



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
ESCUELA DE POST - GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



**“ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE
LAS EMPRESAS DEL SISTEMA
FINANCIERO EN LA EJECUCIÓN DE
TÍTULOS VALORES DADOS EN
GARANTÍA PUNO - 2004”**

TESIS

PRESENTADA POR:

MAURICIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO



PUNO

PERÚ

2005

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
BIBLIOTECA CENTRAL
Fecha Ingreso: 18 SET 2012
N° 00042

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO PRIVADO

TESIS

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER SCIENTIAE

**“ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LAS
EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO, EN LA
EJECUCIÓN DE TÍTULOS VALORES DADOS EN
GARANTIA. PUNO-2004”.**

SUSTENTADA POR: ABOG. **MAURICIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

APROBADO POR LOS MIEMBROS DEL JURADO:

PRESIDENTE



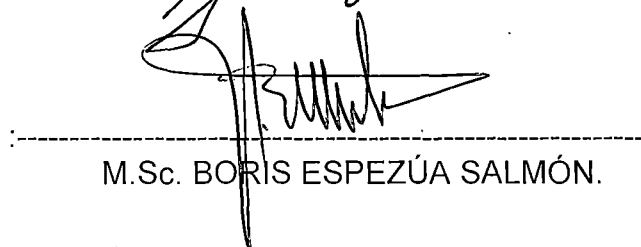
Ph.D. LUCIO ÁVILA ROJAS.

1er MIEMBRO



M.Sc. CRISTOBAL YAPUCHURA SAICO.

2do MIEMBRO



M.Sc. BORIS ESPEZÚA SALMÓN.

PUNO – PERÚ

2005

DEDICATORIA

A mamá Leonor; a mi esposa Nelly y a mis hijos Luigi, Mauricio D. y María Victoria, porque ellos han sido en mi vida una razón de lucha, esfuerzo y aliento permanente para este propósito.

INDICE

Página

ABSTRACT

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del problema.....	11
2. Justificación.....	14
3. Objetivos.....	15
3.1. Objetivo general.....	15
3.2. Objetivos específicos.....	15

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL Y BASES TEÓRICAS

Marco conceptual.....	16
Marco legislativo referencial.....	29

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Hipótesis y variables.....	91
1.1. Hipótesis.....	91
1.2. Variables de la investigación.....	92

1.3.	Operacionalización de variables.....	93
2.	Metodología.....	94
2.1.	Tipo de investigación.....	94
2.2.	Diseño de investigación.....	94
2.3.	Técnicas de investigación.....	95
2.4.	Instrumentos de investigación.....	95
2.5.	Población y muestra.....	96
2.6.	Ámbito de estudio.....	97
2.7.	Unidades de análisis.....	98
2.8.	Recopilación y procesamiento de datos.....	99

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y SU ESTUDIO

Cuadro N° 1.....	102
Cuadro N° 2.....	106
Cuadro N° 3.....	109
Cuadro N° 4.....	113

CONCLUSIONES	115
---------------------	-----

RECOMENDACIONES	116
------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	122
---------------------	-----

ANEXOS.	
----------------	--

ABSTRACT

The present investigation is about the abuse of the right, conditioned by the law, related between financial system enterprises and the borrower, by the execution of value titles like guaranties.

One of the most important questions to the contracts by adhesion is the loss of freedom to contracting. The liberal lawyers talk about relativization of the contractual freedom. In other words, the power of capital, every time more and more obliges to citizens to subdue in these conditions offered by the enterprises of the financial system. In fact, by they needs, they look like obligated to sign a contract that they don't know completely.

The general objective of this work is to determinate if "The general law of the financial system, insurance system and the Organic Law of banks and insurances" conditionates the abuse of right from the financial system enterprise against the lenders in the city of Puno, year 2004.

We present this hypothesis "The General law of the financial and insurance system, and the organic law of banks and insurances" conditionates the abuse of right by the side of enterprises from the financial

system against lenders, in execution of the value titles gave like guaranties convenient for the enterprises.

In the process of recolection of information we have used inquiries and documental analysis, we proved own hypothesis, where the law conditionates the abuse of right that enterprises from the financial system against the borrowers; that elaboration is unilateral with the absolutely criteria of the enterprises with the protection of law that leave the protection of State to the citizens in this field of contracts.

Lawyer, Mauricio Rodríguez Rodríguez

RESUMEN

“ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO, EN LA EJECUCIÓN DE TÍTULOS VALORES DADOS EN GARANTÍA. Puno – 2004”

La investigación planteada trata de determinar la existencia de abuso de derecho condicionada por la Ley en la relación contractual entre las empresas del sistema financiero y los prestatarios, mediante la ejecución de los títulos valores dados en garantía como los pagarés.

Uno de los cuestionamientos más importantes a los contratos por adhesión es la pérdida de la libertad de contratación, y los juristas liberales hablan de la relativización de la libertad contractual, en otras palabras, el poder del capital obliga cada vez más a los ciudadanos a someterse a las condiciones planteadas por las empresas del sistema financiero a tal punto de que por el estado de necesidad apremiante tengan que firmar un contrato que ni siquiera conocen en forma completa.

El objetivo general del trabajo fue, determinar si la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la

Superintendencia de Banca y Seguros”, condiciona el abuso de derecho de las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios, ciudad de Puno, año 2004.

Se planteó la siguiente hipótesis: la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, condiciona el abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios, en la ejecución de los títulos valores dados en garantía a su favor.

Para la recolección de datos se ha empleado la encuesta y el análisis documental, llegando a probar la hipótesis planteada que la Ley condiciona el abuso de derecho que ejercitan las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios mediante la firma de contratos por adhesión que no dan a conocer plenamente los contenidos del contrato al prestatario, y cuya elaboración es unilateral a criterio absoluto de las empresas con el amparo de la Ley que abandona la protección del Estado a los ciudadanos en este ámbito de los contratos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de un problema social que se genera en los prestatarios de las empresas del sistema financiero del Perú (Puno) en virtud de que desde el inicio de la relación contractual existen condiciones desfavorables para el prestatario, como son, la falta de conocimiento de las condiciones del contrato elaborado por dichas empresas bajo las facultades que les brinda la Ley para que estas determinen libremente desde los intereses, comisiones, gastos y otros aspectos que tienen que ver con la relación contractual para al final, ejecutar los títulos valores consistentes en PAGARÉS, incrementando aún más las cargas del prestatario que en vez de solucionar su problema económico con el préstamo, termina endeudándose, afectando su patrimonio y poniendo en riesgo su propia subsistencia.

La existencia de abuso de derecho en esta relación es una evidencia, pero este hecho se agrava cuando es el propio Estado que debe proteger al ciudadano, quien otorga normas que violentan el derecho ciudadano al dar ventajas a las empresas del sistema financiero a fin de que estas, prácticamente hagan de las suyas y determinen

intereses, moras, comisiones y gastos que encarecen el crédito y que los títulos valores otorgados en garantía sean ejecutados mediante un proceso en el Poder Judicial.

Los capítulos del presente trabajo están distribuidos de la siguiente manera: en el primer capítulo se desarrolla el planteamiento del problema, la justificación del estudio y los objetivos del mismo.

En el Capítulo II se plantea el marco teórico conceptual que sirve de referencia doctrinal para el análisis del tema, considerando todos los aspectos a tener en cuenta para un tratamiento profundo de la problemática.

El capítulo III, aborda la metodología del estudio y el diseño de los diferentes aspectos a tomar en cuenta para el tratamiento de la investigación así como los instrumentos que permiten llegar a probar la hipótesis planteada.

El capítulo IV, permite apreciar los resultados de la investigación mediante un análisis de las encuestas y su procesamiento estadístico, lo que a su vez permite arribar a conclusiones con relación a la hipótesis y los instrumentos considerados como herramientas que llevan a la prueba de hipótesis. Así mismo se plantean sugerencias que podrían ayudar a superar el abuso de derecho que se llega a demostrar en forma contundente.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde épocas remotas la mayoría de los pueblos conocen y practican los contratos tácitos y expresos de crédito o préstamo, sin embargo, su evolución fue diferente, pues si bien en algunos pueblos el préstamo se practica bajo principios de reciprocidad y solidaridad; en el mercado de las finanzas el préstamo genera utilidades (ganancias) atribuidas al pago por el uso del dinero.

En el Perú, el sistema financiero está regulado por la "Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros"; según los analistas jurídicos presenta vacíos y protege los intereses de la banca privada en desmedro de los intereses de los ahorristas y prestatarios de las EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

El problema básico investigado se refiere al abuso de derecho en la relación contractual existente entre la empresa del Sistema financiero y el prestatario, buscando aclarar si se cumple con los

presupuestos de igualdad de las partes en la relación contractual, considerando que el contrato es Ley entre tales partes.

De los estudiosos e investigadores de la relación acreedor-deudor, algunos asumen una postura de defensa de la actual situación, en tanto que otros son acervos críticos de la legislación y de las desventajas de los prestatarios.

Se ha llegado a afirmar que la recuperación de capital por parte del banco que ha realizado préstamos a un ciudadano, expone a éste y pone en riesgo a toda su familia teniendo en cuenta los altos intereses de los préstamos, amén de los no menos cuantiosos gastos administrativos y moras.

La presente investigación determinó las condiciones en que se llevan a cabo los procesos de ejecución de títulos valores otorgados en garantía entre las empresas del sistema financiero y sus prestatarios así como su relación con la legislación que la rige, teniendo en cuenta que se ha llegado a procesos judiciales de recuperación del capital más los intereses, moras y gastos administrativos y comisiones además de las costas y costos procesales.

La investigación de este tema de tesis pone de manifiesto los contenidos lesivos a los intereses de los prestatarios existentes en las normas que regulan los contratos de crédito y por consiguiente pretende encontrar probables vacíos de la legislación financiera,

orientándola a dar solución social y jurídica al tipo de fenómenos ya descritos.

Mediante la presente investigación, se dio respuesta a la siguiente interrogante:

¿La “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, condiciona el abuso de derecho en los procesos de ejecución de Títulos valor de garantía constituidos a favor de las empresas del sistema financiero?

2. JUSTIFICACIÓN

Teniendo en cuenta que en la realidad del país se realizan diariamente un conjunto de actos jurídicos que deben estar ajustados a los principios constitucionales de igualdad y equidad, se hace necesario ajustar los actos cotidianos de la sociedad a los principios constitucionales y que la práctica diaria de la población en la implementación de los negocios jurídicos permita un proceso de desarrollo tal, que considere un equilibrio social y bienestar para la sociedad en su conjunto, producto de relaciones justas entre las personas reguladas por el Estado, cuyo fin supremo es la persona Humana.

El presente estudio sobre la ejecución de Títulos valores de garantía constituidos a favor de las empresas del sistema financiero, contribuye al conocimiento de la realidad socio-jurídica de las partes involucradas en los contratos bancarios de préstamo dentro del marco jurídico actual.

Habiéndose demostrado la existencia del abuso de derecho, el trabajo se justifica por la necesidad de plantear sugerencias que permitan una legislación más equilibrada entre las partes contratantes que eviten abusos de derecho para reducir las posibilidades de la pérdida patrimonial de las partes en los procesos de ejecución de títulos valores constituidos en garantía a favor de las empresas del sistema financiero.

3. OBJETIVOS

3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si La “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, condiciona el abuso de derecho de las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios, ciudad de Puno, año 2004.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer si la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, otorga prerrogativas a las empresas del sistema financiero para que ejecuten los títulos valor de garantía dados a su favor.
- Identificar la existencia de abuso de derecho que afecta a los prestatarios, en los procesos de ejecución de títulos valor de garantía constituidos a favor de las empresas del sistema financiero.
- Determinar la influencia de la “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, en el abuso de derecho de las empresas del sistema financiero en la ejecución de Títulos valor dados en garantía a su favor, contra los prestatarios.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL Y BASES TEÓRICAS

Derecho.- etimológicamente proviene del latín Directum que significa directo o derecho. En sentido lato quiere decir, recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como jus.

Derecho Civil.-Es aquel que está contenido en el código civil, Orgaz, define indicando que es el que comprende el régimen de los bienes, de las obligaciones y los contratos, de la familia y las sucesiones, además de cierto número de nociones generales y comunes a todas esas instituciones especiales.

Derechos reales.- Es aquel derecho sobre las cosas, en alemán significa SACHENRECHT, mientras que en el derecho romano se definió por diferenciación con el Derecho de las personas así se decía que era ACTIO IN REM contrapuesto a ACTIO IN PERSONAM. Según Baundry La Cantinerie el derecho real es la relación directa e inmediata entre una persona y una cosa.

Derecho real de garantía.- El que tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación estableciendo trabas para enajenar la cosa que ha de responder eventualmente ante el titular del crédito o derecho. Las tres especies tradicionales son la hipoteca, la prenda y la anticresis.

Acción.- Es el derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio, modo legal de ejercitar el mismo derecho pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe. Facultad que tiene todo sujeto de acudir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivos sus derechos.

Una teoría considera la acción como un derecho público subjetivo concreto, según la cual el derecho de acción consiste en la facultad de solicitar la actividad jurisdiccional del Estado para obtener una sentencia favorable. Desde este punto de vista, solamente tiene derecho de acción aquel a quien da la razón la sentencia definitiva.

La segunda teoría considera que el derecho de acción es un derecho subjetivo, público y abstracto que consiste únicamente en la facultad de solicitar al Estado, el ejercicio de su función jurisdiccional para resolver el litigio, cualquiera que sea el resultado de la sentencia. Desde este punto de vista, el derecho de acción le asiste tanto a quien tiene razón como a quien no la tiene.

El Código Procesal Civil vigente señala que "Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio y defensa de sus derechos o intereses con sujeción a un debido proceso".

Condiciones de la Acción.- La acción tiene condiciones debido a que puede ser ejercitada por personas que tienen derecho o quienes no lo tienen. No es uniforme el concepto de condiciones de la acción. Se dice que son los requisitos procesales necesarios para que el juez expida un pronunciamiento válido sobre el fondo de la cuestión controvertida.

Las condiciones de la acción admitidas consensualmente son:

- a) La voluntad de la Ley o derecho o posibilidad jurídica, es decir, la existencia de una norma jurídica de derecho positivo que ampare la pretensión del actor.
- b) El interés para obrar, que consiste en que si no se produce la actividad jurisdiccional no es posible la satisfacción de la pretensión del demandante. Y
- c) La calidad o legitimidad para obrar o legitimidad ad causam, que es la coincidencia de la persona del demandante con la persona a quien corresponde el derecho y la persona del demandado con la persona a quien corresponde la obligación correlativa al derecho del demandante.

Procedimiento.- Es la forma modo y oportunidad en que se realizan los actos que constituyen el proceso, lo cual está determinado en la Ley procesal (Código procesal).

Juicio.- Al proceso se le ha denominado juicio. Por ello los ordenamientos procesales se denominaban "Código de enjuiciamientos", como se denominó nuestro código de 1852 y aún la

ley procesal española actual, se sigue llamando de la misma forma. El código de procedimientos civiles de 1912, pese al cambio de denominación, en su contenido siguió llamando al proceso "Juicio" y así legisla sobre el juicio ordinario, el juicio de menor cuantía y el juicio ejecutivo.

Sujetos procesales.- Son quienes intervienen en el proceso, así, el juez y sus auxiliares ejercen las funciones que son de derecho público mediante una labor de conjunto destinada a hacer efectiva la finalidad del proceso (Art. 48 del C.P.C.). La principal facultad del Juez es Jurisdiccional y la ejerce durante la tramitación del proceso. Las partes, son los sujetos del litigio, se les considera parte como elemento del todo. Las partes son el demandante y el demandado y algún otro tercero con interés. La capacidad para ser parte corresponde a toda persona con capacidad de goce en el ámbito civil.

Demanda.- Es el acto procesal mediante el cual una persona ejercita el derecho de acción, solicitando al órgano jurisdiccional la tutela de uno o más derechos subjetivos protegidos por el derecho objetivo o positivo. La demanda tiene que reunir un conjunto de requisitos regulados por el Código procesal civil.

