

Fundamentos Constitucionales del Derecho Financiero

Constitutional Foundations of Financial Law



FABIOLA GARCÍA MERINO

Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima. Master of Laws (LL.M.) con especialidad en servicios financieros por la University of London, Reino Unido.

Doctora en Derecho por la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima. Profesora en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Universidad de Lima y Universidad San Ignacio de Loyola.

FERNANDO MERINO NÚÑEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Maestría en Docencia para la Educación Superior en la Universidad Andrés Bello, Chile. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Protección del ahorro y la supervisión bancaria.
 1. Protección del ahorro.
 2. La supervisión del sistema financiero.
- III. El rol subsidiario del Estado.
- IV. El fomento de la libre competencia.
 1. Facilita y vigila la libre competencia.
 2. Combate toda práctica que limite la libre competencia.
 3. Combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
- V. La libertad de contratación.
 1. Libertad de contratar.
 2. Libertad contractual.
- VI. La protección al consumidor.
- VII. Conclusión.

RESUMEN:

Los fundamentos constitucionales del derecho financiero desarrollan los pilares sobre los cuales se estructura el sistema financiero. Los autores opinan que resulta relevante revisarlos con la finalidad de considerarlos e incorporarlos en las soluciones que se gestionen frente a los desafíos que actualmente enfrenta el sistema financiero y sus agentes, como son el uso de la tecnología, la educación e inclusión financiera.

En el caso peruano, el presente artículo destaca que la Constitución Política de 1993 dispone que el Estado garantice el ahorro del público a través del correcto funcionamiento del sistema financiero, principalmente estableciendo mecanismos de protección al ahorrista con la única finalidad de crear confianza en el uso del sistema y fundar la participación de este y los privados en el pluralismo económico, la libre contratación y competencia.

Palabras clave: sistema financiero, protección al ahorrista, supervisión bancaria, libertad de contratación, libre competencia, protección al consumidor.

ABSTRACT:

The constitutional foundations of financial law develop the pillars on which the financial system is structured. The authors believe that it is relevant to review such in order to consider and incorporate them into the solutions to be managed in the face of the challenges currently affecting the financial system and its agents, such as the use of technology, education and financial inclusion.

In the Peruvian case, this article highlights that the 1993 Political Constitution stipulates that the State must guarantee the public's savings through the correct functioning of the financial system, mainly by establishing mechanisms to protect savers with the sole purpose of creating confidence in the use of the system and basing the participation of the system and the private sector on economic pluralism, free contracting and competition.

Keywords: financial system, protection of savers, banking supervision, freedom of contract, free competition, consumer protection.

I. INTRODUCCIÓN

Al decidir escribir sobre los Fundamentos Constitucionales del Derecho Financiero, diversas ideas fueron surgiendo de cómo podría ser la forma más adecuada de plantear el tema de análisis y propiciar en el lector el interés de cuestionar el contenido de los pilares sobre los que descansa la prestación de los servicios financieros. En esa línea, abordar el sustento constitucional del derecho financiero, en un contexto donde los servicios financieros experimentan transformaciones relevantes con el uso de los canales digitales y el ingreso de nuevos participantes, nos obliga regresar a su esencia misma; para sobre ella, comenzar a avanzar a construir una mejor aproximación a esa estructura que permite que los servicios financieros se desarrolle. Por ello, queremos abordar nuestro análisis centrándonos en el orden constitucional del sistema financiero, así como en su rol como intermediario financiero que le permite relacionarse con el público a través de los diversos productos y servicios financieros que pone a su disposición.

El rol del sistema financiero en toda sociedad moderna representa un vehículo dinámico muy activo y de gran importancia para el desarrollo de las actividades económicas. Desde el momento que, a través de dicho sistema, se van canalizando recursos económicos desde los agentes superavitarios hacia los agentes deficitarios. Ello con la finalidad de ir posibilitando que las distintas actividades, principalmente las productivas, se puedan ir desarrollando en forma eficiente y segura. Es importante indicar que el creciente desarrollo de las actividades económicas, conjuntamente con el avance tecnológico que se viene experimentando, han ido introduciendo nuevos matices a los servicios financieros que se ofrecen al mercado, alentando una mayor competencia, así como propiciando una mayor inclusión financiera.

La experiencia peruana en torno al desarrollo de su sistema financiero presenta interesantes características que nos permiten observar una secuencia de marchas y contramarchas, de retos y oportunidades que se presentan y delimitan el

curso de la historia. Sin embargo, es importante advertir que existen importantes tareas aún pendientes. Probablemente, la tarea más relevante en cuanto a los servicios financieros se encuentra relacionada con la necesidad de incrementar los niveles de inclusión financiera; de tal manera que dichos servicios puedan alcanzar a un mayor porcentaje de la población. Dicha tarea no es nada sencilla, pero sí necesaria. Pues como se ha señalado, son los servicios financieros los que pueden ayudar a dinamizar la economía y proporcionar mejores condiciones de vida.

