activo de sus contratos de crédito de manera unilateral y la vulneración de los derechos del consumidor.

**PRESENTADA POR:
Luis Alejandro Valdéz León**

Cajamarca, Perú, Junio 2017

Tabla de contenido

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	PROBLEMÁTICA	5
III.	MARCO TEÓRICO	7
3.1.	El Derecho Bancario	7
3.2.	El Contrato Bancario	8
3.3.	El Interés Bancario	10
3.4.	La Protección al Consumidor en el Perú	11
3.4.1.	Fundamentos de la Protección al Consumidor	15
3.4.2.	Nociones sobre el Consumidor Financiero	16
IV.	DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN ANÁLISIS Y DISCUSIÓN ..	18
4.1.	El Derecho Bancario Constitucional y la Protección al Consumidor ...	18
4.2.	No existe transparencia y sí abuso de derecho que vulnera la voluntad de una parte contratante	19
4.3.	No se cumple la isonomía real ni el principio pro consumidor	21
V.	CONCLUSIONES	23
VI.	Lista de Referencias	24

**LA FACULTAD DE LOS BANCOS EN MODIFICAR EL INTERÉS ACTIVO
DE SUS CONTRATOS DE CRÉDITO DE MANERA UNILATERAL Y LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR**

I. INTRODUCCIÓN

La presente investigación la realizamos buscando cumplir con el objetivo de describir la realidad nacional, en cuanto a la facultad que tienen los bancos de modificar el interés crediticio, previamente pactado, sin la intervención de la otra parte. Sostendremos que esas entidades financieras no deberían tener facultades de modificar sus contratos de manera unilateral. Esta afirmación se fundamenta en que los bancos tienen mayor capacidad de manejo de información y mayor capacidad económica para afrontar cualquier fluctuación económica dentro del sistema financiero nacional.

En ese sentido, la investigación la hemos dividido en las partes reglamentarias, en donde, en la segunda sección hacemos hincapié en el problema detectado, se lo explica y se describen sus características. En seguida, en el tercer capítulo abordamos aspectos teóricos doctrinarios sobre el derecho bancario, el contrato bancario, el interés y la defensa al consumidor. Con todo este material doctrinario abordamos el cuarto capítulo que nos permite sustentar nuestra postura, para lo cual se tocan tres temas puntuales. En el primero, en el Derecho Bancario Constitucional y la Protección al Consumidor, nos permite que se reconozca que la normatividad bancaria también está regida por principios constitucionales y que por tanto debe existir una protección al consumidor financiero de contratos de interés activo. En seguida abordamos dos puntos que hacen ver que, en la posibilidad de modificar el interés por parte del banco, no existe transparencia y sí abuso de derecho que vulnera la voluntad de una parte contratante, además que no se cumple la isonomía real ni el principio pro consumidor. Finalmente se arriban a unas conclusiones.

II. PROBLEMÁTICA

El modelo económico peruano se encuentra dentro de la denominada *economía social de mercado*, esto significa para el Tribunal Constitucional Peruano que:

Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y a precios competitivos para los consumidores y usuarios. De otro lado, el mandato constitucional cuyo enunciado es que el Estado debe velar por el bien común, implica que debe intervenir para corregir las inequidades sociales, a fin de que todos, y no unos pocos, sean partícipes de los beneficios del progreso y del desarrollo económico. (Fund. 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC).

Ahora bien, dentro de este marco, el sistema financiero nacional, es el que se encuentra constituido por las diversas entidades financieras que coexisten dentro del territorio peruano, lo que hace que la población pueda elegir entre muchas ofertas, la entidad que más se ajuste a sus necesidades, esto para obtener sea una cuenta de ahorro, una tarjeta de crédito, entre otros programas ofrecen en la actualidad los bancos y demás entidades financieras. Esto, en gran medida constituye un gran beneficio para la población, puesto que dependiendo de sus necesidades y capacidad económica pueden acceder a cualquiera de las cuentas y préstamos que se ofrecen.

