

# La regulación legal y los principales términos económicos en los contratos de préstamo modernos

## *Legal regulation and principal economic terms in modern loan contracts*

Recepción: 7.05.17 / Aceptación: 24.11.17



**Walter Piazza Risi\***

**Resumen:** En el presente artículo, el autor inicia señalando los elementos que diferencian a los contratos de mutuo con los de comodato, esto de cara a realizar un análisis adecuado de los términos económicos negociados en los contratos de préstamo modernos. Se indaga en aquellas cláusulas cuya función es la de ser términos económicos importantes que se negocian para la suscripción de los contratos de préstamo estructurados. Además, no se deja de mencionar el tema de cómo se lleva la imputación de los pagos del prestatario, el uso de los fondos y el pago anticipado del préstamo.

**Palabras clave:** Préstamo bancario - mercado de valores – capital - préstamos estructurados - términos económicos – contratos – intereses.

**Abstract:** *In the following article, the author starts marking differences between mutual and commodate contracts, action needed to adequately explain the negotiated economic terms in modern contracts. Indicated clauses whose function is to be important economic terms that are negotiated for the signing of structured loan contracts. It also mentions how the imputation of the payments of the borrower works, the use of the funds and the advance payment of the loan.*

**Key Words:** *Bank loan – stock market – capital – loans with interest-bearing – economic terms – contracts – interest on arrears.*

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la fuente principal de financiamiento para las empresas en el mercado peruano es el préstamo bancario. Si bien el mercado de valores se encuentra en crecimiento, este es todavía incipiente y la mayor parte de las empresas aún satisface sus necesidades de capital a través del préstamo tradicional.

En ese sentido, cada vez que una empresa solicita un préstamo a una entidad financiera, esta clasifica el crédito en función al tamaño del mismo. Cuando los préstamos son solicitados por montos menores, por ejemplo para cubrir necesidades de capital del día a día, el crédito se asigna al área de Banca Corporativa o Banca Empresa, y se otorga en base a formatos contractuales preestablecidos. En estos casos, las partes solamente negocian las condiciones económicas del contrato, tales como la tasa de interés, el plazo y las comisiones, luego suscriben los formatos correspondientes y, sin mayor complejidad, proceden al desembolso de los fondos.

Por otro lado, cuando se trata de financiamientos por sumas más significativas (que pueden variar entre préstamos que superen entre US\$ 10 millones y US\$ 20 millones, dependiendo de la entidad financiera) la solicitud recibe un trato completamente diferente. Estos préstamos por montos elevados son préstamos estructurados y, a diferencia de los préstamos corporativos estandarizados que mencionábamos anteriormente, son diseñados a la medida de cada cliente y de cada negocio específico.

Para tal efecto, las entidades financieras asignan el préstamo a un área especializada, la cual escoge a un equipo específico para manejar el financiamiento. En la mayor parte de los casos, además del equipo interno de cada

entidad financiera se contrata a asesores legales externos para asistirlos en la elaboración de un due diligence, en la negociación y redacción de los documentos de la transacción.

En los últimos años, la redacción de estos contratos de préstamo se ha vuelto cada vez más especializada y ha incorporado, en creciente medida, técnicas contractuales desarrolladas bajo el derecho anglosajón. Si bien cada contrato es único y se adapta a las particularidades del cliente y sus proyectos, existen ciertas técnicas contractuales comunes a los mismos, que deben ser conocidas por los abogados encargados de asesorar a bancos y prestatarios.

El presente artículo tiene por propósito desarrollar la regulación de los contratos de préstamo bajo el ordenamiento jurídico peruano y describir los principales puntos negociados en relación a los términos económicos del contrato de préstamo moderno.