En efecto, es pertinente recordar que una mayor inclusión financiera viene asociada a mayores oportunidades para el desarrollo de las actividades financieras, llevando a la población a acceder a productos financieros. Los cuales contribuirán, por un lado, alentando a una cultura de ahorro a través de distintas formas de fomento, pero también a través de la posibilidad de lograr financiamientos que les permitan mejorar sus condiciones de vida y donde será importante fortalecer una adecuada cultura de pagos. Evidentemente, una condición previa para lograr lo señalado, parte del fortalecimiento de una educación financiera relevante en la población. Es decir, que se reconozcan las ventajas de los servicios financieros, de qué manera estos puedan contribuir a mejorar sus condiciones de vida e incluso cómo pueden ser eficientemente aprovechados para lograr los resultados esperados, al mismo tiempo que le permitirá conocer sus derechos en este mundo tan complejo e innovador. En este contexto, resulta apropiado resaltar la función de la intermediación financiera que cumple el sistema, acercando a superavitarios y deficitarios de los recursos económicos. Pues ello permite construir un flujo dinámico de estos recursos cuyo elemento central e indispensable es la confianza del público hacia todo este mecanismo.

La confianza es un elemento altamente subjetivo, pero esencial, para el desarrollo de las re-

laciones humanas. Este hace posible construir grandes relaciones objetivas necesarias para la vida diaria, por lo cual, su existencia y protección resultan vitales para consolidar el sistema financiero. Debido a que, para que este pueda hacer posible su rol de intermediario financiero, y con ello ofrecer servicios financieros, requiere contar con la confianza del público. Por cuanto, solo con dicha será capaz de atraer los recursos de los agentes superavitarios —que en este momento debemos llamarles ahorristas—, a fin de ser empleados para financiar a los deficitarios; y el mantenimiento de esa confianza dará soporte al sistema para que ese rol de intermediario se prolongue en el tiempo.

En este contexto, siendo el Estado uno de los más interesados en lograr el desarrollo de su población; la existencia y fortalecimiento de su sistema financiero se convierte en un tema relevante y respecto del cual, reconociendo la importancia de la confianza del público para dicho objetivo, resulta lógico que sea el Estado el principal interesado en cautelar e incluso contribuir a fortalecer la confianza del público. Surge entonces, como pregunta natural, ¿cuál es la manera más eficiente para lograr cautelar la confianza del público?, sobre todo si tenemos en cuenta que no es un público que comparte similares características, sino que es muy diverso y que, en algunos sectores, el conocimiento de los temas técnicos asociados a los servicios financieros es muy básico, incluso casi inexistente.

De La Haza responde esa pregunta indicando que las empresas bancarias a nivel mundial constituyen seguramente uno de los sectores más regulados. Su justificación, en muchos casos, es de orden legal y económico. Dicha regulación está fundada en que los bancos administran el ahorro del público y son vías que llevan adelante la política monetaria, por lo que para operar deben contar con una licencia de la autoridad pública¹.

1. Antonio De La Haza. "Los bancos y la responsabilidad social como medio de éxito". Revista Derecho PUCP (64), 2010: 325-332

Teniendo en cuenta lo anterior, es que ya desde la Carta Magna —pilar fundamental sobre el cual se estructura el ordenamiento jurídico de un Estado—, se perfila el rol del Estado frente al sistema financiero. En especial, respecto del ahorro del público, pues es un insumo esencial para todo el proceso de intermediación financiera, y sin el cual, el mismo no podría mantenerse. La Constitución Política del Perú de 1993 no es una excepción a lo que acabamos de señalar, muy por el contrario, a lo largo de este documento jurídico fundamental se van a establecer varias disposiciones que, desde la óptica del sistema financiero, resultan relevantes de destacar y que explican de gran manera cómo nuestro sistema financiero se ha estructurado; así como da algunas explicaciones adicionales sobre la forma en que las instituciones financieras que lo conforman se han ido desarrollando.

La Constitución Política del año 1993 es, por lo tanto, un instrumento legal sustancial al cual debemos acudir para entender apropiadamente cómo han ido desarrollándose los servicios financieros en los últimos 30 años. Pero también sirve de guía para poder comprender hacia dónde se dirigen; en especial, para identificar los retos y oportunidades que van apareciendo dado el desarrollo de la vida moderna y los cambios que se van presentando producto de los avances tecnológicos, las nuevas corrientes ideológicas y demás aspectos de la modernidad. En ese sentido, para abordar debidamente lo que es nuestro tema de análisis, es imperativo revisar la Carta Magna con el fin de identificar aquellos artículos con incidencia directa sobre los servicios financieros y el contexto en que se desarrollan. Ello, nos permitirá identificar y extraer para nuestro análisis cuáles son los pilares centrales sobre los que se sustenta el sistema financiero.