Estas entidades se encuentran supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, la cual es un ente estatal que tiene por finalidad “defender los intereses del público, teniendo en cuenta la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control; además velar por que se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen” (Coello Martínez, 2015, p. 2)

En ese sentido, se evidencia que la actividad financiera en nuestro país está supervisada constantemente por este ente estatal.

En ese sentido, cuando un ciudadano acude a una entidad bancaria a adquirir cualquiera de los productos que ofrece esta, se firma un contrato en donde se establecen las condiciones a las que debe someterse el usuario, siendo una de estas la posibilidad de que la entidad bancaria pueda cambiar unilateralmente las condiciones del contrato. Esto ocasiona que muchas veces las entidades financieras emitan cartas de aviso indicando la variación del interés para el año o para el semestre siguiente, quedando a responsabilidad del consumidor que si este no está conforme con tal aumento puede cancelar la totalidad de su deuda en los siguientes 45 días o, en caso contrario, deberá someterse al aumento establecido por el banco, aunque todo este procedimiento está regulado legalmente¹, consideramos que no debe ser así por los motivos que se expondrán en el capítulo pertinente de este trabajo.

Por todo lo expresado anteriormente. Lo que le interesa a esta investigación es responder a la pregunta: ¿Cómo la modificatoria unilateral del interés activo por parte de los bancos vulnera los derechos del consumidor?

¹ Esto se encuentra regulado en el segundo párrafo del Art 5° de la Ley 28587 *Ley complementaria a la ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros*, donde se manifiesta que “No obstante lo anterior, cuando la modificación contractual sea originada en decisiones unilaterales de las empresas, dicha variación no es oponible a los usuarios de manera inmediata. En estos casos, la nueva estipulación solo vincula a los usuarios luego de transcurrido el plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario desde el anuncio de la modificación. Las modificaciones a que se refiere el presente párrafo deben ser adecuadamente comunicadas al usuario. La modificación de las tasas de interés, comisiones o gastos en las operaciones de crédito se sujetan a lo dispuesto en el artículo siguiente” y el cuarto párrafo del Art 6° “En los contratos de crédito y depósitos en los que se prevea la posibilidad de variar comisiones, tasas de interés y gastos, las modificaciones a estos conceptos entran en vigencia a los cuarenta y cinco (45) días de comunicadas al usuario mediante cualesquiera de las formas previstas en el último párrafo del artículo anterior, salvo que estas variaciones sean favorables al usuario, en cuyo caso pueden hacerse efectivas de inmediato y sin necesidad de aviso previo”.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. El Derecho Bancario

El tema investigado se encuentra dentro de una rama del derecho denominada *derecho bancario*. A esta denominación, como ocurre con todas las ramas del derecho (p. ej, el derecho penal, el derecho de familia y el derecho de familia) es posible abordarla desde dos perspectivas:

- 1) la perspectiva normativa y
- 2) la perspectiva científica.

Desde el primer punto de vista se puede afirmar que el derecho bancario es la “Parte del Derecho objetivo que regula las relaciones jurídicas de las entidades de crédito”². Esta es una definición normativa por cuanto toma como sinónimo del derecho bancario a la norma bancaria, lo que Schönle llama de forma clara “Derecho objetivo”, es decir que el derecho bancario sería la legislación existente sobre las “relaciones jurídicas de las entidades de crédito”. No profundizaremos sobre el concepto por cuanto solo interesa mostrar la perspectiva normativa, aquí otra definición análoga que proviene de la doctrina francesa: “Conjunto de normas concernientes a las operaciones de banca y a aquellos que las realizan a título profesional”³.

Un concepto completo, elaborado sobre la base de esta perspectiva nos lo da García-Pita y Lastres:

Parte del Derecho objetivo constituida por las **normas públicas y privadas** que, de forma **específica** y en orden a la **protección de los depositantes** y la **eficiencia del sistema bancario**, dentro del

² Esta es una definición dada por Herbert Schönle en 1976, en su artículo “Bank-, und Borsenrecht” pero la cita ha sido copiada de García-Pita y Lastres (1999, pp. 243-244).

³ Al igual que el caso anterior, le debemos a la cita de Rives Lange y Contamine-Raynaud, de la cuarta edición de su libro *Droit bancaire*, publicado en 1984.