Proceso de ejecución.- Es aquel que se acciona para hacer cumplir un título que tenga mérito ejecutivo. Tiene por objeto hacer efectivo breve y coactivamente el cumplimiento de obligaciones que constan en el título. El proceso no persigue que se declare la existencia de la obligación sino el cumplimiento de la misma. Por esto, el proceso

ejecutivo solo puede ser interpuesto por el acreedor. Es un proceso contencioso porque la Ley permite contradecir la ejecución y la contradicción se somete a trámite concluyendo con la sentencia. Generalmente en un proceso de ejecución las partes están en situación de desigualdad, el acreedor está en situación de ventaja frente al deudor, por el mérito que la ley le da al título ejecutivo pues se parte de la afirmación de la existencia de la obligación, por ello el juez al proveer la demanda admitiendo la ejecución no corre traslado de la demanda sino que ordena el cumplimiento de la obligación.

Contrato.- Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regular sus derechos.

El Código Civil Peruano de 1984 define al contrato en su artículo N° 1351 "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial", Art. 1352 "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la Ley bajo sanción de nulidad".

Banco.- Entidad del sistema Financiero para realizar operaciones de intermediación financiera autorizada por la Superintendencia Nacional de banca y Seguros.

Caja Municipal de Ahorro y Crédito.- Entidad del sistema Financiero nacional, encargada de captar los ahorros del público usuario y otorgarlas en créditos o préstamos a los usuarios. O sea de realizar intermediación financiera con autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Banco de Desarrollo de Segundo Piso.- Un banco de segundo piso es aquella institución que canaliza recursos financieros al mercado a través de otras instituciones financieras intermediarias (IFI), complementando de esta forma la oferta de recursos que se pone a disposición del sector empresarial.

Por otra parte, la denominación de Banco de Desarrollo está asociada con la contribución al desarrollo del país, mediante el financiamiento de la inversión productiva, el apoyo al desarrollo de las IFIs y a través de actividades no financieras que mejoren la competitividad empresarial.

Institución financiera intermediaria.- Se define como IFI (institución financiera intermediaria) a toda aquella entidad del sistema financiero, supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros que puede canalizar al mercado los recursos financieros de COFIDE y otros fondos , tales como: Bancos, Financieras, Arrendadoras, Cajas Rurales, Cajas Municipales, Cooperativas y Edpymes.

Papel de los intermediarios financieros.- Los intermediarios financieros tienen, entre otras, la responsabilidad de la recepción de las solicitudes de financiamiento, evaluar la viabilidad de la operación

de crédito solicitada, aprobar el financiamiento, desembolsar los recursos financieros requeridos con cargo a los recursos de Otras instituciones como COFIDE y efectuar las labores de recuperación de los créditos aprobados.

Subprestatario.- Toda persona natural y jurídica con adecuada capacidad administrativa, técnica, ambiental y financiera para llevar a cabo eficientemente el proyecto para el cual solicita el financiamiento.

Costo de crédito.- El costo del crédito en el Perú es de 22 % anual en dólares esta situación preocupa mucho ya que el servicio bancario no está a favor de los medianos y pequeños productores. Allí existe un problema fundamental las entidades del sistema financiero cobraron un costo del crédito hasta del 120 por ciento al año en soles reduciéndose por el contrario el nivel de vida de nuestros compatriotas. Señala así mismo que “las empresas del sistema financiero, jamás indican cuál es el costo de crédito del préstamo y solo les dicen cuánto tienen que pagar mensualmente”. Si se determina el retorno de ese flujo concluiremos que el costo del crédito está sobre el 120 por ciento. **(José Davis becerra entrevista al experto Juan José Marthans).**

Cartera negociable.- Se considera todas las posiciones afectas a riesgos de mercado, dentro o fuera de balance, incluyendo los instrumentos representativos de deuda, de capital, las posiciones afectas a riesgo cambiario y las posiciones en commodities.

Intermediación financiera.- La actividad habitual consistente en la captación de fondos, bajo cualquier modalidad, y su colocación en forma de créditos o inversiones.

Riesgo Crediticio.- Es el riesgo de que el deudor o la contraparte de un contrato financiero no cumpla con las condiciones del contrato.

Sistema Financiero.- Es el conjunto de empresas que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que requieren de autorización de la superintendencia para constituirse.

Contrato bancario.- El contrato bancario se produce cuando interviene como parte un banco o una entidad institucional de crédito en ejercicio y desempeño de su actividad autorizada. Entre las entidades autorizadas están las cajas de crédito, cajas de ahorro etc. Su objeto es el crédito.

El contrato es un medio o instrumento para la declaración de las voluntades de las partes. Entre el Acreedor que es la entidad financiera y el deudor que es la persona natural o jurídica que adquiere un préstamo de dicha entidad bajo ciertas condiciones. En este tipo de contratos generalmente no hay equilibrio entre las partes, ya que el que acude por un préstamo está urgido por un estado de necesidad. El Dr. Carlos Gilberto Villegas, señala que el contrato bancario es la vestidura jurídica de una operación Bancaria.

Las entidades del sistema financiero utilizan los recursos de terceros para hacer sus operaciones, así, utilizan el dinero de los ahorristas para otorgar los préstamos a los deudores a intereses altos.

Proceso civil .- Equivale a juicio, causa o pleito referido a derechos contemplados en el código civil, referidos a materia civil..

Garante.- se trata del fiador que entrega una garantía con el compromiso de asumir la responsabilidad del deudor en caso de que este no cumpliera con la obligación.

Garantía.-Es el derecho real o título valor constituido por el garante a favor del acreedor de una obligación cierta.

Hipoteca.- Es el derecho real de garantía que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar con ellos la efectividad de un crédito en dinero a favor de otra persona. Generalmente el inmueble gravado es de propiedad del deudor, pero también puede ser del garante.

Prenda.- Contrato por el cual el deudor de una obligación cierta o condicional presente o futura entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de que la obligación ha de ser cumplida. Faltando el deudor a ella, el acreedor puede hacerse cobro de su crédito con el precio que produzca la venta en remate público de la cosa dada en prenda y con citación del deudor.

Contrato en el Código Civil Peruano.- El Código Civil Peruano de 1984 define al contrato en su artículo N° 1351 "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir

una relación jurídica patrimonial”, Art. 1352 “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la Ley bajo sanción de nulidad”.

Libertad Contractual.- Respecto a este tema el Código Civil Vigente define mediante el Art. 1354 “la libertad con que las partes pueden determinar el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo”. El Art. 1355 establece limitaciones “La ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. El Art. 1359 señala que **“No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones aunque la discrepancia sea secundaria.** El Art. 1362 indica que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de buena fe y común intención de las partes. Según el Art. 1364 del Código Civil. “Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes salvo disposición legal o pacto distinto”.

Préstamo.- Contrato real que ofrece dos modalidades. En la primera, una parte entrega a la otra una cantidad de bienes que esta última está autorizada para consumir obligándose a devolver en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad. Se llama también mutuo o préstamos de consumo.

En la segunda, una de las partes entrega a la otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que use de ella y la devuelva en el plazo estipulado. Se llama así mismo comodato o préstamo de uso.

Préstamo con garantía.- Es el préstamo en el que el acreedor se asegura la devolución de lo prestado, mediante una fianza, prenda o hipoteca, o a cambio del otorgamiento de un título valor en garantía para ser ejecutado.

Préstamo con interés.- Es el préstamo de dinero que otorga el acreedor o la entidad del sistema financiero con la obligación por parte del prestatario, de pagar un monto de dinero como compensación por el uso del dinero prestado.

Préstamo usurario.- Es el préstamo que fija un interés muy superior al normal y desproporcionado con los riesgos que sufre el prestamista o con las utilidades que obtiene el prestatario.

Prestatario.- Es la persona Natural o Jurídica que recibe un préstamo de parte del prestador que puede ser otra persona o un banco del sistema financiero.

Acreedor.- Es la persona que tiene acción o derecho a pedir el cumplimiento de alguna obligación. Es el atributo del titular de un derecho de crédito. Couture dice que el Acreedor es el aspecto activo de la obligación el poder jurídico en cuya virtud una persona puede exigirle a otra un determinado comportamiento.

Deudor.- Es aquel que está obligado a dar, hacer o no hacer algo, es el obligado a cumplir la prestación para con el acreedor.

Título Valor.- Ascarelli afirma que la vida moderna sería incomprendible sin la densa red de títulos de crédito; así Césare Vivante define los títulos valores como todo documento necesario para ejercer el derecho, literal y autónomo que de él resulta.

Francesco Messineo indica que el título valor es un documento consistente en un escrito que enuncia una determinada obligación, y por este motivo un derecho subjetivo; ahora bien, entre el derecho subjetivo y el documento que lo menciona, pasa un cierto ligamen, nota característica y exclusiva porque no para todos los derechos subjetivos el documento cumple la misma función.

Celestino Araya señala que es un negocio jurídico que consiste en una declaración unilateral de voluntad constitutiva de una promesa, que si bien originariamente puede estar dirigida a persona determinada, es de orden vinculante, dado el carácter circulatorio del título, es decir, se formula ante el público en general, ante personas determinadas y es además, incondicional e irrevocable. Las personas indeterminadas ejercerán el derecho al ser determinadas a nivel de la posesión regular del documento, es decir, de su tenencia según la ley de circulación.

Para la doctrina alemana, Título valor es todo documento que representa o cartulariza un derecho privado de forma tal, que para el ejercicio del derecho es necesaria la tenencia del documento. Este

concepto está diseñado sobre la noción genérica de títulos directos conocidos también como nominativos. En virtud de la tenencia de un título directo solamente se puede exigir el cumplimiento de la prestación y el deudor sólo se obliga a realizarla contra la entrega del documento, es decir, se exige la presentación o exhibición del documento, reduciendo así la eficacia legitimadora.

En la doctrina nacional, es preciso tomar en cuenta lo afirmado por Ulises Montoya Manfredi, para quien los títulos valores son un conjunto de documentos típicos que contribuyen a promover la actividad económica, agilizando y dando fluidez al tráfico patrimonial. La palabra Título, alude al documento acreditativo de un derecho y unida a la palabra "Valor" significa que ese derecho que puede no ser únicamente crediticio, está contenido en el documento como transfundido en él, resultando una unidad indisoluble, de modo que resulta el elemento indispensable para ejercer los derechos que incorpora. De otro lado estos documentos tienen el destino común de la circulación., lo que explica que se les haya denominado también títulos circulatorios.

Título Ejecutivo.- es el documento que por sí sólo basta para obtener en el juicio correspondiente la ejecución de una obligación. En términos forenses se les denomina títulos que traen aparejada ejecución y que son sustancialmente los instrumentos públicos presentados en forma; los instrumentos privados suscritos por el

obligado, reconocidos judicialmente o cuya firma esté certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo; la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante el juez competente para conocer en la ejecución; la cuenta probada o reconocida como consecuencia de una diligencia preparatoria de la vía ejecutiva; la letra de cambio, vale o **pagaré**, el cheque y la constancia de saldo deudor de cuenta corriente bancaria, siempre que se hayan cumplido determinados requisitos, principalmente el protesto.

MARCO LEGISLATIVO REFERENCIAL

CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

ARTICULO 58: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

ARTÍCULO 62: La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos – ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

ARTÍCULO 65: El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

El Interés del consumidor y usuario:

En una economía social de mercado es correcto, y hasta se puede decir indispensable, que el Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios. En la organización económica contemporánea de bienes de cambio, el consumidor es más disperso que el productor y vendedor y, por tanto, el menos protegido en la relación de comprador y vendedor o usuario.

Las relaciones de mercado son relaciones contractuales, y las relaciones contractuales en el mundo moderno se suponen entre personas formalmente iguales. Para que en el mercado, la relación sea lo más equiparable posible, el consumidor tiene que tener ciertas garantías, que en esencia son:

- Que el productor y el vendedor informen verazmente sobre el producto, sus características y finalidades.

- Que lo que el productor y el vendedor informan, sea controlado por una entidad que garantice la verdad de lo dicho.
- Que en la relación comercial misma, el consumidor acuda a un mercado en el que el productor o el vendedor no actúen con posición dominante o monopólica que lo perjudiquen.
- Que el consumidor tenga una autoridad pública a la cual recurrir para interponer procesos que corrijan los problemas que encuentre en su relación de mercado.
- Que los procedimientos de protección al consumidor sean eficientes y que las autoridades encargadas de ellos tengan el poder suficiente, jurídicamente reconocido, para corregir las irregularidades que se presenten.
- Que haya una legislación protectora que evite el abuso de las partes fuertes de la relación de mercado, particularmente en lo que atañe a asuntos de ética, salud y seguridad colectivas.

La Constitución ha dispuesto que el Estado defienda el interés de los consumidores, que garantice el derecho a la información sobre los bienes en el mercado y que vele por la salud y seguridad de la población.

ARTÍCULO 87: El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La Ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.

Comentario: El primer párrafo está destinado a dar protección al ahorro de las personas y establece el deber del Estado de garantizarlo y fomentarlo, para lo cual deberán dictarse las normas que regulen las formas de ahorro posibles y las reglas de seguridad a las que se sujetarán los mismos. Las empresas financieras, bancarias, de seguros, de bolsa y demás que reciben ahorros del público también deben estar sujetas a una ley que regule su funcionamiento y que contribuya a garantizar el ahorro. Todas estas leyes pueden ser delegadas al Poder Ejecutivo.

La Superintendencia de Banca y Seguros es el órgano público y autónomo del Estado, de rango constitucional, que tiene como función supervisar a las empresas vinculadas al ámbito financiero y de seguros del país. Tendrá una ley propia que, como toda norma que regula la estructura y funcionamiento de las entidades

del Estado previstas en la Constitución, debe ser ley orgánica y no es delegable al Poder Ejecutivo.

CODIGO CIVIL.- Derechos reales de garantía Arts. 1055 al 1083 y Fuentes de las Obligaciones. El contrato de crédito como acción jurídica, esta regulada en el Código Civil, en el artículo 1351, que norma que el contrato es Ley entre las partes, y por lo tanto debe ser suscrita con el consentimiento de las partes, conociendo plenamente su contenido.

CODIGO PROCESAL CIVIL.-

En los procesos de ejecución, se tramitaran los procesos de Ejecución de derechos reales de garantía, así, está establecido en el Art. 720 y siguientes hasta el Art.748 concluyendo con la adjudicación del dinero obtenido como producto de los remates realizados de los bienes dados en garantía. Este proceso solo se impulsará a pedido de parte, el plazo en un proceso de ejecución, según el código procesal civil, siempre que el proceso no guarde complejidad, iniciado el proceso, debe concluir, aproximadamente en un plazo máximo de 30 días.

Si el proceso presenta, excepciones, contradicción, este podrá extenderse.

El nuevo Código Procesal Civil, inspirado en los principios de economía y celeridad procesal, resulta siendo beneficio para el banco

que ejecuta las garantías resultantes de los contratos de préstamo otorgados a los prestatarios.

**LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA SE
SEGUROS Y ORGANICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA
Y SEGUROS.**

Art. 5.- La superintendencia toma criterios inspirados en el principio de reciprocidad, cuando se vea afectado el interés público, según lo dispuesto por el Título III del régimen económico de la Constitución política.

Art.7.- El Estado no participa en el sistema financiero nacional, salvo las inversiones que posee en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso, en el banco de la nación y en el banco agropecuario.

Art.9.- Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas de servicios.

La disposición contenida en el Art. 1243 del Código civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera.

Las tasas de interés, comisiones y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público de acuerdo con las normas que establezca la superintendencia. (El Art. 1243 del C.C. Vigente está

referido a que la máxima tasa de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú)

La Ley General del sistema financiero y del sistema de seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros en lo referente al sistema financiero desde el Art. 130 al Art. 317 regula las funciones de la superintendencia con relación a la relación empresa del sistema con el público usuario.

Ley de Títulos y Valores.- Es un conjunto de Normas que regulan los títulos y valores en el sistema financiero Nacional entre ellos los pagarés que son los instrumentos que utiliza el sistema financiero para obligar el pago de todo cuanto puede cobrarle al prestatario.

LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

1.- El concepto de libertad de contratación –y el de contrato mismo- no puede estar desligado de la relación que existe entre este principio y la operación económica que entraña toda relación contractual. En el fondo, todo contrato es un acto de mercado, un acuerdo que las partes adoptan sobre su economía, una decisión “libre” sobre su patrimonio siempre que concurren todos los requisitos necesarios para perfeccionar un contrato. El contrato es en esencia una decisión económica, y cualquier cosa que se diga sobre él deberá tener presente esta realidad.