Teniendo claro este objetivo, consideramos que para entender efectivamente estos fundamentos constitucionales, es imprescindible hacer referencia a varios aspectos desarrollados en la Constitución Política del año 1993 que, en nuestra opinión, permiten comprender debidamente cómo se encuentra estructurado nuestro sistema financiero.

II. PROTECCIÓN DEL AHORRO Y LA SUPERVISIÓN BANCARIA.

Con esta finalidad, consideramos que es imposible iniciar nuestro trabajo sin hacer referencia a lo señalado en el artículo 87 de la Constitución Política del año 1993, que es, sin lugar a dudas, la piedra angular de nuestro sistema financiero y sobre el cual se estructura y consolida la defensa de los ahorristas por parte del Estado. Dicho artículo expresamente señala lo siguiente:

Artículo 87.- Superintendencia de Banca y Seguros

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, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, 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, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Senado lo ratifica.

Es pertinente indicar que el mencionado artículo 87 de la Constitución peruana contiene dos elementos fundamentales para comprender la estructura y relevancia de nuestro sistema financiero, fijando dos postulados que no pueden dejarse de lado si se pretende entender su funcionamiento, así como el marco dentro del cual deben desarrollarse los servicios financieros que se ofrecen a través de él. Cabe agregar que ambos elementos desarrollados en el mencionado artículo 87 tienen en común la protección de la confianza del público como eje central del sistema financiero, y sobre la cual se fija

el rol del Estado para su preservación, así como la manera como lo realizaría. Estos dos elementos contenidos en el artículo 87, son:

1. Protección del ahorro.

Un primer aspecto que llama la atención al leer el artículo 87 de la Constitución es la declaración formal que se realiza en favor del ahorro. Por lo cual, siguiendo una tendencia mundial, se declara que, en el Perú, el Estado fomenta y garantiza el ahorro. La utilización de dos verbos activos asociados a la labor del Estado frente al ahorro no es, en nuestra opinión, una casualidad, sino que contiene una decisión manifiesta y evidente del constituyente del 1993. Ello para señalar, por un lado, la existencia de una firme voluntad del Estado por fomentar el ahorro del público, alentando una cultura de ahorro que solo es posible en un marco de confianza por parte de los ahorristas; pero, por otro lado, se detiene en establecer la responsabilidad de quién tendrá la tarea de custodiar ese ahorro —el sistema financiero—, que en el caso peruano es atribuido en exclusiva a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones —en adelante SBS—. Asimismo, este fomento explica la vigente necesidad del Estado, que hemos visto con mayor nitidez en los últimos años, de propiciar una mayor inclusión financiera, pero también de una mayor educación financiera para la población.

Es importante agregar que este rol del Estado, contenido en el artículo 87 de la Constitución, no se agota en la promoción del ahorro, sino que con el fin de generar un mejor ambiente para que ello sea posible, acompaña a esta labor en favor del fomento del ahorro, una declaración adicional en el sentido de garantizarlo. Este es, quizás, el complemento indispensable y útil a la decisión estatal en favor del sistema financiero, entendido como depositario de ese ahorro. Por cuanto, al mismo tiempo que lo fomenta, declara expresamente al público que el

Estado está respaldando la decisión de confiar el ahorro a las entidades que son autorizadas por el Estado —SBS— a poder captarlo. Sin embargo, se aclara en el mismo artículo que la garantía estatal no es absoluta, sino que su alcance está definido en la ley, a la cual hay que acudir con el fin de comprender de qué manera el Estado da cumplimiento a esta garantía del ahorro que expresa a nivel constitucional.

En efecto, al establecerse en el citado artículo 87 una garantía relativa del Estado al ahorro del público, se va delimitando el rol de este para velar por el ahorro del público; pero, al mismo tiempo, requiriendo también cierto nivel mínimo de diligencia de parte del público. Cabe agregar que la protección por parte del Estado no es una expresión genérica sin mucho contenido. Muy por el contrario, la Ley que regula el funcionamiento del sistema financiero, actualmente la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada por la Ley 26702, contiene fundamentalmente en su artículo 132 un listado de las diversas formas a través de las cuales se da contenido a dicha protección. Se pueden citar, a modo de ejemplos, la existencia de un Fondo de Seguro de Depósitos, la figura del secreto bancario² o la Central de Riesgos, las normas prudenciales que las entidades financieras deben observar, entre otros mecanismos detallados en dicho artículo.