Sistema financiero, se refieren a la **constitución**, la **organización** y el **ejercicio de la empresa de intermediación crediticia y monetaria**, y de sus actividades financieras accesorias; a sus **relaciones con las autoridades de control sectorial**, así como a los **contratos** o negocios jurídicos, en que, precisamente, se materializa esa actividad empresarial financiera. (García-Pita y Lastres, 1999, p. 246)

En esta cita es posible notar todas las características del derecho bancario, todas ellas están vinculadas a la regulación normativa del sistema bancario tanto con el Estado como con los particulares.

Por otro lado, bajo la perspectiva científica el Derecho Bancario es visto ya no como esas normas, sino como el estudio de todo un conjunto de normas que tocan con varias ramas del Derecho y que se agrupan simplemente, desde el punto de vista académico o didáctico, para analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control. Es decir que se trataría de la ciencia jurídica cuyo objeto de estudio comprende normas tanto de derecho público como de privado, regulan aspectos tales como la contabilidad bancaria, la fiscalización de los bancos, etc., por otro lado de modo general comprende: el sistema bancario, las operaciones de las entidades bancarias y los bienes y objetos de las operaciones que en esa materia estarían constituidos por el dinero y los títulos, la emisión de bonos u obligaciones (Mazzini, 2001, pp. 138-140).

3.2. El Contrato Bancario

Antes de discutir sobre el contrato bancario, brevemente se hará mención a que “Podemos distinguir dos grandes servicios prestados por los bancos: por un lado, encontramos (i) los servicios de depósito; por otro lado, tenemos (ii) el servicio de préstamos o concesión de créditos” (Arellano García et al. 2002, p. 422). Por lo que, el contrato bancario será el que firme la entidad bancaria con los particulares en uno de los supuestos anteriores.

El contrato general, en nuestra legislación se encuentra definido en el Artículo 1351 del Código Civil: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Sin embargo, los contratos que son llevados a cabo por las entidades de crédito tienen carácter empresarial, por lo que cumplen con las siguientes características:

El contenido se sostiene en reflejar un acuerdo entre el usuario y la empresa bancaria cuando este toma los servicios que brinda.

Su naturaleza se da de los acuerdos de donde derivan que son las operaciones que las producen como pueden ser Activas, Pasivas o Neutras.

Son puramente económicas, son adhesivos, de larga duración.
(Balarezo Reyes, 2014, diap. 4)

La mayoría de entidades bancarias optan por el sistema de contratos por adhesión, en donde el cliente solo expresa su voluntad al decidir firmar o no dicho contrato. Sin embargo, como lo indica la propia Superintendencia de Banca y Seguros, con la entrada en vigencia del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 8181-2012 del 25 de octubre del 2012, las cláusulas generales de contratación que hubieran sido aprobadas por la Superintendencia, conforme al párrafo anterior, se encuentran en proceso de adecuación al nuevo marco legal, y vienen siendo presentadas para su revisión y aprobación administrativa previa. A partir del 1 de setiembre de 2013,

las empresas se encuentran obligadas a presentar sus solicitudes de aprobación de cláusulas generales de contratación.

3.3. El Interés Bancario

Siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la acepción de interés que nos interesa es la de “Lucro producido por el capital”. Es decir que es la ganancia que recibe el dinero, o también: es el pago que debo realizar por haber recibido un préstamo para usar el dinero de otro⁴. Así, para esta tesina nos interesa hacer mención a dos tipos de intereses: (1) Interés convencional para el sistema financiero y, (2) interés para las personas ajenas al sistema financiero.

El artículo 1243 de nuestro Código civil señala que “La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.” Este artículo rige como un interés convencional para las operaciones ajenas al sistema financiero. Sin embargo, con la promulgación del D. Leg. 770, que entró en vigencia desde el 1º de noviembre de 1993, el interés se regula de forma distinta para el sistema financiero. En efecto, el artículo 17 de esta Ley precisó que “las empresas y entidades del sistema financiero podían señalar libremente las tasas de interés para sus operaciones activas y pasivas, observando sin embargo los límites que para el efecto excepcionalmente señale el Banco Central con arreglo a lo previsto en el artículo 52 de su Ley Orgánica”.