2.- Si el contrato es una decisión económica, tal decisión para ser eficiente ha de ser libre. En el Derecho Privado la figura que resume la libertad de la persona es la autonomía privada, que significa el reconocimiento del derecho de autodeterminación que dispone el individuo para "gobernar" libremente sus relaciones con los demás. En palabras de Dieter Médicus, "la autonomía privada consiste en que cada persona desarrolle su correspondiente libertad, según su propia voluntad, es sus relaciones jurídicas privadas: por tanto, debe dominar la autonomía, no la decisión extraña".

Así, se denomina autonomía privada al principio de auto configuración de las relaciones jurídicas de los particulares conforme a su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio de autodeterminación de las personas que según la Constitución alemana, es un principio previo al ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales*. Nuestra Constitución también lo reconoce de manera expresa: "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (artículo 2, inc. 22,a). En materia económica nuestra norma suprema no deja espacio para la duda sobre el estatus jurídico que confiere a la libertad económica, al establecer que "la iniciativa privada es libre..." (Artículo 58) no se puede contratar violando la libertad o condicionándola por ejemplo con la falta de información. Al iniciar precisamente con este principio

el tema del "Régimen Económico" en la Constitución, se pretende dar a entender que todas las reglas y demás principios contenidos en esta parte deberán interpretarse en sintonía con aquél y en el sentido que más favorezca su aplicación.

3.- En materia contractual la autonomía privada se expresa en la libertad de contratación, que consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento legal a los particulares para autorregular sus relaciones jurídico-económicas con los demás. De esta manera, el Derecho otorga a los particulares el poder de crear la norma que regulará sus relaciones económicas, sus negocios y de las personas con quienes se vinculará.

La libertad de contratar, entonces, no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y la intervención del Estado. En esta línea, lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la ley. Es la Ley que debe evitar que se produzca el abuso de derecho. De esta manera, en principio, un juez no puede declarar nulo o ineficaz un contrato por considerado injusto. El contrato lo mismo que cualquier otro acto jurídico, no necesita cumplir más requisitos que los exigidos por el ordenamiento.

4.- Pero todo contrato es, al propio tiempo, ejercicio de libertad y reconocimiento de la misma. Cuando hablamos de contratación debe tenerse presente que en el contrato lo que se compromete son

conductas que las partes se obligan a realizar para llevar a cabo una operación económica, por tanto, el contrato es también un recorte voluntario de la libertad. De ahí que la constitución (artículo 62) reconozca que quienes decidan celebrar un contrato lo hagan sin más limitaciones que las impuestas por el ordenamiento; esto es, con la mayor libertad legal posible.

Al ser concebido el contrato dentro de un proceso en el que una persona pone a disposición de otra su acto, y con ello una porción de su libertad, obligándose voluntariamente a realizar una prestación, el contrato deviene, al decir de Hattenhauer, en una pieza central de la libertad civil de Derecho, desarrollándose la tesis que culmina con el reconocimiento de la autonomía privada. Es que si el contrato es confirmación de la libertad civil, nadie debe desde un plano superior-dictar a una persona normas reguladoras de esa porción de libertad, sino que aquellas debían emanar exclusivamente de su voluntad.

Así el dogma de la autonomía de la voluntad se funda en la siguiente reflexión Kantiana: "Cuando alguien decide algo con respecto a otro, es posible que cometa cierta injusticia, pero toda injusticia es imposible cuando decide para si mismo". Sin embargo, siendo en esencia correcta tal afirmación, no puede ser admitida sin reservas; **el estado actual de la economía y del mercado ha demostrado que existen situaciones en las que es necesario que el Estado intervenga para proteger al contratante débil; esta**

intervención tiene diversas formas de manifestarse como veremos luego.

5.- Si bien es verdad que el contrato es el reino de la autonomía de la voluntad, es decir, el ámbito en el que con mayor libertad se ha expresado este principio, esto no nos puede llevar a considerar que el contrato es solo voluntad de las partes y que se encuentra al margen del ordenamiento jurídico. No existe contrato fuera de un contexto legal ausente de un ordenamiento jurídico. El ordenamiento no solo reconoce la autonomía de la voluntad, sino que la protege y la hace posible. Todo acto jurídico y dentro de él por supuesto el contrato, surge dentro de un contexto legal preexistente, que le da virtualidad jurídica y eventualmente lo completa. Si no existiese un contexto legal que anteceda al contrato, sería inútil todo ejercicio de voluntad. La voluntad por sí sola es estéril para crear derecho.

La formación, ejecución y conclusión de un contrato están determinadas por el ordenamiento legal; este establece las consecuencias del acuerdo adoptado y complementa lo convenido por las partes. Es decir, el acuerdo contractual nunca es solo tal acuerdo; el texto contractual se completa siempre con el contexto legal. Así, por ejemplo, según las normas referidas a la compra venta, luego de celebrado el contrato por las partes, no solo se generan los efectos requeridos por estas, sino también se producen consecuencias

legales que no han sido acordadas por los contratantes, y que incluso ni siquiera fueron pensadas por ellos.

Ciertamente la mayor parte de las normas en materia contractual son dispositivas, esto es, son susceptibles de ser sustituidas por las partes. Sin embargo, concurrentemente el ordenamiento jurídico también contiene normas imperativas que no pueden ser sustituidas por la voluntad de los contratantes. Estas normas imperativas pueden dotar al acuerdo contractual de un significado y alcance distinto al establecido por las partes en el clausulado contractual. Pero igual puede suceder con las normas dispositivas, porque si bien las partes pueden prescindir de ellas, si no lo hacen, estas normas adquieren un carácter imperativo en tanto no sean "derogadas" por las partes. Así pues, el ordenamiento jurídico despliega también un papel de carácter positivo en relación con el contrato, incluso contradictorio con el sentir de las partes, acreditando que la voluntad de estas -pese a ser un presupuesto ineludible del contrato- no es omnímoda ni todopoderosa.

De esta manera, la autonomía privada exige conceptualmente la existencia correlativa del ordenamiento jurídico. Los particulares solo pueden configurar relaciones jurídicas propias del ordenamiento jurídico, y la configuración autónoma de las relaciones sólo puede tener lugar mediante actos que sean reconocidos por el ordenamiento legal como tipos de actos de configuración jurídico negocial.

La configuración autónoma privada de relaciones jurídicas está determinada, por tanto, por el ordenamiento jurídico en su forma y su posible contenido.

LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO.

Igualdad y libertad son las bases del Derecho liberal de los contratos. Las relaciones contractuales diseñadas en los Códigos del siglo XIX y XX, son relaciones libres y paritarias, siendo el principio de libertad de contratación la síntesis de estos valores. Por ello, de él descenden las principales reglas y principios contractuales. Así, el principio de consensualidad (artículo 1352 del C.C.) solo se explica por la libertad con que las partes han expresado su voluntad al momento de celebrar el contrato. De igual modo, solo se entienden los principios de supletoriedad de las normas contractuales y el de libertad de tipología contractual (artículo 1356) por la necesidad de otorgar a las partes la mayor libertad legal para autorregular sus contratos. Así también, el principio de obligatoriedad de los contratos (artículo 1361), la buena fe contractual (artículo 1362) y la relatividad del contrato (artículo 1363), encuentran asidero en la libertad con la que se vinculan legalmente las partes.

DERECHOS QUE COMPRENDE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

La libertad de contratación esta compuesta por otras dos libertades: la de contratar y la contractual.

- a) Libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, y si finalmente decide contratar, determinar con quien contrata.
- b) Libertad contractual, conocida también como libertad de configuración, está referida a la libertad de determinar el contenido del contrato. Esta se compone a su vez de las siguientes facultades:
 - Libertad para decidir el tipo de contrato
 - Libertad para decidir la forma del contrato

EL CONTRATO POR ADHESIÓN

El contrato por adhesión es aquella modalidad contractual por medio de la que un sujeto contratante elabora (de forma anticipada) el contenido del contrato colocando a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, quedando en la alternativa de adherirse, es decir, se restringe la negociación a lo que señala la parte que redactó el documento contractual.

Al respecto manual de la Puente y Lavalle nos indica sobre los elementos del contrato por adhesión:

“Dos elementos típicos del contrato por adhesión que lo distingue del contrato paritario o discrecional son: El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de la estipulaciones no es una característica de los contratos por adhesión (como si lo es de las cláusulas generales de contratación) de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta. Por otro lado, en ese contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si solo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas; la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente.

Así tenemos que los contratos por adhesión se caracterizan por:

- a) **Limitar el contenido del contrato a lo dispuesto por la exclusiva voluntad de uno de los sujetos contratantes, lo que no debe confundirse con “las cláusulas generales de contratación que como simples estipulaciones son “reglas elaboradas por una de las**

partes de forma unilateral para ser incorporadas en futuras contrataciones". Al existir esta limitación negocial se afirma que los contratos por adhesión no pueden ser concebidos como contratos puesto que **"no existe libertad contractual"**, no obstante ello consideramos que tal afirmación no resulta correcta puesto que las partes contratantes que se adhieren al documento contractual elaborado tienen la posibilidad de revisar el contenido del contrato (dando lectura al texto, por ejemplo, o preguntando algún aspecto dudoso de la contratación) y decidir si se adhieren o no; asimismo, siguiendo la teoría constitucional de la delegación estatal (sea mediante el pacto social, según Rousseau, o el Leviatán, según Hobbes) podemos afirmar que los sujetos que se adhieren han delegado a los entes supraestatales (como el INDECOPI, OSIPTEL, OSINERG, SUNASS, SBS, entre otros) la tutela de sus intereses.

- b) El sujeto quien recibe la oferta (materializada en el documento negocial prerredactado) queda sujeto a un derecho potestativo restringido, en tanto el sujeto asumirá una situación de ventaja que le permitirá decidir si se adhiere o no el documento prerredactado, no obstante solo podrá adherirse dentro de los términos de la oferta contractual. Pero si dicho contrato por adhesión resulta ser

un “contrato prácticamente necesario “ (que es aquel contrato en el que la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener los bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encuentra colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones de tales empresas), entonces consideramos que no tendría el sujeto la titularidad de una situación jurídica de ventaja sino una posición de desventaja, puesto que no le queda ninguna otra opción, quedando restringida su voluntad y libertad de decisión a la suscripción del contrato ofrecido. Podríamos colocar como ejemplo el contrato de suministro de agua potable con SEDAPAL, puesto que si deseamos agua potable solo podemos obtenerla en Lima por dicha empresa, a pesar de que se indique que existen otros suministros como son: el agua San Luis, San Antonio, entre otras que en el mercado brindan agua en bidones (pero que, a nuestro juicio, no es el mismo producto).

Resulta importante efectuar un estudio de lo regulado en el presente artículo analizando la libertad de la norma. Así tenemos que el artículo, objeto de estudio, nos indica lo siguiente: “Cuando una de las partes es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar

íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte y declara su voluntad de aceptar, entonces hay CONTRATO POR ADHESIÓN “.

La estructura normativa sería la siguiente:

Supuesto normativo: “Si una de las partes del contrato es colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte y declara su voluntad de aceptar”.

Nexo causal. Entonces;

Consecuencia jurídica: “Existe un contrato por adhesión”. Siempre y cuando el aceptante conoce plenamente las condiciones planteadas en el contrato.

Como podemos observar del supuesto de hecho de la norma, el sujeto quien se adhiere es colocado en dicha posición (ello puede significar que tal sujeto no consintió previamente estar en tal situación, si no que fue ubicado en tal “condición jurídica por la contraparte), por lo que el sujeto en realidad no tiene un “derecho potestativo propiamente dicho” en tanto no es titular de una situación jurídica subjetiva de ventaja, si no tiene una posición restringida, diríamos “una situación jurídica subjetiva de ventaja restringida”, por la que el ordenamiento jurídico traslada el siguiente mensaje: “Si deseas contratar de la manera predispuesta ENTONCES ejerce tu derecho potestativo y adhiérete”.

Surge en este estadio de análisis normativo la siguiente interrogante: ¿Puede existir un contrato de adhesión parcial? Es decir, ¿Puede establecerse la necesidad de adhesión solo sobre parte de las estipulaciones del contrato? Se responde a esta pregunta de forma negativa, en tanto implicaría ello una contraoferta y por tanto un disentimiento parcial.

MODALIDADES DE CONTRATOS POR ADHESIÓN: CONTRATOS LIBRES POR ADHESIÓN Y CONTRATOS NECESARIOS POR ADHESIÓN.

a) Contratos libres por adhesión

Es aquella modalidad en la que la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad realizada sin violencia ni intimidación alguna, en la medida en que pudo rechazar o abstenerse a aceptar. En este caso el sujeto que se adhiere lo efectúa por propia decisión, **“siempre que esté adecuadamente informado de los pro y contra de la contratación que está construyendo”**. Un ejemplo de esta modalidad de contratación lo tenemos en la afiliación a las tarjetas de crédito o el adquirir una línea celular, en estos casos la decisión del sujeto adherido no es consecuencia de una imposición mas aún cuando el uso de tarjetas de crédito o de una línea celular no importa cubrir un estado de imperiosa necesidad.

b) Contratos necesarios por adhesión

Se refieren a aquella modalidad en la que el sujeto (quien se adhiere al contrato) se encuentra en un estado de necesidad que solo puede satisfacer mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración del contrato.

No obstante ello, consideramos que si existe contrato y por ende libertad contractual en el presente caso en la medida en que ambos sujetos coinciden en celebrar un contrato, con la única salvedad de que no han existido tratativas preliminares que a luz de nuestro Código Civil no son indispensables.

EL CONTRATO POR ADHESIÓN Y LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Tal como lo hemos indicado a lo largo de nuestro comentario, en la contratación predispuesta o por adhesión una de las partes tiene el dominio en la redacción de las estipulaciones, lo que implica que uno de los sujetos contratantes posee una mejor información que otra (asimetría informativa) que inclina la balanza a favor de esta. Esta situación puede considerarse injusta debiendo, por tanto, protegerse a la parte débil o menos informada. Así a esta parte (conocida habitualmente con el nombre de "consumidora") se le reconocerá el derecho a ser informada de manera adecuada, mediante expresiones claras, veraces y suficientes para adoptar una decisión racional, según lo dispone el Decreto Legislativo N° 716, Ley

de Protección al Consumidor, así como el artículo 65 de la Constitución Política de 1993.

Este deber de información del proveedor de un servicio o de un bien debe ser solicitado de modo razonable, es decir, no implica exigir al sujeto deudor la realización de conductas innecesarias ni la expresión de datos que no estén relacionados con la contratación y que resulten reservados o estratégicos para el deudor. Tal es el caso que a un banco le exijan que exprese a un sujeto que desee una cuenta de ahorros, donde invierte el dinero y en qué condiciones. Así también no sería razonable que le exija una universidad que informe a sus alumnos el monto de la remuneración de sus profesores. Estos datos que constituyen información privilegiada no tienen relación con la satisfacción del interés del acreedor, siendo por ende distinto el caso siguiente: un sujeto desea adquirir acciones de una sociedad, para ello requiere que se le informe sobre una situación financiera de la empresa (resultando esta información razonable y necesaria). Otro ejemplo: un sujeto desea abrir una cuenta corriente en un banco requiriendo para ello que la institución bancaria le informe sobre la tasa de interés del banco. En estos casos resulta primordial que la empresa o institución informe, siendo un atentado contra los derechos del consumidor no realizar tal conducta.

RELATIVIDAD CONTRACTUAL.

LA DIMENSIÓN NEGATIVA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA RELATIVIDAD CONTRACTUAL

El eje cardinal, medular en sede contractual, lo es precisamente el principio de autonomía de la voluntad, a cuyo tenor los individuos serán capaces de autodiseñarse la estructura y el funcionamiento del instituto contractual que por sus propias declaraciones negociales han creado. La autonomía de la voluntad es para el campo contractual, lo que el cerebro para el cuerpo humano, el sostén básico de la vitalidad, capaz de ofrecer las mas increíbles combinaciones que la necesidad y el interés motiven en el ingenio humano.

Para el profesor Díez-Picazo: "La idea de contrato y de obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o de un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina autonomía privada o autonomía de voluntad. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad".