Es importante destacar que la declaración del Estado en favor de fomentar y garantizar el ahorro del público, aun cuando en este último caso se trate de una garantía relativa y no absoluta, es de enorme trascendencia desde el momento que da a conocer al público que tiene una posición en favor, que lo alienta y que insta a la población a desarrollar una cultura de ahorro. Ello, como se señaló anteriormente, resulta absolutamente consistente con la serie de acciones estatales en favor de propiciarlo, y donde el desarrollar la educación financiera, así como la

2. Es importante advertir que en el Perú el secreto bancario tiene reconocimiento constitucional, el mismo que está recogido en el artículo numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

inclusión financiera, se convierten en políticas públicas de sumo interés. Ahora bien, es oportuno indicar también, que este mismo artículo plantea un reto y una interrogante permanente, que está referida a cuánto hace y ha hecho el Estado y sus instituciones en promover las condiciones mínimas necesarias para fomentar el ahorro. Los períodos de dificultades económicas, de inestabilidad política o de emergencias son probablemente los momentos donde esta interrogante adquiere mayor vigencia.

2. La supervisión del sistema financiero.

Un segundo aspecto igual de relevante que el anterior es que, conjuntamente con la declaración estatal en favor del ahorro del público, se plasma el reconocimiento del Estado al carácter técnico que debe rodear al manejo de este. Para lo cual, se establece una entidad especializada que tendrá la responsabilidad de velar por los intereses de los ahorristas, que como tales entregan su dinero a entidades existentes en el mercado, cuyo objeto es operar con dichos fondos del público con todos los riesgos que ello supone. En efecto, este carácter técnico queda claramente resaltado cuando se instituye un ente estatal especializado y autónomo funcionalmente con el claro objetivo de reforzar la confianza del público que se quiere preservar, y que en salvaguarda se encuentra investido de las facultades necesarias para conocer la situación financiera de cada entidad depositaria de los mismos.

Es así que, en ese sentido, Ayiber y Gutiérrez señalan que la justificación para la supervisión del sistema financiero se ha basado en fallas del mercado y en la información asimétrica existente entre los demandantes y oferentes del mercado³.

Cabe agregar que la autonomía funcional con la que queda investida la SBS, que será posteriormente desarrollada en la referida Ley 26702, implica a su vez una posición clara del Estado

por mantener una conducción profesionalizada y no politizada, que se manifiesta a través de su interés por implementar proporcional y razonablemente estándares internacionales en materia de supervisión bancaria como es el caso de las recomendaciones del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. En ese mismo sentido, cabe señalar que el establecimiento de un supervisor bancario único, responsable de velar por un sistema financiero sólido y confiable; supone también el otorgamiento de todas aquellas facultades que resultan indispensables para que el citado supervisor pueda cumplir las tareas encomendadas eficientemente. Dichas facultades están desarrolladas en la mencionada Ley 26702, y se justifican plenamente en el importante rol en favor de la protección del ahorro del público.

Adicionalmente a lo anterior, es necesario mencionar que con el fin de hacer lo más robusta y clara dicha supervisión, el texto constitucional establece a continuación los aspectos centrales del supervisor. Como por ejemplo, el hecho que está a cargo de una sola persona —no de un directorio como ocurre con el Banco Central de Reserva del Perú—, posiblemente con el fin de dar dinamismo a la toma de decisiones relevantes en un sistema en continuo funcionamiento e innovación. Con el mismo objetivo, el texto constitucional igualmente hace referencia al periodo de duración en el cargo del titular de dicha entidad, delegando a la Ley establecer los demás aspectos que fueran necesarios para el cumplimiento de tan importante encargo.

Finalmente, aunque no es un tema estrictamente desarrollado en la Constitución sino más bien que es abordado en una norma de menor jerarquía, las atribuciones con las cuales se haya investido el supervisor bancario tienen su génesis en este artículo 87. Dichas deben comprender todas aquellas que resulten necesarias para permitirle poder realizar una debida supervisión que brinde las condiciones suficientes para cautelar la confianza del público. En efec-

3. Dairo Ayiber Estrada y Javier Gutiérrez. "Supervisión y regulación del sistema financiero: modelos, implicaciones y alcances". *Perfil de Coyuntura Económica* 13 (2009): 53-75

to, debemos tener presente que la existencia de un técnico competente, especializado y con atribuciones claras y suficientes para cumplir con el encargo recibido, constituye un eficiente instrumento en favor de reforzar la confianza del público. Este debe sentir que el sistema es permanentemente vigilado y que se conoce la real situación financiera de las empresas que trabajan con el ahorro del público. De esta manera, en situaciones donde se presenten dificultades, se podrá actuar oportunamente y con facultades suficientes para disponer las acciones y medidas que fueren necesarias para revertir tal situación.