⁴ En realidad, en nuestra legislación, existen dos tipos de intereses: el moratorio y el compensatorio. El Art. 1242 del Código Civil prescribe: “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”.

Asimismo, este numeral señala que *“la disposición del primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera”*.

Por otro lado, el Banco Central de Reserva del Perú (2006) explica la existencia de los dos tipos de tasa de interés del siguiente modo:

Para el PRESTATARIO: Necesita dinero, para cubrir ciertas necesidades (comprar un auto, empezar un negocio, etc) y pagará ese dinero en el futuro con un cargo adicional (tasa de interés ACTIVA), la cual compensa a quien le prestó el dinero (PRESTAMISTA) por la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo, y le cubre los riesgos como los costos que asume. Para el DEPOSITANTE: Quiere guardar su dinero (capital) como medio de ahorro o para cubrir ciertas necesidades futuras y no quiere que ese dinero pierda poder adquisitivo en el tiempo. Por ello, recibe una tasa de interés (PASIVA), de modo que en el futuro recibirá el capital + intereses.

3.4. La Protección al Consumidor en el Perú

De forma general, para todos los consumidores en el Perú, desde un punto de vista constitucional, las normas que lo protegen encuentran respaldo en nuestra Constitución Política del año 1993, específicamente el art. 65° que señala la labor del Estado de defender los intereses de los consumidores y usuarios, ello, a través de 3 aspectos consignados en la misma norma: derecho de información, salud y seguridad.

Este artículo ya ha sido materia de interpretación por parte del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 3315-2004-AA/TC en donde se señala en el fundamento 9 lo siguiente:

El artículo 65 de la Constitución prescribe la defensa de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; a saber:

- a) Establece un principio rector para la actuación del Estado.
- b) Consigna un derecho personal y subjetivo.

En el primer ámbito, el artículo 65° de la Constitución expone una pauta basilar o postulado destinado a orientar y fundamentar la activación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia tiene como horizonte *tuitivo* la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

En el segundo ámbito, el artículo 65 de la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Siguiendo con su interpretación, el Colegiado estimó que existe un derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución y que este se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales el propio tribunal ha mencionado a los siguientes:

a) El principio pro consumidor

Dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios.

b) El principio de proscripción del abuso del derecho

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado combata toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.

c) El principio de isonomía real

Dicho postulado o proposición plantea que las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.

d) El principio *restitutio in íntegrum*

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.

e) El principio de transparencia

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.

f) El principio de veracidad

Dicho postulado o proposición plantea que el Estado asegure la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.

g) El principio *indubio pro consumidor*

Dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.

h) El principio pro asociativo

Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

En función de la proyección normativa de los principios anteriormente reseñados u otros sobre la materia, se aprecia, en concreto, que en el artículo 65° de la Constitución aparecen las dos obligaciones estatales siguientes:

- (1) Garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el

mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles.

(2) Velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Ello implica que se asegure que los productos y servicios ofertados en el mercado deben ser tales que, utilizados en condiciones normales o previsibles, no pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores o usuarios.

La sentencia hace notar que el principio de derecho binario que surge del análisis del art. 65 y sus expresiones en derecho de información, salud y seguridad debe tomar en cuenta los principios expuestos. Es decir que sin esos principios no sería posible el cumplimiento de la protección constitucional contenida en el citado art. 65.

3.4.1. Fundamentos de la Protección al Consumidor

El fundamento de las normas de protección al consumidor, según lo planteado por el Indecopi, es

otorgar una especial protección a los consumidores como consecuencia de la desigualdad de información (asimetría informativa) que padecen frente a los proveedores. Éstos cuentan con mayor información respecto del proceso de producción o comercialización de los bienes y servicios que ofrecen al mercado, como es la relativa a los insumos o ingredientes del producto, los plazos en los que se puede garantizar un adecuado funcionamiento, los atributos o bondades del producto, el cumplimiento de condiciones mínimas de seguridad, las fechas de

caducidad, las reacciones adversas o contraindicaciones, la tercerización o subcontratación de actividades, etc⁵