El principio de autonomía privada se manifiesta en el contrato, en primer orden, en la posibilidad hecha realidad en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen de decidir los sujetos, concertar o no un contrato, es su opción la de contratar o abstenerse

de hacerlo y de seleccionar con quien hacerlo; en segundo orden, en la libertad de elegir el tipo contractual (el *typenfreiheit* no queda atado al tipo establecido en la norma legal sino que puede construir uno distinto), y un tercer orden en la posibilidad de modificar o fijar su contenido.

Sin embargo, tampoco ha sido saludable, y esto lo ha evidenciado el devenir histórico del Derecho de Contratos, hiperbolizar la función capital de la autonomía de la voluntad. Autonomía no es sinónimo de anarquía, lo contrario implicaría hacer dueño a cada sujeto de la porción que le compete y pertenece a terceros, incluido por supuesto el Estado.

La autonomía de la voluntad tiene sus propias dimensiones, o sea, aquellos espacios donde esta inserta, allí donde esta presente inmanentemente en la institución, en un sentido no ya de principio general informador de la contratación, sino manifestándose en el caso concreto.

Si partimos de que la libertad contractual deja expedita a los individuos la posibilidad de moldear el fruto de su creación: el contrato, es dable entonces sustentar que ese poder tiene límites que constituyen la dimensión negativa de este mismo fenómeno, o sea, ¿Cuál es el espacio dentro del que tendrían potestades las partes para diseñar el contrato? Tales límites no son extrínsecos al contrato, en cuanto forman parte de él, son su recubrimiento, la frontera entre el yo contractual, y lo ajeno al contrato, el deslinde entre partes

interesadas y tercero contractual. En este orden se ofrece el vínculo conceptual entre la autonomía privada en su dimensión negativa y la relatividad contractual. Como bien expone Díez-Picazo la ausencia de irradiación de efectos del contrato respecto de los terceros, se sustenta en el hecho de que el contrato es un acto de ejercicio de poder de autonomía privada, de suerte que desplegar eficacia respecto de terceros constituiría cabalmente lo contrario, es decir heteroeficacia.

El fundamento de la relatividad contractual está en la misma esencia del contrato, de la misma manera que es una manifestación de la autonomía de la voluntad, solo compete a quienes libremente lo concertaron, intelegir lo contrario supondría que una persona quedase obligada por decisión de otra, sin que previamente le haya autorizado, otorgándole representación o ratificado con posterioridad; de lo que hay que salvar, lógicamente, la presentación legal que encuentra su ratio en la norma jurídica que la impone.

LA RELATIVIDAD DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO.

Entendida la eficacia contractual como la consecuencia jurídica, o mutaciones que en el espacio vital en que se desenvuelve el contrato este produce, porque así han sido queridas y pretendidas por las partes, no puede negarse que los efectos que irradia el negocio contractual solo son de la incumbencia de las partes contratantes.

Dicha relatividad supone que el conjunto de deberes y derechos que la relación jurídica contractual creada despliega, sólo atañe a los autores del negocio contractual, y a sus herederos. La fuerza compulsiva del contrato no puede expandirse a los terceros, quienes en principio, resultan extraños al negocio concertado.

Empero, más que de relatividad como un efecto propio del contrato, como así sostienen algunos autores mexicanos, es dable hablar de relatividad de los efectos del contrato, no es que la relatividad sea un efecto más, sino que la obligatoriedad que el negocio contractual implica para sus autores, tiene un carácter relativo, conстриendo tan solo a aquellos. La relatividad es, pues, un principio informador del Derecho Contractual, a cuyo amparo las partes asumen los beneficios y consecuencias del negocio creado, pero per se, no constituye un efecto más del contrato, y sí tan solo, la manera de expresión o concreción de la obligatoriedad contractual. Amén de que el legislador por respeto a la sistemática lo ubique bajo el rubro de "Efectos del contrato".

LA RELATIVIDAD COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL. PRESUPUESTOS HISTÓRICOS Y DOGMÁTICOS

Como sostiene Giorgi, pocos principios del Derecho son enseñados en forma tan acorde por los escritores y sancionados con tanta constancia por los legisladores. Apunta Rodríguez González que

limitadas han sido las instituciones jurídicas que han pervivido a través de los siglos de manera tan incólume como la presente.

Desde los tiempos justinianeos hasta la actualidad, ha tenido gran resonancia la máxima acogida en el Codees de Justiniano, que subrayaba el hecho de que el contrato era *res Inter. Alios acta aliis neque prodest neque nocere potest*; o sea, el contrato es cosa ajena para los terceros y, por consiguiente, ni les beneficia (*necprodest*), ni les perjudica (*nec nocet*). La órbita de actuación de las partes contratantes solo atañe a sus protagonistas en ejercicio del poder de autorreglamentación de sus intereses.

Expresa Lasarte que: "Con la expresión principio de la relatividad del contrato se trata de poner de manifiesto que la eficacia del contrato como categoría (...) no tiene alcance general respecto de la colectividad, como ha de predicarse de la norma jurídica, sino un alcance limitado a las partes contratantes.

La relatividad contractual se ha elevado al rango de principio general del Derecho Contractual, y así es reconocido por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de algunos Estados como España, sosteniéndose por autores como Abeliuk que no es "(...)un principio limitado a los contratos, ni tan siquiera a las convenciones, si no a todos los actos jurídicos, y aun a ciertos actos de autoridad como son las sentencias, (...)", así el propio efecto de la cosa juzgada en el orden civil afectada tan solo a las partes litigantes no a quien no ha comparecido en el pleito.

Aunque comúnmente la doctrina científica alude a principios generales del Derecho civil, y en especial del Derecho de Contratos, no se suelen sistematizar, y es más, la fuerza de la costumbre, y la *communis opinio*, son los que los imponen. A mi juicio no se trata, en esta oportunidad, de una simple regla de Derecho o de un axioma jurídico indiscutible, sino en realidad de un principio general del Derecho, que está implícito o explícitamente contenido en el propio sistema legal.

Como principio general del Derecho Contractual la relatividad supone un dogma del Derecho Privado en dos sentidos fundamentales, en uno se expresa que el contrato será fuente de Derecho y obligaciones para las partes que han concurrido a la formación del vínculo contractual y, en otro, como forma de contratación de los derechos de crédito de los derechos reales a partir de la relatividad que se invoca de los primeros frente al carácter absoluto de los segundos. El principio en cuestión establece el límite subjetivo de eficacia del contrato: límite que queda reducido a las partes contratantes y a sus herederos, si bien admite excepciones que se han abierto sendero propio en el Derecho positivo, con apoyo de un importante sector doctrinal. Precisamente en la eficacia y en los sujetos es donde ha de buscarse la esencia de este principio.

Como principio general, también presupone un grado de abstracción y de generalidad que le permita su aplicación a cualquier supuesto contractual.

LA “CRISIS” DEL PRINCIPIO. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

La erosión del ya clásico principio ha venido por doquier. Se sostiene-y con razón-que señalar que el contrato “no puede perjudicar a terceros “, no significa afirmar que el contrato no existe frente a ellos, que los terceros lo pueden desconocer, que no les es oponible.

Muy por el contrario, el contrato no puede concebirse aisladamente. “La relatividad del efecto obligatorio está en armonía con la doctrina individualista de la autonomía de la voluntad”*. En tanto y en cuanto se exacerbe el valor de la autonomía privada se realizará el significado de la relatividad contractual.

La relatividad contractual ha venido sufriendo una evidente relajación. Resulta imposible encapsular el vínculo obligatorio y la situación jurídica creada por el contrato, o sea, la relación jurídica contractual. Se hace insostenible sustentar que el contrato en nada afecta la órbita de los terceros (sea en sentido positivo o negativo). No resulta absoluta la distinción entre derechos reales y derechos de crédito. El contrato puede y es oponible frente a todos, erga omnes y debe ser respetado por los terceros.

La labor de interpretación doctrinal y jurisprudencial operada ha dado al traste con la aparente rigidez de la relatividad contractual. Hoy en día se habla de una eficacia refleja o indirecta del contrato en relación con los terceros, a partir de la noción de repercusión del contrato en la órbita de los terceros; obsérvese que se trata de una eficacia por repercusión y no por mera incidencia. Esta idea de repercusión no es sino reflejo de la interdependencia de los individuos que viven en sociedad y la idea de solidaridad frente al individualismo.

LA TUTELA AQUILIANA DEL DERECHO DE CRÉDITO

La relatividad contractual viene sufriendo una evidente erosión. La rigidez con la que antaño fue concebida ha dado al traste frente a las realidades del tráfico moderno.

La relatividad del derecho de crédito no es obstáculo para que el acreedor pueda pretender la protección de su derecho frente a todos los que conscientemente ayudan a frustrarlo. Lo que, sin embargo, no atenta a la relatividad del derecho de crédito, sino pone al descubierto lo endeble de la pretendida consecuencia. El derecho de crédito-relativo en cuanto a que la prestación que constituye su objeto solo puede interesarse frente al deudor vinculado-no deja por ello de merecer la protección del ordenamiento en forma de responsabilidad aquiliana cuando la conducta del tercero, conforme con una valoración ponderada de los intereses concurrentes, se considera contraria a la buena fe.

A tales efectos se ha planteado si el acreedor está legitimado para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así su derecho un plus de protección.

Autores como Vatier Fuenzalida se muestran partidarios de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoca el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer. Empero, con la salvedad de que ese plus de protección se dará cuando el tercero impide el cumplimiento, no cuando lo provoca de manera exclusiva, dado que en tal supuesto, amén de la eventual responsabilidad en que el tercero pueda incurrir, lo que no habrá de ningún modo es la responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad por la intervención de aquel.

Tradicionalmente ha sido negado que los terceros, aunque perjudiquen un crédito, sean responsables frente al acreedor. Enneccerus y Lehmann sostienen que el hecho de que un tercero, influyendo sobre la persona del deudor o el objeto de una obligación, imposibilite su cumplimiento, no constituye una violación del derecho obligatorio, ya que este no se dirige e modo alguno contra el violador, y su acto cualquiera que sea su naturaleza, no contradice facultad alguna del acreedor que tenga fuerza de vincularse.

En la doctrina italiana Ruggiero ha defendido que la violación de la obligación no es posible, sino, por parte de la persona particularmente obligada y, por ello, la dirección de la acción resulta

originalmente fijada desde el momento en que la dirección se constituye; sin embargo, acepta que el deber de no lesionar las relaciones se constituye; sin embargo, acepta que el deber de no lesionar las relaciones ajenas se impone igualmente a todos los derechos relativos. Supone que puede que un tercero impida que el deudor pague el crédito; a su juicio, lo que viene protegido no es la relación de crédito, sino un derecho que es absoluto, el derecho a la integridad del patrimonio, del cual forma parte el de crédito. Esta controvertida posición del connotado autor italiano ha sido objetada por Vallet de Goytisoló, quien con convincente lógica ha razonado que si en efecto todo crédito se inscribe en el patrimonio, todo crédito será protegido por el mismo motivo o la misma razón por la que resulta tutelada nuestra propiedad de cualquier cosa material o inmaterial, defendiendo así la tutela aquiliana del derecho de crédito.

Tal y como hemos expuesto desde el inicio de este epígrafe, la tendencia actual ha sido correctora de este errado análisis, imponiéndose en la doctrina e incluso en la jurisprudencia europea el principio general de respeto tanto de los derechos personales como de los reales. Si bien es cierto que el cumplimiento de la prestación tan solo es exigible al deudor, único compelido a ello, tampoco puede ser desconocido por los terceros. Como apunta Valier Fuenzalida la diferencia entre los derechos personales y reales radica en su arista interna, de modo que ambos son tipos de derecho subjetivo de tutela externa frente a los terceros.

Para Hernández Gil tanto en crédito como la deuda son elementos patrimoniales susceptibles de lesión por terceros, por lo que ha estos les es exigible la reparación. Larenz dice que: "La situación jurídica del acreedor (...) es una posición jurídica que todos vienen obligados a considerar, a respetar. No es ciertamente un derecho absoluto, pero al igual que este, es digno de protección y por ello, en caso de vulneración, ha de equipararse a los demás derechos a que se refiere el 823, apartado I del BGB.

ABUSO DE DERECHO

Antecedentes Históricos.

Se sostiene que la idea estuvo ya en germen en el derecho romano y que algunas leyes de las partidas involucraban una aplicación del concepto. Pero lo cierto es que la concepción científica de la teoría y su aplicación práctica con carácter general es una conquista muy reciente. La idea comenzó a penetrar tímidamente en la jurisprudencia francesa a fines del siglo pasado, y desde entonces ha tenido un desarrollo magnífico y fecundo.

La inducción al cumplimiento de una obligación y el ejercicio de un derecho no es un acto ilícito por el solo hecho de ejercerlo, sino que se considerará abuso todo aquello que exceda a la moral y a las buenas costumbres.

La teoría del abuso del derecho tuvo sus primeras apariciones en la jurisprudencia Francesa.

Una cuestión Civil si no se puede resolver por la palabra ni por la ley, se tendrá que resolver por las leyes análogas; en el caso que resultara dudoso se resolverá por los principios generales del derecho.

El Código Civil, impide que los actos contrarios a las buenas costumbres puedan ser objeto de los actos jurídicos.

Teoría del abuso del derecho

Es el ejercicio abusivo del derecho, el cual es considerado como un acto ilícito, el cual en el ambiente jurídico es tratado como un acto **ilícito abusivo** que se diferencia del acto ilícito común porque en este se violan las normas legales.

Esta teoría fue también denominada por otros autores como:

1. "**Logomaquia**" por Planiol.
2. Abuso de los textos legados o reglas jurídicas por Appleton.
3. Abuso de la libertad por Ferion

En otros se denomina "ejercicio abusivo de los derechos", la cual explica como tienen que ser ejercidos los derechos, o sea el proceder abusivamente por lo pronto es ilícito.

Por la necesidad de afirmar la existencia de los derechos subjetivos, hay que cuidarse de los excesos en el que suele pasar en el ejercicio de ello. Porque si la ley los reconoce con un fin justo y útil, puede acontecer que en ciertas circunstancias se tornan injustos en algunas consecuencias.

“Si es legítimo *usar* los derechos que la ley concede, no lo es *abusar* de ellos”

Se puede seguir el rastro del abuso del derecho en el pensamiento contemporáneo, los juristas observan con desconfianza a esta institución, solamente la ley tiene el poder y la obligación de limitar las actividades del ser humano, mientras estén dentro de estos límites, estos no tendrán inconvenientes, porque sino, todos estaríamos bajo el juzgamiento de los poderes públicos, y la seguridad y libertad estarían perdidas. Por lo tanto, el hombre debe saber de antemano qué es lo que puede hacer y lo que no, fijándose a través de la Ley.

La Ley es la base dentro de la cual la persona puede desarrollar sus actividades sin temor de perjudicar a terceros, si esto se produce se debe aplicar una pena. El derecho termina cuando comienza el abuso.

Se puede discutir el termino ***abuso del derecho*** (que tiene fuerza expresiva y ha sido incorporado definitivamente al léxico

jurídico)² pero no se puede discutir el ejercicio de los derechos mas allá de los límites de la buena fe, estos derechos no pueden estar a disposición de la maldad porque tiene una base que es un *espíritu* (la cual es la razón del porque la ley los entregó). No se puede pensar que esta facultad en manos de los jueces, puede transformarse en un instrumento de seguridad jurídica y así negar a los seres humanos los derechos que estos tienen, es por esto que la elección de los jueces aleja a estos de la política y los separa de la tentación demagógica (que es lo que ocurre en un legislador al dictar leyes con el fin de ganar clientela política).

Los juristas liberales han mirado con indisimulada desconfianza esta institución. Para ellos, las libertades humanas fincan en el respeto incondicional de los textos legales. Solo la Ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre; mientras las personas actúan dentro de aquellos límites, no hay por que investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario, no habría derechos; todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos; la libertad y la seguridad quedarían perdidas y el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo seguro como base para desenvolver sus actividades, que sepan de una manera clara y definida que es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única manera de fijar de un modo cierto ese

campo de acción es la ley. No obstante la fuerza lógica de éstos argumentos, la teoría del abuso del derecho se ha abierto paso con pie firme. Podrá discutirse el acierto lógico y gramatical de la expresión "abuso del derecho", pero lo que no cabe discutir ya es que no se puede permitir el ejercicio de los derechos mas allá de los límites de la buena fe.

Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu, que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley (Josserand).