III. EL ROL SUBSIDIARIO DEL ESTADO

*Artículo 60.- Pluralismo económico
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.*

Un segundo fundamento constitucional al que debemos hacer referencia en este análisis se encuentra en lo establecido en el artículo 60 de la Constitución, el cual alude al rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial. Dicho pilar se encuentra referido al hecho de que la Constitución establece, de manera determinante, que el Estado no es convocado a participar en los sectores económicos prestando actividad empresarial, salvo en rol subsidiario. Cabe agregar que la razonabilidad de esta disposición se sustenta en el modelo económico que desarrolla la Constitución Política del Perú de 1993, que es el de una economía social de mercado, donde el Estado solo busca espacios de participación específica cuando la

oferta privada es mínima o inexistente, pues prioriza la aplicación del principio de la libre iniciativa privada.

Como lo indican Diez Canseco y Buleje⁴, cuando el Estado realiza actividad empresarial, no lo hace en las mismas condiciones que cualquier otro agente privado. En primer lugar, porque no invierte dinero propio, sino el de los contribuyentes. En segundo lugar, porque si el negocio fracasa, serán los propios recursos públicos los que puedan cubrir dichas pérdidas, aplicándose la conocida expresión: "el Estado nunca quiebra".

Así, para entender este pilar, es útil ubicarnos en el contexto que se dio previo a la aprobación de la Constitución del año 1993. El mismo se caracterizó por un periodo de inestabilidad y serias dificultades financieras para el país, y en el cual las ineficiencias de un Estado empresario fueron notorias y causantes de servicios de mala calidad y poco eficientes. Todo lo cual propició una corriente marcada y acelerada de privatizaciones de diversas empresas públicas, que marcaron la vida económica del país a inicios de la década de los 90 y acompañó los primeros años de esta Constitución.

Es oportuno indicar que el Tribunal Constitucional peruano mediante sentencia N.º 008-2003-AL/TC se ha pronunciado sobre el rol subsidiario del Estado, señalando que las actividades empresariales que este realice deben ser de carácter auxiliar, complementaria y temporal; y por lo cual, la participación del Estado en el sistema financiero es calificada como subsidiaria y excepcional. En principio, la actividad del sistema financiero será esencialmente privada, salvo en aquellos espacios donde la oferta privada no exista. En este punto, es importante referirnos a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 26702, donde desarrollando este pilar se establece que el Estado no participa en el sistema financiero salvo los casos del Banco de la Nación, la Corporación Financiera de Desarrollo —COFIDE—,

4. Luis José Diez Canseco Nuñez y Crossby Buleje Díaz. "Analizando el papel subsidiario del Estado a propósito de la Resolución N.º 3134-201/SC1-INDECOPI". Revista del Círculo de Derecho Administrativo PUCP (2011): 221-235

el Banco Agropecuario y el Fondo Mivivienda; disposición que debemos complementar con el reconocimiento de la participación real de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito en el sistema financiero, como una empresa integrante del mismo y que compite con las entidades privadas igualmente autorizadas a operar en este mercado.

Cabe indicar que al referirse al rol que le corresponde al Estado en la actividad empresarial, y en específico en el sistema financiero, la Constitución emplea como término central lo subsidiaria de su participación. Al respecto, debemos advertir que se la califica como subsidiaria porque se entiende que el Estado —como empresario— podrá reemplazar al privado cuando este no constituya una oferta o la oferta que ofrece resulta es insuficiente⁵ para atender la demanda de servicios financieros que el mercado requiere. Asimismo, es excepcional. Es decir, cuando se considera que el Estado específicamente requiere mantener una oferta en el sistema financiero que pueda cubrir otras necesidades que la población demanda, como inversión pública, vivienda, entre otros.

Se debe advertir además, que respecto de este pilar existen algunos aspectos propios del Derecho de Competencia que pueden surgir producto de la participación del Estado en el sistema financiero. Donde, como principal regla, se tiene que el Estado no puede competir con el privado, pues surge el riesgo que pueda generarse una brecha de competencia. Ello debido a que el Estado, al cumplir un objetivo específico, se le permite una operatividad *ad hoc* a su naturaleza pública, lo que podría constituir una ventaja competitiva frente a un privado que no tiene dicha operatividad. En el caso de las operaciones del sistema financiero, ello es más fácil de advertir. Por ejemplo, en los menores costos de fondeo —obtención de fondos— que tiene el Estado frente a las entidades privadas, en la medida que el primero

tiene a la mano los fondos públicos con los que opera el Tesoro Público.