Bajo este fundamento la entidad responsable de proteger al consumidor financiero, promueve garantizar una información oportuna y veraz, considerándose esta como mecanismo para eliminar la asimetría informativa entre el usuario financiero y al entidad financiera o bancaria, lo cual es correcto que las partes tengan la información adecuada y oportuna, sin embargo, la información adecuada y oportuna no basta para garantizar una adecuada protección al consumidor financiero, pues luego de conocer que la entidad financiera o bancaria puede modificar el contrato a su favor con el incremento de tasas de interés y/o comisiones de gastos de la entidad financiera, está cumpliendo con la ley al informar lo que pasará en el futuro luego del firmar el contrato. Esto se puede entender como que la Ley está orientada a proteger en el futuro el interés económico de una de las partes firmantes del contrato financiero o bancario.

3.4.2. Nociones sobre el Consumidor Financiero

El Decreto Legislativo No. 1045 identifica de la siguiente manera al consumidor financiero:

Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.

⁵ El texto se encuentra en la Resolución N° 0102-2008/TDC-INDECOPI, emitida el 23 de enero 2008 en el Expediente N° 1197-2007/CPC.

Según el presente Decreto Legislativo No. 1045, dentro de un contrato financiero y/o bancario se puede identificar a la parte que la ley protege siempre y cuando esta actué con diligencia ordinaria, pudiendo entender por diligencia, la conducta, el celo, el esmero para hacer alguna cosa; en este caso se deberá tener la diligencia ordinaria para firmar un contrato financiero o bancario, pudiendo traducirse en tener la información necesaria para saber lo que se está firmando, cumplido este requisito el contrato financiero o bancario está revestido de toda legalidad.

IV. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

Lo que trataremos de defender aquí será nuestra postura que las entidades financieras (bancos) no deberían tener facultades de modificar sus contratos de manera unilateral, basado en que ellos tienen mayor capacidad de manejo de información y mayor capacidad económica para afrontar cualquier fluctuación económica dentro del sistema financiero nacional. Para hacerlo, haremos ver que existe un derecho bancario constitucional y que; por tanto, todo el sistema jurídico que lo rige debe estar sometido a este, encontrándose entonces sometido a la defensa del consumidor. No interesa saber el mecanismo de defensa ni la entidad encargada de hacerlo, el propósito únicamente es mostrar que la facultad que actualmente tienen los bancos, por más legal que es, resulta siendo contraria a los preceptos constitucionales.

4.1. El Derecho Bancario Constitucional y la Protección al Consumidor

Sobre el Derecho Bancario Constitucional, el Dr. Héctor Ángel Benelbaz, hacía notar que:

Nuestro Derecho Bancario Constitucional tiene como fuente a la Constitución Nacional vigente desde 1853 y sus reformas. Desde un punto de vista filosófico, esta primera fuente de nuestro derecho significa la esencia suprema de la idea de Derecho y en este sentido, el Preámbulo de nuestra Constitución invoca “la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. Nuestro ordenamiento jurídico constitucional tiene como fuente los antecedentes patrios que sirven de base para conocer e interpretar este orden jurídico. Esta fuente de nuestro derecho constitucional contiene normas o

preceptos de cuyo texto nacen derechos y obligaciones para las personas que habitan el territorio nacional. (2015, p. 92).

Sus afirmaciones también pueden ser aplicadas para el caso peruano en el sentido que es la Constitución la que en última instancia, que en realidad es la primera, la que regule esto que se ha venido a llamar Derecho Bancario Constitucional, y al ser así, nuestra constitución toma como punto de partida al ser humano: “Artículo 1°.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Al ser esto así, se debe tener en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 3315-2004-AA/TC que fuera expuesta en el capítulo anterior, en donde se fundamenta los Principios: Pro Consumidor, Proscripción de abuso de derecho, isonomía real, restituo in íntegrum, transparencia, veracidad, indubio proconsumidor y pro asociativo. De ellos son de directa aplicación, para la investigación que estamos realizando, los principios pro consumidor, proscripción de abuso de derecho, isonomía real y transparencia.