El derecho no puede amparar ese proceder inmoral. No creemos justificados los temores de quienes piensan que esta facultad, en manos de los jueces, pueda convertirse en un instrumento de inseguridad jurídica y en una manera de negar a los hombres los derechos que la ley les reconoce. Además, los jueces no pueden proceder arbitrariamente; están unidos por la disciplina del cuerpo y por la jerarquía de su organización. Y cuando los tribunales superiores niegan licitud a la conducta de una persona que ha ejercido un derecho reconocido por la ley, declarando que ha habido abuso, será porque su dignidad de magistrado y su sentido moral les imponen necesariamente esa solución. Es muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado de este

poder; es preciso dejar sentado que la experiencia práctica ha demostrado la inconsistencia de los temores manifestados por los adversarios de esta teoría, que hoy se baten en franca retirada.

Cuando debe reputarse que un derecho ha sido ejercido abusivamente.

La aplicación de la teoría abuso del derecho, piensa el ejercicio de un derecho dentro de limites establecidos por la ley.

Pero ¿Cuándo los jueces deben resolver que un derecho es lícito o abusivo?

Existen 3 criterios:

1-. Subjetivos:

a-. Se identifica el abuso del derecho por el ejercicio efectuado por su titular con la intención de perjudicar (expuesta por Josserand), pero este criterio es insuficiente porque nunca el titular ejerce su derecho solo con el objeto de perjudicar al otro, sino que persigue un interés propio.

b-. El abuso consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular. Este criterio amplía levemente al anterior porque no solo considera abusivo al ejercicio doloso de los derechos, sino también al ejercicio culpable de los mismos. El titular puede ejercer el derecho de acuerdo

a varias direcciones y es responsable cuando produce un daño a un tercero mediante su actuación, siempre que ese daño pudiera haber sido evitado. La culpa sujeta al agente a la indemnización por los daños causados.

c-. El abuso consiste en ejercer el derecho sin interés o utilidad (sugerida por Saleilles y mantenida por Bonnecase y Ripert). La ausencia del interés al ejercer un derecho, que causa daño en una persona indica que el titular actuó con intención de provocar ese daño, por lo tanto no puede ser amparado por la ley. Al faltar interés o utilidad en el titular del derecho, su conducta involucra una intención dolosa o culposa.

2-. Objetivos:

a-. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho. Esta posición exagera la función social de los derechos, porque muestra como fin esencial del derecho un destino económico o social, mostrándose contrario al fin individual del mismo.

b-. El abuso consiste en un ejercicio contrario al fin de su institución. Este criterio se refiere a que un acto se considera abusivo cuando es contrario al objeto por el cual fue creado el derecho, a su espíritu y finalidad.

c-. Abuso como ejercicio del derecho contrario a la moral y a las buenas costumbres.

3-. Mixto: Es imposible crear una noción del abuso del derecho que se pueda aplicar a todas las clases porque para algunas situaciones se toma la intención de perjudicar, para otras la culpa y la ausencia de un motivo legítimo.

La Cuestión en nuestro derecho

El título preliminar de nuestro vigente Código Civil señala La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

El Art. 1354 señala "Las partes pueden determinar libremente el contenido del Contrato siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

El Art. Nº 1355 señala que la ley por consideraciones de interés social público o ético puede imponer las reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Para determinar el abuso de derecho en una resolución el juzgador debería tener en cuenta

a-. Intención de daño.

b-. Que no haya interés.

c-. Si entre las opciones de ejercer el derecho, se ha elegido las más dañosas para otros.

d-. Si el perjuicio es anormal o excesivo.

e-. Si la conducta es contraria a las normas imperativas.

f-. Si actúa de manera no razonable.

La Sanción del ejercicio abusivo.

El abuso del derecho es un acto ilícito, y no está protegido legalmente, quien lo haya cometido debe hacerse responsable por los daños y perjuicios ocasionados. El abuso del derecho estaría en el ejercicio anormal del mismo, en la falta de diligencia, en la desviación del fin social y económico, en la falta de intereses legítimos, serios y reales y en el ejercicio de un derecho con mala intención.

El embargo indebido de bienes de un deudor es considerado abuso de derecho, en el cual el embargante es el responsable.

Legislación comparada.

El principio del abuso de derecho ha quedado incorporado al derecho positivo de Alemania (Código civil, art. 1), Suiza (Código obligaciones,

art. 2), Rusia (Código civil, art. 1), Polonia (Código civil, art. 160), Venezuela (Código civil, art. 1185), Líbano (Código civil, art. 124), Turquía (Código civil, art. 2).

En otros países la legislación ha callado, pero la jurisprudencia ha incorporado el principio al derecho Nacional, como en Francia, Bélgica, Chile, España.

En éste último país, los tribunales fueron muy reacios para aceptar la teoría hasta un importantísimo fallo del tribunal supremo. Inclusive los tribunales ingleses y estadounidenses, tan apegados a su individualismo, han empezado a hacer importantes concesiones a la idea del abuso.

Cabe destacar, por su acierto técnico, la fórmula del proyecto de código francoitaliano de las obligaciones, que reúne los criterios moral y finalista para fijar el concepto del abuso del derecho: "cualquier hecho culposo que ocasiona daño a otros obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño.

"Debe igualmente reparación aquel que ha causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido". (Art. 24).

La crítica fundamental que se le ha formulado, y por cierto que por autorizadas voces, es la de que si hay derecho, no puede haber abuso, que implica ilicitud, que es su antinomia. Pero sin entrar, ya que no cabe en la índole de esta obra, en el análisis de todas las razones que se han dado, en uno u otro sentido, a lo largo de la divergencia, diremos, ampliando un concepto ya expresado, que el error ha consistido en debatir en torno de un problema motivado por la impropiedad de una denominación, por un lado, y por la forma equivocada, carente de imaginación, en la que, por el otro, se la interpreta.

El quid de la cuestión estriba en que la palabra derecho no debe tomarse en el sentido de orden jurídico, de derecho positivo, de norma o conjunto de normas, sino referida a los derechos subjetivos y, dentro de los mismos, al ejercicio de las facultades, pretensiones, etcétera, que integran su contenido. El derecho de propiedad que la ley acuerda sobre una cosa nunca puede ser abusivo, pero el ejercicio que de ese derecho se haga si puede llegar a serlo en determinadas circunstancias, como cuando ésta signado por la ilegitimidad, la mala fe, o cualquier otro factor claramente determinante del abuso.

Del reconocimiento de los derechos subjetivos depende la dignidad de la existencia humana, pero no es posible, por otra parte, que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia; o que se

desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás.

La ley no debe tolerar el abuso del derecho y así lo propugna toda la doctrina en el derecho comparado la ley establece una doble directiva en cuanto al criterio discriminativo del ejercicio abusivo del derecho: a) hay abuso de derecho cuando se lo ejerce contrariamente al objeto de su institución, a su espíritu y a su finalidad; cuando de lo desvía del destino para el cual ha sido creado; cuando se contrarían los fines de su reconocimiento; y b) la segunda directiva implica la subordinación, en el ejercicio de un derecho, del orden jurídico al orden moral; por eso la ley califica de abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

La legislación extranjera distingue tres grupos:

1-. Formado por los países que dan la reprobación del abuso del derecho, sin definir en que consiste dicha reprobación Ej. : Código Suizo.

2-. Formado por los países que no se limitan a dar una declaración reprobatoria de abuso, sino que además definen el ejercicio abusivo del derecho. Ej.: Código Soviético, Código de Obligaciones del Líbano, Código de Venezuela.

3-. Formado por los países que adoptan el abuso del derecho. Ej.:
Código Civil Argentino.

Requisitos para considerar abusivo y sancionable el ejercicio del derecho.

1-. Que el ejercicio sea contrario a lo que dice la ley, desde el punto de vista del pensamiento de la sociedad.

2-. Que el ejercicio sea contrario con la buena fe entre las partes, la moral y las buenas costumbres.

3-. Que por las desviaciones se haya producido un daño grave, o se produjera en el futuro.

4-. No es necesario demostrar la intención o culpa de la persona que ejerció el abuso del derecho, sino solamente es suficiente con establecer que se ha transgredido la buena fe, y que la conducta sea desleal y abusiva.

Se debe mencionar una siguiente distinción:

“el abuso del derecho es el ejercicio de un derecho cuando sea contrario a las exigencias así como la buena fe o los fines de su reconocimiento o sea será abusivo cuando tenga por fin exclusivo daños a terceros los cuales deben ser indemnizados”.

PROCESO DE EJECUCIÓN

La profesora ARIANO DEHO, señala que "... todo sistema procesal debe necesariamente consagrar tres tipos de procesos: *el proceso de cognición o de conocimiento* que lleva al juez a conocer una determinada controversia entre sujetos y a resolverla, estableciendo cuál sea la situación jurídica entre las partes litigantes, en pocas palabras a establecer quién entre los contendientes tiene la razón, y quién no mediante resolución de fondo, normalmente una sentencia, imperativa e inmutable, a la cual se le atribuye la denominada eficacia de cosa juzgada, *el proceso de ejecución*, cuyo objeto es el titular de un derecho, cuya existencia es ya cierta por haberlo así declarado el órgano jurisdiccional en un previo proceso de conocimiento o que la ley lo considera cierto lo obtenga, tramite la actividad del juez, su concreta satisfacción y *el proceso cautelar* cuya inmediata finalidad es asegurar la eficiencia práctica de otro proceso (de cognición o de ejecución) en el que en definitiva actuará el derecho, contribuyendo esta forma de tutela jurisdiccional "Un instrumento del instrumento" por usar la conocida expresión de Calamandrel".

La tutela de cognición, ejecutiva y cautelar constituyen pues tres manifestaciones distintas y autónomas de la tutela jurisdiccional de los derechos.

Cada una con una función y una forma de operar distinta al interior del sistema del proceso civil.

CONCEPTO DE PROCESO DE EJECUCIÓN

En su acepción común el vocablo *ejecución* alude a la acción y efecto de ejecutar. Ejecutar es, a su vez realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho.

El proceso de ejecución es "...la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional a instancia del acreedor, para el cumplimiento de la obligación declarada en la sentencia de condena, en los casos en que el vencido no lo satisface voluntariamente".

AUTONOMIA DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

El proceso de ejecución constituye una forma de tutela autónoma y distinta de las demás formas de tutela jurisdiccional.

ARIANO DEHO sobre la autonomía del proceso de ejecución sostiene lo siguiente "...Los presupuestos concretos del proceso de cognición son distintos de los del proceso de ejecución, distintos son a las pretensiones ejercitadas en uno y otro, distinta es la relación procesal que en ellos se genera, y por todo ello afirmamos que el proceso de ejecución es autónomo del proceso de cognición.

EL TITULO EJECUTIVO

El título ejecutivo es un presupuesto infaltable para el inicio de cualquier proceso de ejecución. Aquí tiene plena vigencia el Brocardo: "Nulla executio sine titulo. En ese sentido, el artículo 688 del código

Procesal Civil vigente establece que solo se puede promover ejecución en virtud del título ejecutivo o título de ejecución.

JUAN PEDRO ZEVALLOS refiere que “la opinión mas aceptada en la doctrina considera el título ejecutivo como el documento idóneo que, según la ley posibilita el ejercicio de la acción ejecutiva.

Por su parte, GOLDSCHMIDT califica al título ejecutivo como “...el documento público que da origen a la obligación por parte de los órganos ejecutivos de desarrollar su actividad ejecutiva.....”.

Nosotros re incidimos con la profesora EUGENIA ARIANO DEHO, cuando afirma que el título ejecutivo “es aquel documento al que la ley le otorga la idoneidad para conformar un título ejecutivo; documento que contiene o incorpora una obligación cierta, expresa, exigible, y, tratándose de una obligación pecuniaria, líquida, o liquidable, el mismo que constituye el presupuesto necesario y suficiente para legitimar al título del derecho señalado en el título del ejercicio de la pretensión ejecutiva contra quien en el título aparece como obligado”.

REQUISITOS DE FONDO Y FORMA DEL TITULO EJECUTIVO

El artículo 689 del Código Procesal Civil establece cuales son los requisitos de fondo del título ejecutivo. En efecto éste señala:

Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es *cierta, expresa y exigible*. Cuando la obligación es de dar suma de

dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.

La documentabilidad del título constituye su requisito formal y un componente infaltable.

CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS

Atendiendo al origen, los títulos pueden clasificarse en títulos judiciales y extrajudiciales.

Los títulos ejecutivos judiciales como su nombre lo indica son aquellos documentos que contienen un acto emanado por un órgano jurisdiccional. En nuestro Código Procesal Civil estos títulos están indicados en el artículo 713 bajo la denominación de *títulos de ejecución*, nombre adoptado para distinguirlos de los títulos ejecutivos – extrajudiciales – indicados en el artículo 693.

Los títulos extrajudiciales de ejecución están taxativamente establecidos en el artículo 693 del Código Procesal Civil.

LA PRETENSIÓN EJECUTIVA

El proceso de ejecución, como todo proceso civil, se rige por el principio, en virtud del cual solo se puede iniciar el proceso a pedido de la parte interesada.

Toda pretensión procesal, sea esta de consignación, de ejecución a cautelar, exige ciertos presupuestos para su procedencia: el interés para obrar y la legitimación para obrar.

Para ARIANO DEHO el interés para obrar en la pretensión ejecutiva de manifiesta: "...en el incumplimiento del obligado, de allí que la utilidad del ejecutante consiste en la satisfacción de su derecho mediante la ejecución forzada por los órganos jurisdiccionales: En el supuesto de que el ejecutante accione pese a que su interés esta satisfecho, carecerá de interés para obrar, por lo que en su momento será declarada la improcedencia de la pretensión ejecutiva".

El otro presupuesto de la pretensión ejecutiva es la legitimación para obrar. Al respecto ARIANO DEHO sostiene que: "Es el título ejecutivo el que señala las partes legítimas del proceso de ejecución: acreedor y deudor. La realidad puede ser distinta, para ello no importa, lo determinante es lo que dice el título, que es lo que ofrece la "cierta certeza", una certeza no absoluta, sino relativa, pero en si suficiente para legitimar a quien en el aparece como acreedor para promover la pretensión ejecutiva contra quien aparece en él como deudor...".

ORGANO DE EJECUCIÓN

Jurisdiccional de la ejecución

El proceso de ejecución es jurisdiccional, solo mediante el órgano jurisdiccional puede ejecutarse. En ese sentido, ARIANO DEHO en forma categórica afirma: "La ejecución es jurisdicción, tanto como lo es cognición.

Hay más, todos los actos que implican la ejecución forzada sólo pueden actuarse mediante un órgano jurisdiccional, que es el único que posee poder de imperio como para agredir el patrimonio del deudor o para realizar la entrega forzada de un bien. Ninguna otra autoridad del Estado puede realizar esta función, ni mucho menos un particular; de allí se sigue que es preciso eliminar de nuestro sistema todo rastro de ejecución privada, puesto que es una conquista de la sociedad moderna.

PROCESO DE EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El proceso de ejecución de resoluciones judiciales se halla regulado en el capítulo III del título V de la Sección Quinta del Código Procesal Civil.

Títulos de ejecución

El artículo 713 del Código Procesal Civil señala que son títulos de ejecución:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. Los laudos arbitrales firmes; y
3. Los que la ley señale.

Competencia

El artículo 714 del citado cuerpo normativo señala: “Los títulos de ejecución judicial ante el juez de la demanda. Los demás se rigen por las reglas generales de la competencia”

MANDATO DE EJECUCIÓN Y CONTRADICCIÓN

Según el artículo 715 del Código Procesal Civil, el mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada.

Si el mandato de ejecución contuviera exigencia no patrimonial, el juez debe adecuar el apercibimiento a los fines específicos del cumplimiento de lo resuelto.

Por otro lado, el artículo 718 del referido Código señala que puede formularse contradicción al mandato de ejecución dentro de tres días de notificado, solo si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación. Al escrito de contradicción se anexará el documento que acredite el cumplimiento o extinción alegados. De lo contrario está se declarará inadmisibile.

De la contradicción se confiere traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá mandato seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que la declara fundada es apelable con efecto suspensivo.