Finalmente, también resulta relevante tener en cuenta que siendo el sistema financiero una materia sumamente especializada, ello va a exigir de parte del Estado una inversión en la prestación del servicio, así como conocimientos técnicos. Especialmente en la actual coyuntura, donde las empresas del sistema financiero afrontan desafíos en el uso de la tecnología y planificación en la mitigación de riesgos vinculados a ciberseguridad y seguridad de la información. Debemos recordar que, por su naturaleza especializada, el sistema financiero actúa en permanente competencia, la cual le exige innovación continua e inversión.

V. EL FOMENTO A LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Un tercer fundamento constitucional sobre el cual se ha construido nuestro sistema financiero se encuentra en el artículo 61 Constitución, el cual básicamente sirve para brindar la protección jurídica necesaria para avalar que en el marco del modelo económico peruano no existe restricción alguna para que los agentes de los mercados puedan desempeñarse en condiciones de igualdad, ganancia, eficiencia y bienestar. En efecto, este tercer fundamento está directa-

5. La definición y alcance de lo que debe entenderse por oferta insuficiente es probablemente un parámetro que debe ser revisado a la luz de evolución de los servicios financieros, después de los 30 años de vigencia de la Constitución del año 1993.

mente relacionado con proteger la libre competencia en el mercado, de modo tal que brinda la posibilidad que los proveedores puedan actuar en el mercado de una manera libre y ofrecer sus productos en tales condiciones que dejen al consumidor en la posición de decidir por sí mismos cuál de todas las ofertas existentes prefieren. Con ello, este fundamento le permite a las entidades financieras establecer marginalmente sus ganancias, generando eficiencia empresarial y crecimiento económico. Al mismo tiempo, crea bienestar al consumidor que toma la decisión más conveniente para satisfacer sus necesidades en base a una elección informada y libre. Esto, sin una intervención estatal imperativa que limite el desarrollo de los mercados y afecte la satisfacción de la oferta y demanda.

Es relevante mencionar que, en el caso del sistema financiero, la competitividad se suele relacionar con estabilidad financiera, donde se considera existen las condiciones para que el mercado compita entre sí para dar mejores servicios a la población en condiciones tales que el mercado pueda escoger. Sin embargo, ello no es óbice para que, de considerarse pertinente, el Estado pueda establecer en condiciones justificadas, controles con finalidades prudenciales. Como por ejemplo, ha ocurrido en el tema de fusiones con la finalidad de evitar concentraciones o posiciones de dominio. En el caso peruano, se emitió la Ley 3111, que establece un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial *“con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”*

El régimen económico constitucional peruano descansa en el principio de la libre competencia, que conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia, el Estado: *“a) facilita y vigila la libre competencia; b) combate toda práctica que limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”*⁶.

Bajo estas tres premisas desarrollaremos nuestro breve análisis, aplicando este fundamento constitucional al sistema financiero peruano.

1. Facilita y vigila la libre competencia.

Conforme a esta característica, se entiende que el Estado debe proveer un espacio neutral en que la sociedad acceda a una apertura de libertad de oferta y demanda, así como de precios, que permita la posibilidad de elegir, entre proveedores y consumidores, en igualdad de condiciones en el mercado.

De esta manera, en el sistema financiero debe permitirse una competitividad, conforme señala como desarrollo constitucional la Ley 26702. Ello, para que el consumidor financiero tenga la capacidad de elección en la prestación de los servicios financieros. En el caso específico del sistema financiero, lo vamos a encontrar en la fijación de las tasas de interés, comisiones y gastos donde la libertad de fijarlos⁷ se complementa con la transparencia en la difusión y sustento de los mismos, sin que ello pueda implicar un control de precios.

Un aspecto relevante para considerar es que el incremento de actores ofertantes en el sistema financiero permite también mitigar el riesgo sistémico de tener una estructura demasiado concentrada. Ello permitiría una eficiencia comercial y un abanico de oportunidades a favor del consumidor. No debemos olvidar que, en el caso peruano, en el sistema peruano conviven diversos tipos de empresas que, si bien todas operan en la intermediación financiera, se diferencian entre sí por nichos de mercados atendidos y la especialidad desarrollada sobre dicha base.

2. Combate toda práctica que limite la libre competencia.

El Estado no debe permitir acciones anticompetitivas como la concertación de precios, en-

6. STC 01963-2006-AA/TC, 01405-2010-PA/TC

7. Con las particularidades introducidas por la Ley 31143.

tre otras prácticas que establecen restricciones a la oferta libre de bienes y servicios. Por el contrario, este debe garantizar la libre competencia en la economía nacional, es por ello que se asignan atribuciones a otro ente especializado, como es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante INDECOPI—, con la finalidad de cumplir este mandato constitucional. Sin embargo, es oportuno indicar que existiendo un ente supervisor del sistema financiero, la labor del INDECOPI como autoridad reguladora queda supeditada a la necesaria coordinación con la SBS, a fin de no generar inconsistencias que pudieran afectar al debido funcionamiento del mercado.