4.2. No existe transparencia y sí abuso de derecho que vulnera la voluntad de una parte contratante

Ahora bien, se debe tener en consideración que las entidades financieras, más allá de las facultades que le han sido otorgadas a través de la ley y de sus reglamentos respectivos, no deberían de tener facultad de modificar sus contratos de forma unilateral. Esto se debe a que, para modificar lo pactado entre una persona natural o jurídica, y la entidad financiera, es necesario que exista la manifestación de voluntad de ambas partes para hacer cambios en los pactos que se hayan establecido en el contrato suscrito, esta manifestación de

voluntad se encuentra viciada si solo se emite una notificación del modo siguiente:

Asimismo, le comunicamos que debido a cambios en las condiciones del mercado, la tasa efectiva anual de su Tarjeta Solución Negocios parará a ser 21%, a partir del 1 de Octubre de este año...

Fuente: Carta del Banco de Crédito del Perú

Notamos que esto no se puede tomar como una información ni mucho menos como una negociación pues solo se brindan dos posibilidades: o pagar en el acto el íntegro de la deuda o someterse a la cláusula. Sin embargo, si el cliente ha realizado un préstamo de este banco se debe a que no cuenta con la liquides suficiente para cubrir sus gastos, lo que significa que no está en las condiciones de pagar el monto te adeuda, por lo cual solo tiene como “alternativa” el someterse a dicha modificatoria.

Se podría afirmar que el alza de interés es “ridículo” pues suele ser una cantidad equivalente a S/. 3.00 ó S/. 3.20. Sin embargo, debemos tener en cuenta que este aumento es mensual y a todos los usuarios de una entidad bancaria, lo que en suma general esta alza “ridícula” llega a sumar millones de soles en favor de una de las partes del contrato de crédito. En este sentido, esto parece significar que el ordenamiento jurídico bancario está orientado a favorecer económicamente a la parte más poderosa del contrato de crédito bancario, es decir a los bancos. En efecto, en el 2014 el diario El Comercio refirió que cada día en el Perú se emiten 1459 nuevas tarjetas de crédito, es decir que en ese año hubieron 8'137.867 nuevas tarjetas, lo que significa que si los bancos incrementaban “únicamente” 3 soles, ellos estarían ganando la diferencia, es decir 16'275.734.

Además, no importa si el alza sea de diez céntimos, pues lo que estamos analizando acá es que se está haciendo uso del derecho de mala manera, es decir que existe un abuso del derecho por parte de la

entidad financiera que trae como resultado que existe un vicio en la voluntad del prestamista, pues, efectivamente, este no puede hacer uso de su voluntad, ya que se le presentan las dos opciones indicadas anteriormente, pero no podrá hacer uso de una de ellas (la de pagar el préstamo en su totalidad) pues, de hacerlo, no hubiera solicitado el préstamo.

4.3. No se cumple la isonomía real ni el principio pro consumidor

La afirmación descrita como título de esta sección tiene su base en que las entidades financieras tienen mayor capacidad de manejo de la información sobre la regulación y el modo en que se llevan a cabo los acuerdos del contrato. Así también, tienen mayor capacidad económica para enfrentar cualquier fluctuación económica que pueda ocurrir dentro del sistema financiero nacional. Sin embargo, estas ventajas no la tienen los usuarios de los programas que ofrecen las entidades bancarias, sino que su situación es totalmente diferente, pues, en primer lugar, la información que existe sobre el sistema financiero no resulta ser entendible por todas las personas, menos aún existen suficientes capacitaciones y/o charlas informativas que contribuyan a que la población sepa los riesgos y beneficios de acceder a cualquiera de los programas que ofrecen las entidades bancarias.

Veamos un ejemplo, solamente en cuanto al concepto de lo que es una fluctuación económica, la cual se la suele definir diciendo que “son simples aceleraciones y desaceleraciones en las tasas de Crecimiento Económico en momentos puntuales. Es decir, la fluctuación económica no es más que la variación de los valores (subidas y bajadas) de los indicadores macroeconómicos respecto al período anterior” (Hernández Gorrín, 2011, párr. 6). Las preguntas que se harían cualquiera son ¿Cuáles son los indicadores macroeconómicos? ¿Quién los da? ¿Cuál es periodo anterior? ¿Cuánto tiempo tiene un periodo? Es decir que este concepto por sí mismo está alejado de

cualquier persona y es de manejo de las entidades bancarias. Sin embargo, no debe ser posible que se use este conocimiento en favor de quienes no lo tienen.