EL PAGARÉ

1.- El Pagaré es un título valor que representa un derecho de crédito dinerario, en forma similar a la letra de cambio, con la diferencia que es un valor apropiado para ser utilizado cuando las partes de la relación crediticia son solamente dos. Por ello en su origen existe sólo un deudor (emitenente) y un acreedor (beneficiario), a diferencia de la letra de cambio que es un título estructurado o diseñado desde sus orígenes para la participación de tres partes: (i) girador, librador o emitenente; (ii) girado, librado o aceptante; y (iii) beneficiario, tomador, tenedor y orden. Sin embargo, como ya se ha visto en la sección anterior, la práctica comercial recogida por las legislaciones modernas, permiten y posibilitan el uso de la cambial cuando hay intervención de sólo dos partes, de modo tal que una de ellas ocupa dos lugares, que puede ser como girador y girado o como girador y beneficiario, simultáneamente.

2.- En el pagaré no existe un girado, correspondiendo la calidad de obligado principal y parte obligada a pagar su importe al emitenente del título; por lo que en cuanto se refiere a esta identificación entre emitenente y obligado principal, se asemeja a una letra de cambio girada a cargo del mismo girador. Por esta razón, el pagaré no está sujeto a aceptación, institución y acto que sólo se da en la letra de cambio y resulta necesario cuando el girador y el girado de la cambial son personas distintas.

3.- La derogada Ley N° 16587, regulada simultáneamente al pagaré y al vale a la orden, título este último que ha sido eliminado en esta ley por haber caído en desuso y diferenciarse del pagaré sólo en la forma de su redacción, por lo que carecía de mayor utilidad y sentido seguir manteniéndolo dos títulos valores que cumplen el mismo cometido, siendo inclusive la tendencia internacional la de su desaparición por su poca o nula utilización.

4.- El pagaré, en forma similar que la letra de cambio, debe consignar en su texto su denominación, que no es sustituible por ninguna otra, por lo que el documento que no tenga tal mención, carece de la calidad de título valor y no surtirá efectos cambiarios.

5.- Siguiendo la misma técnica legislativa de la norma fuente, no se define este título valor, limitándose este artículo a enumerar los requisitos formales que debe tener un documento para ser considerado como un pagaré.

6.- Al respecto, entre la relación del contenido formal y literal que debe tener el pagaré según este artículo, apreciamos diversos requisitos de forma que son esenciales o cuya falta o defecto invalidaría el documento en su calidad de título valor; mientras que otros requisitos igualmente señalados en este numeral, no tienen tal exigencia o calidad de esencial, por lo que su falta o defecto, o es subsanable o es prescindible, en los términos que establece esta misma Ley, sin afectar la validez del documento como título valor. Del mismo modo que en el caso de los demás títulos valores, es posible

agregar en el texto del pagaré, cláusulas especiales u otras informaciones de distinto orden y alcance a los señalados a este artículo, sin que ello afecte su calidad del título valor en la medida que por lo menos tenga todas las formalidades exigidas como esenciales o infaltables según este artículo. Al respecto, debemos señalar que el pagaré a diferencia de la letra de cambio, puede señalar con amplitud y detalle la causa o finalidad de su emisión, o no contener mas que la promesa de pago sin ninguna otra referencia mayor. Así, este título valor puede ser causal o abstracto, según acuerde su emitente. Será causal, si se señala en su texto referencias al negocio jurídico que dio origen a su emisión, y será abstracto si no le hace. Cambiariamente ello no tiene mayor importancia, salvo que en el primer caso que los tenedores pueden informarse mejor de la original relación causal y si el pagaré no fue negociado, podrá determinarse con la facilidad las relaciones causales entre emitentes y tenedor, con posibilidad de hacer valer y oponer los efectos de tales relaciones causales, aún cuando se ejercite exclusivamente la acción cambiaria.

7.- Dentro de la relación de información que debe contener el pagaré, tenemos además de la indicación de su denominación, la misma que ya hemos señalado no puede ser otra que "pagaré", no existiendo modo alguno de subsanar o sustituir tal denominación expresa que debe contener el documento, la indicación del lugar y fecha de su emisión. Se tratan de dos informaciones que ayudan a ubicarnos en el

espacio y en el tiempo respecto al inicio de la circulación del pagaré, lo que resulta importante para determinar la ley aplicable en su creación y emisión, así como definir su vencimiento o determinación de plazos en caso de tratarse de un valor emitido a la vista o a cierto plazo desde su emisión; o, para determinar la validez del acto de la emisión, sea por la vigencia de poderes de quien firma y emite como representante o para determinar los plazos de anulabilidad respecto a su declaratoria de insolvencia, etc. Se trata pues de dos informaciones importantes. Sin embargo, la primera referencia (lugar de emisión) es un requisito subsanable en el caso que no se haya indicado en modo especial. Así, a falta de indicación del lugar de su emisión, se entenderá como tal, el domicilio del emitente, por aplicarse al pagaré el mismo régimen previsto para la letra de cambio. En cuanto concierne al requisito de la fecha de emisión, éste es imprescindible y debe constar en el documento, sea en forma completa o abreviada, o en recuadros o no. Así. Serían formas validas de señalar esta fecha: 15 de Enero de 2001; 15 de Enero 2001; 15.1.01; 2001. Ene. 01 u otras formas que indiquen de modo inequívoco la fecha de que se trate.

8.- El tercer requisito se refiere a la indicación del derecho crediticio que debe contener, consistente exclusivamente en verificar un pago en dinero, mediante promesa de pago asumida por el emitente, quien se obliga a hacerlo en forma incondicional, esto es, sin que la persona que exige tal pago esté sujeto al cumplimiento de algún

requisito o condición previa. Como tal orden de pago solo puede consistir en pago de dinero, no cabe utilizar el pagaré para representar obligaciones de pago de distinta naturaleza que dinero. Lo que si se admite es que la suma a pagar no consista necesariamente en una suma fija o determinada de dinero, sino que pueda ser por un monto susceptible de determinación con arreglo a sistemas de actualización o reajuste de capital previstos por la ley. Esto es, según esta disposición, es válido utilizar el pagaré bajo el sistema nominalista o valorista que prevé nuestra legislación. Esta posibilidad, como sabemos, en el Perú, fue introducida legislativamente desde 1982, cuando se modificó la ley anterior (Ley N° 16587), mediante la Ley N° 23327 haciendo posible que el importe del pagaré pueda ser objeto de reajuste de capital legalmente admitido. La referencias a sistemas legalmente admitidos se explica, por el hecho que no siempre o no en todos los casos es posible reajustar este importe, como ocurrió con la antes citada Ley N° 23327, que reservó esta posibilidad solo para las obligaciones cuyo plazo de vencimiento supere de un año. La vigente Ley General del Sistema Financiero, Ley N° 26702, en su Art. 240, limita por ejemplo el uso de sistemas de reajuste de deudas bajo el sustento del Art. 1235 del Código Civil, respecto a sus operaciones pasivas contraídas a plazo no menor de 90 días. Al no contener este numeral comentado, restricción alguna respecto al plazo que deben los pagarés sujetos a sistemas de reajuste, debemos entender que tal posibilidad de

señalar una "cantidad determinable" de dinero no tiene restricción, salvo casos excepcionales como los antes señalados.

9.- En cuarto lugar, se debe señalar el nombre del primer beneficiario, tomador, orden o tenedor, en cuyo favor se emite el pagaré. Este es un requisito esencial por lo que siempre debe consignarse el nombre de dicho beneficiario. No es posible emitir un pagaré al portador. Debe designarse siempre una persona determinada como titular del derecho que contiene. Lo que puede dejar de designarse es el nombre del endosatario o persona en cuyo favor se transmite el título, esto es, del último tenedor, pero no el nombre del primer beneficiario o tomador, por tratarse, igual que en el caso de la letra de cambio, de un típico título valor a la orden. Este primer beneficiario no puede ser la misma persona que emite el pagaré, por lo que a diferencia de la letra de cambio, no es posible emitirlo con la cláusula a la orden de "mi mismo" u otras equivalentes. Así podemos concluir que el pagaré es un título valor que puede emitirse sólo como valor a la orden; entendiéndose como tal, tenga o no la cláusula "a la orden". Sólo como una excepción única a esta regla, y a condición de que se trate de un pagaré emitido por una empresa del sistema financiero y como valor mobiliario y con la denominación especial de "pagaré bancario", se admite que sea emitida en forma nominativa, conforme señala el Art. 273.4; pero en este caso estamos ante un pagaré especial o excepcional al que solo supletoriamente le resulte de aplicación las disposiciones que contiene esta sección. Finalmente, respecto a este

requisito del nombre del beneficiario, es importante recordar lo que debe entenderse como tal (nombre), según el Glosario.

10.- En quinto lugar tenemos la indicación del vencimiento que viene a ser un requisito prescindible o no esencial, desde que la ley admite que ante la falta de dicha indicación se debe considerar al pagaré como un título valor que vence a la vista. Lo que si es importante precisar es que si se señala en modo expreso esta información del vencimiento, debe hacerse solamente del modo o formas que la ley prevé para este efecto, conforme lo veremos mas adelante. No existe pues libertad en la forma de señalar el vencimiento del pagaré. Lo que se admite es que no se haga indicación alguna de dicha fecha, subsanándose solo en ese caso al considerarla como pagadero a la vista. Esta indicación del vencimiento puede ser de una sola fecha o admitiendo la posibilidad del pago se haga en cuotas o armadas, es decir, en varias partes y fechas diversas; siendo esta última posibilidad una de las modificaciones mas importantes que trae la ley en relación a este título valor y que ampliaríamos en los siguientes párrafos.

11.- En sexto lugar, debe señalarse el lugar de pago, no siendo imprescindible que se señale uno en modo especial; pues conforma a las disposiciones que contiene la letra de cambio, si faltase tal indicación, opera la presunción de que el lugar de pago es el lugar o domicilio que figura junto al nombre del emitente que es obligado principal y si no se consignara lugar alguno, se entenderá que es

exigible en el domicilio real del emitente, conforme al Art.120.b). Las normas previstas en este último artículo, son de aplicación al pagaré, como lo señala el Art. 162. En relación al pago, al comentar la letra de cambio y la cláusula que permite pactar en Art. 53, es posible prescindir de la indicación de un lugar de pago, indicando en su lugar una cuenta en una empresa del sistema financiero con cargo a la cual se pagará el pagaré; lo que constituye a todas luces una forma mas ventajosa y fácil de cumplir el pago de la obligación contenida en un pagaré; pues al optar por esa modalidad de pago se logrará disminuir los costos de la cobranza, el uso de medios electrónicos en lugar de procesos manuales y físicos que son siempre engorrosos y mas costosos e inseguros, con riesgos de pérdida de los valores en dichos procesos arcaicos de cobranza que con el tiempo deben ser sustituidas por esta cómoda, rápida y menos onerosa forma de verificar los pagos. Es obvio que la autorización para cargar una determinada cuenta para realizar el pago de un pagaré u otro titulo valor, además de pacto o cláusula expresa que debe constar en el mismo documento, requería que el titular de la cuenta involucrada haya autorizado a la empresa del sistema financiero a atender tal pago; pues ya no existe tal autorización previa, la entidad financiera lo rechazará aun cuando exista fondos suficientes en la cuenta o en la empresa esté dispuesta a conceder un crédito a su titular. Bastará que en esos casos se deje constancia de tal falta de autorización, lo que surtirá los efectos del protesto (no es protesto el que solo puede

ser efectuado por un fedatario sino surte los efectos de éste), constituyendo ello una forma sustitutoria del protesto.

12.- Una de las modificaciones más importantes que trae la ley, es la posibilidad de acordar que el importe del pagaré sea pagado en un solo acto, y única fecha el importe total, conforme ha sido siempre el régimen de pago de este título valor que nuestra legislación y práctica comercial nacional; o, que se acuerde su pago en armadas o cuotas; es decir, en varias partes y fechas. Esta modalidad de pago que ya existe en otras legislaciones, tiene grandes ventajas para quienes usan un título de crédito como el pagaré, para representar acreencias pagaderas en partes, en montos y en fechas distintas. Con la derogada Ley N° 16587, esta no era posible por lo que si los pagos acordados eran en cuotas o armadas, debía recurrirse al uso de tantos títulos de crédito (letra de cambio, pagarés, vales a la orden) como cuotas o importes parciales que el deudor debía pagar. Esta situación llevó a la práctica generalizada de usar documentos incompletos, como una modalidad de asegurar el pago de una diversidad de títulos valores que se originaban en una sola operación crediticia. Si alguno de dichos títulos no era pagado, el tenedor debía esperar el vencimiento de todos y cada uno de ellos para exigir el pago de su acreencia total; por lo que solía exigir un título valor adicional, incompleto, para ser completado con el monto total de su acreencia en caso que el contrato crediticio fuese resuelto y precluir los plazos acordados a favor del deudor incumplido. Sólo así el

tenedor de una pluralidad de títulos de créditos lograba contar con un único instrumento para ejercitar sus derechos cambiarios; pero con riesgos para el deudor de que se le dé un uso irregular a dicho valor incompleto. Estimamos que con la posibilidad que la actual ley confiere de utilizar el pagaré con pago en armadas, se logra eliminar el uso de títulos valores incompletos, por tanto se logrará anular tales riesgos para el deudor y se provee simultáneamente al tenedor de un instrumento seguro con potestad de ejecutar en la oportunidad que libremente decida. Pues como señala este artículo, ante la falta de pago de algunas de las cuotas, bastará que se proteste la cuota impaga conforme a las reglas del protesto, precluyendo todos los plazos y haciendo expedito su derecho a ejercitar la acción cambiaria por el monto total de todas las cuotas impagas a esa fecha, vencidas y/o por vencer. La decisión de dar por precluir los plazos corresponde al tenedor, quien podrá optar en dar por vencido el pagaré ya sea a la primera cuota impaga o en una cualquiera de las posteriores, pudiendo así admitir pagos parciales a cuenta de las cuotas, que deberá anotar en el mismo título y expedir el respectivo recibo; o, inclusive esperar hasta el vencimiento de la última cuota sin optar por la preclusión que solo se evidencia con el protesto. La decisión corresponde sólo a él. Si decidiese por la preclusión de plazos pendientes, está obligado a protestar el documento, aún cuando contuviera la cláusula "Sin Protesto", la misma que surtirá efecto solo respecto a la última cuota. Es obvio que si se trata de un pagaré

pagadero a través de cargo en cuenta, deberá lograrse la constancia sustitutoria que corresponde señalar a la empresa del sistema financiero designada, salvo que se opte aún en ese caso por el protesto, conforme lo permite el Art. 83.

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. HIPÓTESIS Y VARIABLES

1.1. HIPÓTESIS

La “Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”, condiciona el abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios, en la ejecución de los títulos valores otorgados en garantía a su favor.

Hipótesis de trabajo:

Ha: La Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la superintendencia de Banca y Seguros, da prerrogativas a las empresas del sistema financiero para cometer

abuso de derecho en contra de sus prestatarios mediante condiciones unilaterales en los contratos de crédito.

Ha: las empresas del sistema financiero cometen abuso de derecho en contra de los prestatarios durante la ejecución de los títulos valores dados en garantía a su favor.

1.2.- VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

VARIABLE INDEPENDIENTE

Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

VARIABLE DEPENDIENTE

Abuso de derecho de las empresas del sistema financiero en la ejecución de los títulos valores dados en garantía a su favor, en contra de los prestatarios.

1.3. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
H1: La Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, da prerrogativas a las empresas del sistema financiero para cometer abuso de derecho en contra de sus prestatarios.	Variable Independiente: Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros	A las empresas del sistema financiero 1.- La Ley les otorga libertad para fijar los intereses. 2.- La Ley les otorga libertad para fijar las moras. 3.- La Ley les otorga libertad para fijar tarifas comisiones y gastos.	Entrevista estructurada	Encuesta
	Variable Dependiente: Abuso de derecho de las empresas del sistema financiero en la ejecución de los títulos valores dados en garantía a su favor y en contra de sus prestatarios.	Elaboración del contrato 1. Condiciones del contrato, predeterminadas por la empresa financiera. 2. El prestatario conoce todas las condiciones del contrato. 3. Existencia de cláusulas introducidas por el prestatario. 4. Los Intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes.	Entrevista estructurada	Encuesta
		Ejecución de Los Títulos valores dados en garantía: 1. Los Títulos valores se ejecutan en base a una liquidación que supera el capital y los intereses. 2. Montos de los intereses, moras, comisiones, gastos, son mayores a los pactados. 3. Hay pérdida patrimonial del prestatario.	Análisis documental	Ficha de registro.