Cabe agregar que en el caso del sistema financiero, es pertinente reconocer que la libre competencia no solo permite difundir prácticas positivas en el mercado, sino que también atrae confiabilidad a los consumidores; todo lo cual tiene un impacto sobre el elemento reputacional del sistema que influye en la confianza que se busca proteger.

2. Combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

El abuso de una posición de dominio de parte de un participante de la economía se evidencia cuando causa perjuicios a los demás competidores, el cual no hubiese sido capaz de causar de no encontrarse en tal posición de dominio. Cabe recordar que mediante dicha posición, el agente dominante tiene la capacidad de definir, directa o indirectamente, las condiciones en las que los demás participen en el mercado.

V. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden 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.

Un cuarto fundamento constitucional que consideramos pertinente abordar es el referido a la libertad de contratación y respecto del cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸ ha hecho especial referencia para decir que la libertad de contratación se respalda en el principio de autonomía privada, el cual indica que tiene un doble contenido.

1. Libertad de contratar.

El contenido de la libertad de contratar está vinculado a la libertad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata. Al respecto, es pertinente indicar que esta característica particular implica algunas derivadas no menos relevantes, a decir:

- (a) De cara a la entidad financiera; debemos indicar que en la medida que los servicios financieros no son considerados servicios públicos sino actividades de interés público, las entidades que los prestan no están obligadas a proporcionar tales a toda persona que acuda a ellos en procura de alguna de las operaciones que ofrecen. Por el contrario, la prestación de algún servicio financiero supone la previa evaluación de la persona que requiere el servicio con el fin de determinar si las condiciones de riesgo de la misma son acordes a la políticas de la entidad.
- (b) De cara al cliente; en la medida que se requiere de una autorización de parte del Estado para brindar dichos servicios, los consumidores solo pueden acudir a empresas que cuentan con la autorización de la SBS

8. STC 00026-2008-PI/TC y STC 00028-2008-PI/TC (acumulados), y STC 2185-2002-AA/TC.

para prestarla, sobre todo tratándose de operaciones de captación de depósitos. No obstante, es pertinente reconocer que algunos servicios pueden ser prestados por empresas registradas y no necesariamente licenciadas, como es el caso del *factoring*.

2. Libertad contractual.

Es la facultad de decidir el contenido del contrato por pacto entre las partes, la cual se encuentra limitado por la aplicación de normas imperativas, orden público y buenas costumbres. Cabe agregar que, respecto a este punto, la doctrina es enfática en señalar que el Estado carece de facultad para intervenir en los alcances del contenido contractual. Es responsabilidad exclusiva de los contratantes el fijar las condiciones de los contratos que celebren dentro del marco legal y sin trasgredir el orden público y las buenas costumbres. Aunque la doctrina admite que, por excepción y en circunstancias excepcionales plenamente sustentadas, sea posible que mediante una Ley se puedan modificar el contenido de los contratos, esta es una práctica muy excepcional.

Adicionalmente, es importante señalar que el Código Civil ha establecido la posibilidad de que sobre determinados servicios, por la naturaleza de la prestación que ofrecen, pueda ser posible el empleo de cláusulas generales de contratación o desarrollar contratos de adhesión. Ello, porque las partes también requieren y exigen una aceleración en el uso de los servicios que se ofrecen, muchos de ellos estandarizados y de gran escala, con poca posibilidad de diferenciar el contenido. Como son algunos de los que se prestan en el sistema financiero dirigidos a ser realizados en formatos masivos; tal es el caso de los contratos de depósitos de ahorros, cuentas corrientes, tarjetas de crédito, entre otros.

En estos casos de contratación masiva, lo que se deja para negociar no es el contenido contractual sino las condiciones particulares de la contratación, como puede ser la tasa de interés

o los plazos del crédito. Cabe resaltar que en los contratos de adhesión el consumidor no tiene capacidad de incluir o desistirse del clausulado.