Aunado a ello, las fluctuaciones económicas que existen en nuestro sistema, generan mayor impacto en la población que en las entidades bancarias, puesto que estas últimas están preparadas para cualquier incidente económico que pueda suceder, mientras que los usuarios no lo están.

Todas estas situaciones que generan una merma y en las que se encuentra en desventaja la población, hace ver la necesidad de que ambas partes tengan que manifestar su voluntad para que las cláusulas y pactos del contrato se varíen. Ya Morello y Stiglitz han hecho ver que incluso se requiere de una intervención judicial que deba “considerar la presencia en estos casos de una 'menor voluntad común', para conducir el esfuerzo en restablecer el equilibrio contractual destruido en un contrato caracterizado por el sometimiento de una parte a otra que concentra todo el poder negocial” (Como fueron citados en Cárdenas Quirós, 2000, pp. 28-29).

V. CONCLUSIONES

Las entidades bancarias no deberían tener facultades de modificar sus contratos de manera unilateral sobre la base de las siguientes conclusiones:

1. La facultad de los bancos de modificar la tasa de interés activa en sus contratos de préstamos permite la falta de transparencia y el abuso de derecho que vulnera la voluntad de una parte contratante.
2. La facultad de los bancos de modificar la tasa de interés activa en sus contratos de préstamos permite que no se cumpla la isonomía real ni el principio pro consumidor.
3. El Derecho Bancario Constitucional permite establecer con toda certeza que la legislación bancaria no debe contradecir los principios constitucionales que rigen un Estado. Este no solo le brinda facultades a los bancos sino que sobre todo protección al usuario.
4. La facultad de los bancos de modificar la tasa de interés activa en sus contratos de préstamos, por más insignificante que pueda aparecer en el monto individual, hace que en conjunto los bancos reciban cuantiosos incrementos de capital por esta modalidad permitida por la legislación.

VI. Lista de Referencias

Arellano García, R. et al. (2002). "Mucho ruido, pocas nueces" Sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito. *IUS ET VERITAS* 13 (25), 418-442 Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16228/16645>

Balarezo Reyes, E. (2014). *Los Contratos Bancarios*. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/6ciclo/derecho_monetario_bancario/balarezo_reyes/Unidad%204/Decimo%20Primera%20Semana/Contratos%20Bancarios/Los%20Contratos%20Bancarios.ppt.

Banco Central de Reserva del Perú. (2006). *¿Qué es la tasa de interés?* Recuperado de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Concurso-Escolar/2006/Concurso-Escolar-2006-Material-4.pdf>

Benébaz, H. A. (2015). El derecho bancario y la constitución nacional. *IDEARIUM*, (14/17).

Coello Martínez, A. M. (2015). Superintendencia de Banca Seguros y AFP (SBS). *Actualidad Empresarial*, 1-2. Obtenido de http://aempresarial.com/servicios/revista/321_9_YHSVPUFGWVJRK_ZYUANWFKWHUNNWRJNJHVCCKXHQTCLNYJHZXE.pdf

García-Pita y Lastres, J.L. (1999). El derecho bancario: consideraciones generales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 3, 243-306. Recuperada de <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2046/AD-3-12.pdf;jsessionid=A61383DD3DDA311DFB7634E8DD0F892A?sequence=1>

Hernández Gorrín, A. (15 de Agosto de 2011). *Definiciones y conceptos Fluctuación económica y ciclo económico*. Recuperado de <http://www.economiatic.com/fluctuacion-economica-y-ciclo-economico/>

Mazzini, J. J. (2001). Introducción al Derecho Bancario Peruano. *Revista Jurídica del Perú*, 137-149.

Quirós, C. C. (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. *IUS ET VERITAS*, 7(13), 19-35.