2. METODOLOGÍA

2.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio de investigación es de tipo descriptivo, porque permitió obtener información sobre la existencia del abuso de derecho en contra de los prestatarios de las empresas del sistema financiero de la ciudad de Puno, condicionado por la Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que otorga prerrogativas a las empresas del sistema para fijar condiciones favorables a ellas.

2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño aplicado en el presente estudio fue el DESCRIPTIVO - CORRELACIONAL, porque midió el grado de relación existente entre la Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros y el abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero en la ejecución de los títulos valores dados en garantía a su favor.

Cuyo diagrama es:

X1 - X2.

Donde:

X1: Representa la Ley General del Sistema Financiero.

X2: Representa el abuso de derecho de las empresas del sistema financiero.

2.3. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

- **ENTREVISTA ESTRUCTURADA:**

Se entrevistó a los funcionarios de primer nivel jerárquico de las empresas del sistema financiero involucradas en proceso de ejecución, con el fin de conocer las condiciones de elaboración, firma y ejecución de los contratos de crédito y la base legal que sustenta dichos contratos.

Asimismo, se efectuó una entrevista estructurada a los prestatarios demandados por las empresas del Sistema Financiero, con la finalidad de obtener información referida a su participación en la elaboración y ejecución de los contratos de préstamo.

- **ANÁLISIS DOCUMENTAL:**

Se revisaron los expedientes judiciales de ejecución de garantías del año 2003 en los Juzgados de Paz letrados de Puno, a fin de identificar el abuso de derecho en contra de los prestatarios.

2.4. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

- **ENCUESTA:**

Se aplicó una encuesta dirigida a los funcionarios de los bancos comerciales, (anexo N° 1); y otra dirigida a los prestatarios. (anexo N° 2).

- **FICHA DE REGISTRO:**

Instrumento que permitió el registro de datos para identificar la existencia o no de abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero en contra de los prestatarios (Anexo N° 3).

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población de la presente investigación, fue constituida por las partes involucradas en los procesos de ejecución de derechos reales de garantía de los juzgados de paz letrados de la ciudad de Puno.

MUESTRA:

La muestra se determinó en función de criterios de inclusión que se detalla:

Criterio de Inclusión:

- 52 Procesos Judiciales sobre Ejecución de Títulos valores dados en garantía iniciados en el año 2003 y 2004, en el Primer, Segundo y Tercer Juzgado de Paz Letrado de Puno.

2.6. ÁMBITO DE ESTUDIO

El presente estudio se llevó a cabo en la ciudad de Puno, en los procesos judiciales de ejecución de títulos valores (Pagarés), establecidos en los juzgados de paz letrados de Puno.

2.6.1. CARACTERÍSTICAS DE LA CIUDAD DE PUNO:

La ciudad de Puno, Distrito de la provincia del mismo nombre, capital del Departamento de Puno, se encuentra situado a 3,812 metros de altura sobre el nivel del mar, a una latitud sur de 15° 56'26", y 70°6'28" latitud oeste del Meridiano de Greenwich. Cuenta con una superficie de 505Km. La presión atmosférica existente es de 0.41, humedad relativa de 49%. Su clima es frígido, con temperaturas que pueden llegar a 0° C en época de invierno; la temperatura ambiental durante el año fluctúa entre los 6° C a 16° C.

La ciudad de Puno limita por:

El Norte con Paucarcolla

El sur con Pichacani y Chucuito

El Oeste con Tiquillaca

El Este con el Lago Titicaca.

2.6.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO:

Son entidades reconocidas por la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú y forman parte del sistema financiero peruano.

Están calificadas como entidades con fines de lucro porque se dedican a las operaciones de colocación de capitales en préstamos cuya contraprestación son los intereses que cobran. Las empresas tienen sus sucursales en la ciudad de Puno

2.6.3. CARACTERISTICAS DE LOS JUZGADOS DE PAZ LETRADO DE PUNO:

Son instancias del sistema judicial, que pertenecen al distrito judicial de Puno y que están encargadas de la solución de los conflictos de intereses y las incertidumbres jurídicas en material de faltas, civil y otros; entre ellas conocen los procesos de ejecución de pagarés y otros títulos.

2.7. UNIDADES DE ANÁLISIS

- Empresas del sistema financiero de Puno:
 - .- Caja Municipal de ahorro y Crédito de Arequipa- Agencia Puno.
 - .- Caja municipal de Ahorro y crédito de Tacna- Agencia Puno.
 - .- Banco del Trabajo- Puno.
- Prestatarios de las empresas del sistema financiero, involucrados en procesos de ejecución de los títulos valores dados en garantía.
- Procesos judiciales de ejecución de títulos valores otorgados en Garantía.

2.8. RECOPIACIÓN Y PROCESAMIENTO DE DATOS.

La recolección de datos se efectuó haciendo uso de las técnicas e instrumentos previstos y descritos en los anexos N° 1, 2 y 3.

El procesamiento de los datos consistió en acciones de ordenamiento, como numeración de encuestas, verificación de datos recopilados, elaboración de una base de datos y aplicación de estadígrafos para la prueba de la hipótesis. Asimismo se elaboraron los cuadros para el análisis correspondiente.

PRUEBA DE HIPÓTESIS:

Para probar las hipótesis estadísticas planteadas:

Ho: La Ley del Sistema Financiero no condiciona el abuso de derecho en contra de los prestatarios.

H1: La Ley del Sistema Financiero condiciona el abuso de derecho en contra de los prestatarios.

Se utilizó la estadística inferencial, aplicando para ello la prueba "ji cuadrada".

Prueba Estadística:

$$X^2 c = \sum_{i=1}^f \sum_{j=1}^c \frac{O^{2ij}}{E_{ij}} - n$$

$$X^2 c = 208$$

Donde:

X^2 = Chi cuadrada calculada

O_{ij} = Valores observados

E_{ij} = Valores esperados.

Nivel de significación:

Alfa = 0.05 = 5%

Región de rechazo y aceptación:

$X^2_t = X^2(1); 0.05 = 7.81$

Si $X^2_c > X^2_t$, entonces se rechaza la hipótesis nula (H_0) y se acepta la hipótesis alterna (H_1); caso contrario se confirma la H_0 .

Decisión:

Como $X^2_c = 208 > X^2_t = 7.81$, se rechaza la H_0 y se acepta la H_1 ; es decir, que la Ley del Sistema Financiero condiciona el abuso de derecho en contra de los prestatarios.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y SU ESTUDIO

CUADRO N° 1

ABUSO DE DERECHO POR PARTE DE EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO, SEGÚN LOS PRESTATARIOS. PUNO 2004

ABUSO DE DERECHO, SEGÚN LOS PRESTATARIOS	SI		NO		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Las condiciones de contrato son predeterminadas por la empresa.	52	100	0	0	52	100
El prestatario conoce todas las condiciones del contrato.	0	0	52	100	52	100
Existen cláusulas introducidas por el prestatario.	0	0	52	100	52	100
Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes.	0	0	52	100	52	100

FUENTE: Encuesta (anexo N° 2)

ELABORACIÓN: ejecutor.

En el cuadro N° 1 se puede observar los resultados de las encuestas aplicadas a los prestatarios demandados en proceso de ejecución de los títulos valores dados en garantía a la entidad acreedora. En este cuadro se evidencia los resultados en torno al abuso de derecho por parte de las entidades del sistema financiero desde la percepción de los prestatarios quienes a la primera pregunta planteada responden de manera contundente señalando en un 100 % que las condiciones

del contrato son predeterminadas por la empresa significando esto, que no hubo un proceso de negociación entre el acreedor y el deudor para determinar las condiciones del contrato, la realidad, corrobora esta situación, ya que según testimonio de los mismos encuestados, tratándose de contratos por adhesión, los bancos no hacen una negociación de los mismos, sino que utilizan la publicidad para convencer a los clientes a obtener un préstamo con supuestas ventajas que no se ven luego de obtenerlo. Se trata entonces de contratos de préstamo que son formulados en forma unilateral por parte de las entidades bancarias o Cajas Municipales.

En la segunda pregunta, las respuestas de los encuestados señalan en un 100 % del total de 52 que al momento de la firma del Contrato no conocían todas las condiciones del contrato y además señalan que los contratos han sido redactados en letras tan pequeñas y casi ilegibles y en un lenguaje muy técnico que resulta difícil hacer una lectura total en el corto tiempo que hay para la firma del mencionado contrato. Los mismos encuestados han manifestado que al momento de la firma del contrato se les ha informado sobre los intereses mensuales y de la comisión que descontaría el banco por anticipado para entregarles el préstamo solicitado. En este sentido se viola una norma constitucional la del Art. 65 "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto **garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se**

encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

En cuanto al tercer rubro, a la pregunta "Si existen cláusulas introducidas por el prestatario", resulta obvio que no hay introducción de cláusulas por parte de ellos ya que el 100% contesta en forma negativa corroborando a la respuesta de la primera pregunta en donde se afirma que las condiciones han sido determinadas por la empresa.

En la última pregunta "Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes", el 100% responden en forma negativa, los prestatarios señalan desconocer que el banco cobra estos otros rubros lo que llega a probar que hay una respuesta coherente de los encuestados en relación a la existencia de abuso de derecho.

El Art. 65 de la Constitución Política del Estado Peruano señala "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Según el tratadista Jorge Beltrán Pacheco, una de las características de la actividad bancaria es la masividad de las operaciones que realizan los bancos y las entidades financieras. De allí surge la estandarización de los contratos, que no permite la negociación de las condiciones del contrato entre el deudor y el acreedor, haciendo que el acreedor imponga sus condiciones al

deudor. Este es el caso de los contratos por adhesión donde al menos la entidad bancaria debería hacer una información completa al usuario; en los contratos de préstamos no hay una información completa y los prestatarios están firmando sus contratos sin conocerlos plenamente, y teniendo en cuenta que las entidades del sistema financiero son las que manejan dicha información, al ocultarla y no explicarle plenamente a su contraparte, están cometiendo abuso de derecho en contra de sus prestatarios, quienes se ven en la imposibilidad de cumplir con las condiciones de dichos contratos, por ello la proliferación de procesos judiciales para que los bancos inicien la recuperación forzosa de los préstamos en cuyo trámite hacen liquidaciones unilaterales de la deuda y obligan mediante el poder judicial a los prestatarios a asumir deudas cuantiosas.

El Código Civil vigente del Perú en su Art. 1354 señala que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo en el caso que nos ocupa, la ley no protege al deudor, de la imposición de cláusulas por una sola de las partes en este caso del Acreedor.

CUADRO N° 2
PRERROGATIVAS QUE OTORGA LA LEY A LAS EMPRESAS DEL
SISTEMA FINANCIERO. PUNO-2004.

PRERROGATIVAS QUE OTORGA LA LEY A LAS EMPRESAS.	SI		NO		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
La ley les otorga libertad para fijar los intereses.	3	100	0	0	3	100
La Ley les otorga libertad para fijar las moras.	3	100	0	0	3	100
La Ley les otorga libertad para fijar tarifas, comisiones, y gastos.	3	100	0	0	3	100

FUENTE: Encuesta (anexo N° 1)
ELABORACIÓN: ejecutor.

El presente cuadro muestra la percepción de las empresas o entidades del sistema financiero respecto de las prerrogativas que les da la Ley para actuar frente al prestatario: así, a la primera pregunta sobre si la Ley les otorga libertad para fijar los intereses, ellos señalan en forma unánime que sí tienen, un 100 % de respuestas afirmativas muestra la convicción que las empresas del sistema financiero tienen sobre la protección que les brinda el Estado.

La segunda pregunta relacionada a las moras, también es afirmativa en un 100 %, lo que significa que estas decisiones están en sus manos y son las empresas las que tienen la potestad de fijar las moras.

Otro 100 % de respuestas afirmativas a la tercera pregunta relacionada a las **tarifas, comisiones y gastos**, nos da la contundencia de prueba a la hipótesis de que la Ley condiciona el abuso de derecho, debido a que las empresas o entidades del sistema financiero encuentran una radical protección de la Ley para fijar todo tipo de pagos, que ellos mismos obligarán a los prestatarios a pagar sin dudas ni murmuraciones y el Poder Judicial será el instrumento coercitivo que obligará a que los prestatarios cumplan con tal decisión.

Esta situación se corrobora con el contenido de la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, ya que esta señala en su Art. 7 "El Estado no participa en el sistema financiero nacional, salvo las inversiones que posee en COFIDE como banco de desarrollo de segundo piso, en el Banco de la Nación y en el Banco Agropecuario". Dejando a libre albedrío de la banca privada la actividad de ahorro y crédito.

El Art. 9 de la precitada Ley indica que "Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas de servicios, Así, las empresas del sistema financiero deciden cuánto cobrar en intereses, moras y comisiones, tarifas y gastos. Mientras las tasas de interés por ahorro bordean el 1 % al año, las tasas de interés por préstamos llegan al 5% mensual como promedio, llegando a su

vez a un 60% promedio anual en soles. Todo ello lleva a afirmar que es la Ley cuestionada la que permite este abuso de derecho no solamente contra los prestatarios sino también contra los ahorristas que en vez de ganar o mantener el valor de su dinero pierden al poner su dinero en una libreta de ahorros. La situación de este abuso condicionado por la Ley, llega al extremo que para el caso de las empresas del sistema financiero, se excluye el cumplimiento del Art. 1243 del Código Civil que para otros casos señala: “La tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Sin embargo, este artículo para el caso de las empresas financieras no se aplica ya que el último párrafo de la Ley del Sistema financiero indica: “La disposición contenida en el Art. 1243 del Código civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera”. Este tratamiento discriminatorio en favor de las empresas del sistema financiero, condiciona el abuso de derecho que realizan las empresas del sistema financiero en contra del prestatario.

No está demás agregar que el Código Civil en su Art. 1359 indica “No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones aunque la discrepancia sea secundaria”, enunciado que queda en letra muerta en el caso de los contratos de préstamo.

CUADRO N° 3

**ABUSO DE DERECHO SEGÚN EMPRESAS DEL SISTEMA
FINANCIERO, EN CONTRA DE LOS PRESTATARIOS. PUNO-2004.**

ABUSO DE DERECHO DE EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO	SI		NO		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Las condiciones de contrato son predeterminadas por la empresa.	3	100	0	0	3	100
El prestatario conoce todas las condiciones del contrato.	3	100	0	0	3	100
Existen cláusulas introducidas por el prestatario.	0	0	3	100	3	100
Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes.	3	100	0	0	3	100

FUENTE: Encuesta (anexo N° 1)
ELABORACIÓN: ejecutor.

El cuadro N° 3 muestra un resultado en base a cuatro preguntas que fueron aplicadas a las empresas del sistema financiero y la primera de ellas en un 100% es respondida positivamente afirmando que **las condiciones del contrato son predeterminadas por la empresa**, con esta respuesta las empresas del sistema financiero asumen que son ellas las que determinan las condiciones del contrato de acuerdo a la forma de contrato por adhesión en la cual

fijan los intereses, las moras, comisiones y gastos de acuerdo a su libre albedrío porque la Ley se los permite.

La segunda pregunta es respondida en forma afirmativa en 100% indicando que los prestatarios conocen todas las condiciones del contrato. En el presente caso, las empresas afirman que han dado a conocer al prestatario todas las condiciones del contrato, pero si cotejamos con las respuestas de los prestatarios, estos, afirman en forma unánime que no conocían todas las condiciones del contrato existiendo contradicción en este extremo y esto evidencia que no hay coincidencia entre empresas y prestatarios; de lo que se puede deducir que al menos algunas condiciones del contrato eran desconocidas por los prestatarios.

En la tercera pregunta referente a si los prestatarios han introducido alguna cláusula del contrato las empresas encuestadas, señalan que no en un 100%, lo que expresa coherencia de la respuesta con la primera pregunta que señala que las condiciones de los contratos eran predeterminadas por la empresa, si la primera es afirmativa, esta respuesta es contundentemente negativa y significa que los prestatarios no han introducido ninguna cláusula en el contrato, ello prueba la unilateralidad del contrato de adhesión en donde la empresa pone todas las condiciones y el prestatario solamente acepta esas condiciones.