Por lo que, se hace necesaria la intervención del Estado a fin de validar el contenido de dicho contrato y cubrir la brecha que el consumidor se ve impedido de atender por tratarse de este tipo de contenido contractual. Como lo señala Avendaño, la libertad de empresa y la libertad contractual tienen limitaciones para la defensa de otros bienes constitucionales y sociales: la seguridad, la salud, los derechos de los trabajadores y de los consumidores, entre otros.⁹ Es así como, en el caso del sistema financiero, el supervisor ha desarrollado normativa relacionada a gestión de conducta de mercado para cubrir materialmente los espacios diferenciados o de asimetría entre el consumidor financiero y la empresa del sistema financiero. En este ejercicio, se han identificado cláusulas abusivas que se encuentran prohibidas de incluirse en los contratos, así como prácticas abusivas que no deben ser empleadas por las empresas.

VI. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

*Artículo 65.- Protección al consumidor
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.*

Un último fundamento constitucional es el relativo a la protección del consumidor. La regla base en el caso del sistema financiero es la presencia de los mecanismos de protección al ahorro, es decir, la protección al ahorrista. Es una prioridad que responde a una razonabilidad garantista del ahorro por parte del Estado, conforme se explicó en la primera parte del artículo. Sin embargo, para el Estado no deja de cobrar importancia en el marco del sistema financiero la participación del consumidor, que

9. Jorge Avendaño Váldez."La libertad de empresa y la libertad contractual en la Constitución Peruana" *Advocatus* 016, (2007: 177-180

no siempre es ahorrista, sino que se involucre propiamente en el negocio bancario.

Cabe agregar que el Estado reconoce que el negocio bancario es uno que le puede significar demasiada complejidad a las personas, por un lado, por la tecnicidad que reviste. Pero, por otro, también por la imposibilidad de ser una parte activa en el contrato. En concordancia con lo que señalan Santiago Roca y Eva Céspedes sobre la protección del consumidor, en el Perú nace con la apertura del mercado como una manera de corregir las imperfecciones originadas por la asimetría informativa entre proveedores y consumidores.¹⁰ Es, en este contexto, donde la participación del Estado resulta relevante por cuanto, si bien la protección del consumidor es una competencia entregada al INDECOP, en el caso de la protección del consumidor financiero, la SBS supervisa y emite la regulación relacionada a la gestión de conducta de mercado de las empresas del sistema financiero. Mediante esta, se establecen principios y prácticas que deben considerar a favor de sus clientes y, tomando en cuenta los alcances de la protección al consumidor financiero, deben destacar los conceptos de transparencia y trato justo.

En materia de transparencia, las empresas deben revelar información a los clientes con la finalidad que conozcan el producto que contratan, y es por ello necesario que las empresas resalten específicamente las condiciones contractuales que pueden tener mayor efecto en la toma de decisiones de los consumidores. Asimismo, las empresas deben evitar redactar cláusulas abusivas, así como adoptar prácticas abusivas.

Por su parte, las cláusulas abusivas atentan contra la buena fe contractual y extienden la brecha entre la empresa del sistema financiero y el consumidor. Pues se establece un desbalance en la imputación mutua de derechos y obligaciones contractuales, en especial cuando los contratos utilizados en el sistema financiero son redactados previamente por las empresas del sistema financiero y sin mayor espacio a negociación.

Asimismo, las prácticas abusivas toman ventaja de la posición de dominio contractual, afectando la toma de decisiones del consumidor, imponiendo algunos aspectos innecesarios o imprevisibles para mantener la relación de consumo.

Finalmente, es importante indicar que si bien la Constitución reconoce la importancia de la protección al consumidor, ello no está al mismo nivel de la protección al ahorrista. En este existe la garantía del Estado por el ahorro y el encargo directo a una entidad autónoma y especializada de velar por los intereses del público ahorrista, velando por un sistema financiero sólido y confiable. Esto es sumamente relevante en la medida que este fundamento nos servirá para establecer la prioridad en la cautela de las acciones, privilegiando al ahorrista y la salud de un sistema financiero que debe estar siempre a la altura de responder a las obligaciones para con el público.

VII. CONCLUSIÓN

A lo largo del artículo se ha querido resaltar la importancia del fundamento constitucional del derecho financiero. El desarrollo del sistema financiero peruano no puede dejarlos de lado, debe mantener presente la existencia de su contenido e importancia en los nuevos retos que asuman.

El sistema financiero, más allá de estos nuevos retos que enfrenta, no deja de ser el vehículo de la economía que acorta brechas en el mercado financiero entre superavitarios y deficitarios. Es una máxima que existe, independientemente de la operatividad o la tecnología que aplique.

Siendo ello así, resulta por demás conveniente y vigente revisar el respaldo garantista del sistema financiero en el Estado, y la gran tarea que tanto este como los privados asumen en el mantenimiento de su sostenibilidad y solidez; con el nuevo reto de apostar por una mayor inclusión financiera en un contexto digital y de nuevas tecnologías.

10. Santiago Roca y Eva Céspedes. "La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú". Gestión de Política Pública (2), 2011: 485-522