La cuarta pregunta “Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes”, es respondida en forma afirmativa en un 100%, Esta respuesta no guarda coherencia con la primera respuesta en donde las empresas afirman que las condiciones del contrato son predeterminadas por la empresa y si eso es así, no podrían haber fijado las tasas de interés, moras comisiones y gastos libremente entre las partes, es más bien una afirmación de que es la empresa que ha impuesto sus tarifas al prestatario, mediante un contrato por adhesión y con protección de la Ley sólo para la empresa, en desmedro del prestatario.

La Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros, da mayores prerrogativas a las empresas del sistema financiero y condiciona el abuso de derecho. Ramírez Guarniz señala: “Se puede seguir el rastro del abuso del derecho en el pensamiento contemporáneo, los juristas observan con desconfianza a esta institución, solamente la Ley tiene el poder y la obligación de limitar las actividades del ser humano, mientras estén dentro de estos límites, estos no tendrán inconvenientes, porque sino, todos estaríamos bajo el juzgamiento de los poderes públicos, y la seguridad y libertad estarían perdidas. Por lo tanto, el hombre debe saber de antemano qué es lo que puede hacer y lo que no, fijándose a través de la Ley. Esta afirmación de la doctrina ha sido recogida en el Art. II del título preliminar del Código Civil **“La ley no ampara el**

ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”. Con esta afirmación, el Código Civil prohíbe el abuso de derecho, pero la Ley específica ordena la inaplicación del art.1243 del Código Civil para favorecer el abuso de derecho de las empresas del sistema financiero. Al habilitar al demandante para interponer medidas cautelares, indirectamente el Título preliminar del Código Civil favorece la afectación patrimonial de las empresas del sistema financiero en contra del prestatario, y así una aparente protección se convierte en arma contra los prestatarios que en el caso que nos ocupa son 52 demandados cuyos procesos han concluido en su gran mayoría a favor de las empresas del sistema financiero.

CUADRO N° 4

ABUSO DE DERECHO SEGÚN PROCESOS JUDICIALES DE

EJECUCIÓN DE TÍTULOS VALORES OTORGADOS EN GARANTÍA A

LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO. PUNO-2004

ABUSO DE DERECHO SEGÚN PROCESOS JUDICIALES.	SI		NO		TOTAL	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Los Títulos valores otorgados en Garantía se ejecutan en base a una liquidación que supera el capital y los intereses.	52	100	0	0	52	100
La suma de los montos de intereses, moras, comisiones y gastos, son mayores a los pactados.	52	100	0	0	52	100
Existe pérdida patrimonial del prestatario.	3	5.80	49	94.20	52	100

FUENTE: Encuesta (anexo N° 3)

ELABORACIÓN: ejecutor.

En el cuadro N° 4, la primera pregunta ha sido verificada en los expedientes estudiados donde se ha constatado que los procesos de ejecución iniciados por las empresas del sistema financiero aparte del capital que se ha dejado de pagar, han alcanzado una liquidación hecha unilateralmente por ellos, monto que es incluido en el petitorio bajo la afirmación de que el prestatario ha aceptado todas las condiciones del contrato y aparte del pagaré que es por el total del monto del préstamo, se adiciona los intereses compensatorios, moratorios, comisiones y gastos, lo que hace que el monto

demandado supere el capital y los intereses compensatorios y moratorios adicionando a ello, las comisiones, costos y costas procesales, que hacen que el monto a pagar sea mucho mayor.

En la segunda pregunta, el 100% de expedientes verificados muestra liquidaciones con montos mayores a los pactados, debido a las comisiones y gastos, así como a que la empresa del sistema financiero (demandante) no ha tomado en cuenta algunas amortizaciones de la deuda por parte del prestatario, esto sale a relucir en las contradicciones que algunos de los prestatarios han interpuesto en contra de la orden de cumplimiento emitida por el Juez. En el caso de la tercera pregunta, se ha podido constatar que existen tres medidas cautelares que afectan bienes de los demandados, lo que significa una afectación patrimonial en el 5.8 % del total de procesos, lo que no significa que en los demás casos que son el 94.2 % no haya afectación al patrimonio, con la verificación en las anteriores preguntas se ha probado que de todas maneras los prestatarios tendrán que pagar sumas de dinero mayores a los pactados en los contratos como producto de las comisiones y gastos incluidos en las liquidaciones presentadas en la demanda de ejecución de los títulos valores, en este caso los pagarés otorgados por los prestatarios al momento de acceder a los préstamos motivo de los procesos judiciales que han tenido que afrontar.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los contratos por adhesión para el otorgamiento de préstamos por parte de las empresas del sistema financiero, son elaborados unilateralmente por dichas empresas en desmedro de los prestatarios afectando la libertad contractual porque los prestatarios solo aceptan las condiciones impuestas por las empresas, ello constituye abuso de derecho.

SEGUNDA: La Ley del Sistema de Banca y Seguros, condiciona el abuso de derecho por parte de las empresas del sistema financiero al establecer en su Art. 9º, la inaplicación del Art. 1243 del Código Civil a las empresas que realizan intermediación financiera.

TERCERA: Los intereses, moras, comisiones y gastos establecidos por la empresa del sistema financiero, afectan el patrimonio del prestatario al haber firmado un contrato sin conocimiento pleno de su contenido obligándolo a pagar montos mucho más altos.

CUARTA: La afectación patrimonial al prestatario, genera un empobrecimiento de éste último que no tiene protección del Estado que al optar por la protección de la libre competencia ha terminado protegiendo los intereses particulares de las empresas y dejando al desamparo a los ciudadanos.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se requiere establecer topes máximos de intereses a los préstamos que otorgan las empresas del sistema financiero a fin de evitar las arbitrariedades que vienen cometiendo estas empresas al fijar los intereses de acuerdo a su libre albedrío.

SEGUNDA: Se restablezca el cumplimiento del Artículo N° 1243 del Código Civil a fin de cumplir con el principio de igualdad ante la Ley consagrado por la Constitución Política del Estado y no favorecer el desmesurado enriquecimiento de las empresas del sistema financiero. Todo ello debe realizarse mediante la modificación de la “Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros en los artículos pertinentes”.

TERCERA: Se establezca mecanismos legales que permitan ejercitar la libertad contractual por parte de los prestatarios, a fin de que las empresas del sistema Financiero garanticen al futuro prestatario, la información detallada sobre las condiciones del contrato, costo de crédito, moras, comisiones y otros cobros que se incluyen al contrato.

CUARTA: Las instancias del sistema financiero deben establecer mecanismos de información a los usuarios a fin de que estos tomen una decisión informada para la contratación de los préstamos.

QUINTA: Se realice un estudio comparativo de costos de crédito entre las Cajas Municipales de ahorro y crédito y las entidades bancarias, a fin de establecer las condiciones más ventajosas que puedan tener los usuarios para la contratación de sus préstamos.

SEXTA: Producto de la investigación realizada se plantea la siguiente propuesta legislativa que debería alcanzarse a la instancia pertinente a fin de ser considerada:

INICIATIVA LEGISLATIVA QUE PROPONE INTRODUCIR MODIFICATORIA EN EL ART. 9 DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANIZA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.

Autor: Abog. MAURICIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

PROYECTO DE LEY

I.- ANTECEDENTES

El índice de procesos ejecutivos de títulos valores y garantías reales en los contratos de préstamo por parte de las empresas del sistema financiero ha crecido en las actuales condiciones debido a

una serie de factores conjugados que han determinado la existencia de un conjunto de prerrogativas que la Ley les da a las empresas del sistema financiero para determinar las condiciones de los contratos de préstamo a la población.

Estos factores subyacentes en la legislación del sector desde hace varios años están íntimamente ligados a la imposibilidad que tienen los prestatarios de introducir cláusulas que garanticen su derecho en los contratos por adhesión que firman sin previo conocimiento de todas las condiciones del contrato.

La principal preocupación de los prestatarios es que en una gran mayoría de casos son los bancos los que ejecutan los títulos valores dados en garantía del préstamo y el sistema judicial está obligado por la Ley a ejecutarlos en virtud de que hay una sobreprotección de la ley a las empresas del Sistema financiero.

La mencionada ley ha roto el equilibrio y control sobre los intereses que se pagan por el uso del dinero ya que deja sin efecto controles que existían con la finalidad de establecer una relación de igualdad en la relación contractual.

La Constitución Política del Estado en su Art. 65° "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. La carta magna ha sido contravenida por la norma a modificarse al brindar prerrogativas de privilegio a favor de las empresas del sistema financiero y dejar en

desamparo a los usuarios del sistema financiero en la línea de préstamos que sus empresas ofrecen.

La Constitución Política del Estado en el Art. 87 señala “El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. Sin embargo, La Ley aludida, no cumple con el precepto constitucional al suspender la aplicación del Código Civil a las empresas de intermediación financiera generando un desequilibrio en la relación contractual.

II.- EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La vigencia de la norma que se propone modificar, privilegia a la empresa del sistema financiero nacional en desmedro de humildes prestatarios que por una relación desigual se empobrecen más al no poder cumplir con las obligaciones que les imponen los bancos o empresas del sistema financiero y en los procesos judiciales se ven involucrados en el obligatorio pago de tasas, intereses, moras y comisiones, además de las costas y costos procesales que los terminan llevando a la pobreza extrema.

III.- ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La sanción legislativa de la presente iniciativa no genera gastos adicionales al erario nacional limitándose a restablecer el equilibrio en la relación de la empresa del sistema financiero con el prestatario.

La presente iniciativa, además, evitará que sectores que tienen una posición fuerte, cometan abuso de derecho en contra de los prestatarios quienes podrán tener una relación más horizontal con dichas empresas y establecerán la relación contractual conociendo sus derechos y obligaciones.

Frente a esas circunstancias la aprobación del presente proyecto aparejará importantes beneficios. Entre ellos pueden destacarse los siguientes:

1. Se garantizará poner freno al abuso de derecho en la relación contractual entre empresas del sistema financiero y los prestatarios.
2. Permitirá que los prestatarios actúen con mayor responsabilidad y con el conocimiento de sus derechos y obligaciones en un contrato de préstamo.
3. Colaborará a restablecer la paz social y a devolver al ciudadano la confianza en el sistema financiero y en la regulación que el Estado haga en la protección de los derechos ciudadanos.

IV.- FORMULA LEGAL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

**INICIATIVA LEGISLATIVA QUE PROPONE INTRODUCIR
MODIFICATORIA EN EL ART. 9 DE LA LEY GENERAL DEL
SISTEMA FINANCIERO, SISTEMA DE SEGUROS Y ORGANICA DE
LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS.**

Artículo 1º.- Modifícase el Art. 9 de la Ley General del Sistema Financiero, del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que quedará como sigue:

“Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas de servicios, observando los límites mínimos y máximos que para el efecto señale el Banco Central de Reserva del Perú, de acuerdo a lo previsto por su Ley Orgánica y en concordancia con el Art. 1243 del Código Civil vigente”.

“En concordancia con el Art. 1359 del C.C. vigente, la contratación de préstamos requiere previamente la información completa que la empresa del sistema financiero debe dar al usuario, sobre las condiciones del contrato, costo de crédito, moras, comisiones y otros que pretenda realizar.

Art. 2.- Quedan derogadas todas las normas que se opongan al Art. 65 de la Constitución Política vigente y a la presente Ley.

BIBLIOGRAFÍA

ARIANO DEHO, Eugenia, Problemas del Proceso Civil. Jurista editores.

Lima –Perú, 2003, pp.327-328.

BEAUMONT, Ricardo y CASTELLARES Rolando, Comentarios a la nueva ley de títulos valores, edit. Gaceta jurídica. Lima, Perú, 2000.pp.497.

BELTRÁN PACHECO, Jorge, Contrato por Adhesión, en Código Civil Comentado, Tomo VII, Editorial El Búho, Lima 2004, pp.311.

CASTILLO DAVILA, Melquiades, Derecho monetario y bancario. 2da edición. Edit. Edigraf S.A. Lima- Perú, 1985.

CODIGO CIVIL Y PROCESAL CIVIL edit. NORMAS LEGALES, 2002.

GUTIERREZ CAMACHO, Walter, La Libertad de contratación, artículo 1354 , en Gaceta Jurídica, Edit. El Búho EIRL, Lima, noviembre 2004.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, Derecho de obligaciones.Obras completas, Tomo III Espasa Calpe, Madrid,1988,pp. 30.

HINOSTROZA, Alberto, Derecho de obligaciones y pago de intereses. Editorial FECAT, Lima 1995.

LAREZN, KARL. Derecho de obligaciones, traducción al español por Jaime SANTOS, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, pp.27.

MALATESTA REYES Rosa, Guía del abogado, Edit Mantaro Lima Perú, 1994.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, Los derechos reales, Edit. Librería STUDIUM, 3º edición, 1984.

MALPARTIDA, Victor, Introducción al derecho económico, 1ª edición. Edit. San Marcos EIRL. Lima, 1996.

OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Edit. Heliasta. Argentina 1997

RAMIREZ GUARNIZ, Marcial, Código Civil, actualizado y concordado, vol. I y II, Edit. Normas legales S.A., Trujillo- Perú, 1994.

RUGGIERO, Roberto, de Instituciones de Derecho Civil, (traducción al castellano de la 4ta edición italiana), Tomo II, volumen 1º- Derecho de Obligaciones-derecho de Familia, derecho Hereditario. Madrid 1977.pp.218.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique, Derecho Bancario, 1ra edición, Oxford University, Prensa Mexicana. México 2003.

TORRES, Victor, ¿Qué es la deuda externa?, Edit. Horizonte, Lima-Perú 1992.

TORRES VASQUEZ, Aníbal, Acto jurídico. Edit. IDEMSA, Lima-Perú, 2001.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Estudio sobre Derecho de cosas I, 2ª edición ampliada, Madrid, 1995, pp.300.

VATIER FUENZALIDA, Carlos, La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos, 1ª edición, Universidad de Murcia, secretariado de publicaciones, 1989, pp.845-857.

VILLEGAS, Carlos, La contratación Bancaria, de Universidad Nacional de la Plata, Argentina. En Revista CÁTEDRA, Espiritu del Derecho, año III N° 4, mayo 1994, Lima, pp.30-31.

ANEXOS

ANEXO N° 1

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST-GRADO- MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL

ENCUESTA APLICADA A LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO - PUNO

EMPRESA:..... FECHA:.....

V.I. PRERROGATIVAS QUE OTORGA LA LEY A LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

- | | | |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 1. La Ley les otorga libertad para fijar los intereses | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 2. La Ley les otorga libertad para fijar las moras | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 3. La Ley les otorga libertad para fijar tarifas, comisiones y gastos. | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |

V.D. ABUSO DE DERECHO

- | | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 4. Las condiciones de contrato son predeterminadas por La empresa. | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 5. El prestatario conoce toda las condiciones del contrato | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 6. Existen cláusulas introducidas por el prestatario | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 7. Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y comisiones son fijados libremente por las partes | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |

ANEXO N° 2

*UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST-GRADO- MAESTRIA EN DERECHO CIVIL*

**ENCUESTA APLICADA A LOS PRESTATARIOS DE EMPRESAS
DEL SISTEMA FINANCIERO- PUNO.**

PRESTATARIO:.....

FECHA:.....

V.D. ABUSO DE DERECHO

- | | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 1. Las condiciones de contrato son predeterminadas por
La empresa. | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 2. Conocía Ud. todas las condiciones del contrato | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 3. Existen cláusulas introducidas por Ud. | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |
| 4. Los intereses compensatorios, moratorios, gastos y
Comisiones, fueron fijados libremente por las partes | <input type="checkbox"/> si | <input type="checkbox"/> no |

ANEXO N° 3

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST-GRADO- MAESTRIA EN DERECHO CIVIL

**FICHA DE REGISTRO DE PROCESOS JUDICIALES DE
EJECUCIÓN DE TÍTULOS VALORES OTORGADOS EN
GARANTÍA**

N° DE PROCESO JUDICIAL.....FECHA INICIO:.....
EMPRESA DEL SISTEMA FINANCIERO:.....
PRESTATARIO:.....

V.D. ABUSO DE DERECHO

1. Los Títulos valores otorgados en garantía se ejecutan en base a una liquidación que supera el capital y los intereses. si no

2. La suma de los montos de intereses, moras, comisiones y gastos, son mayores a los pactados. si no

3. Existe pérdida patrimonial del prestatario. si no