## II. REGULACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

### 2.1 La definición del contrato de préstamo y el bien objeto del contrato

El contrato de préstamo es un contrato típico, regulado en el artículo 1648 del Código Civil peruano bajo la denominación clásica de “mutuo”. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico define al préstamo o mutuo de la siguiente manera:

#### *“Artículo 1648.- Definición.*

Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la

misma especie, calidad o cantidad”<sup>1</sup>.  
(resaltado agregado)

El primer punto en el que cabe enfocarse es el bien que puede ser objeto de un contrato de mutuo, pues ordinariamente se considera que este es un contrato que versa exclusivamente sobre dinero. Sin embargo, de una revisión del artículo citado es claro que el lenguaje incorporado en el Código Civil contiene una definición amplia del mutuo, permitiendo que este se configure no solo por los préstamos de dinero, sino de cualquier bien consumible (es decir, cualquier bien cuya utilización tiene por consecuencia que el bien se extinga o desaparezca, como los alimentos o el combustible). Ello quiere decir que un mutuo puede configurarse también por la entrega de manzanas, siempre que el prestatario esté obligado a devolver manzanas al prestamista en la misma especie, calidad o cantidad.

El propósito de especificar que el mutuo debe tener como objeto dinero o bienes consumibles es diferenciar a este contrato del contrato de comodato, regulado en el artículo 1728 del Código Civil<sup>2</sup>. El comodato es un contrato por medio del cual el comodante entrega al comodatario un bien no consumible, quedando el comodatario obligado a la devolución de exactamente el mismo bien. Es el caso típico del préstamo de cosas, como cuando Ticio presta un caballo a Sempronio para hacer un viaje corto, bajo la promesa que Sempronio devolverá el mismo caballo al regresar al siguiente día. Es el contrato

por el que coloquialmente las personas “se prestan” cosas entre ellas.

En el mutuo, la lógica del contrato es completamente diferente. El bien que es entregado por el prestamista es un bien consumible, lo cual quiere decir que su utilización generará que el bien se extinga. En el caso del dinero, su utilización generará un gasto y la desaparición del mismo; en el caso de las manzanas su utilización significará que alguien se alimente y el bien nuevamente deje de existir. A diferencia del caballo que puede ser devuelto tal y como fue entregado, el mutuo no permite esta posibilidad, por lo que exige que los bienes devueltos sean otros, aunque de la misma especie, calidad y cantidad. Según veremos en el acápite siguiente, esto se encuentra cercanamente vinculado con la lógica económica de este contrato.

Si bien los artículos citados anteriormente admiten la posibilidad de mutuos en los que el bien objeto del contrato sea cualquier bien consumible, en el presente trabajo nos enfocaremos exclusivamente en los contratos de préstamo de dinero. En la práctica, estos son la gran mayoría, si es que no todos los contratos de préstamo que son firmados en el mercado peruano, especialmente en el caso de entidades financieras donde nos atrevemos a afirmar que es el único bien sobre el que versan los contratos de préstamo otorgados por dichas entidades.

## 2.2 La lógica en la ejecución del préstamo en el Código Civil

La forma en la que el contrato de préstamo debe ser ejecutado se diferencia sustancialmente de otros contratos en los que un sujeto entrega bienes a otro, con la expectativa de devolución. El hecho que el contrato verse sobre bienes consumibles tiene por consecuencia una lógica completamente diferente en la forma en la que el prestatario

1 A efectos de simplicidad, en el presente trabajo utilizaremos la denominación de prestamista para el mutuante y de prestatario para el mutuatario, que es la nomenclatura comúnmente utilizada en el mercado y en los contratos modernos.

2 Artículo 1728.- Definición. Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

debe usar los bienes que le han sido entregados. Esta diferencia se encuentra marcada por lo dispuesto en el artículo 1654 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

**“Artículo 1654.- Efectos de la entrega.**

*Con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario y desde este instante le corresponde la mejora, el deterioro o destrucción que sobrevengan.”*

De acuerdo con este artículo, cuando nos encontramos ante un contrato de mutuo, a diferencia de lo que ocurre en otros contratos con obligación de devolución (tales como el arrendamiento, el comodato o el depósito), la entrega del bien hace del prestatario el propietario del mismo. Ello quiere decir que cuando se realiza la entrega, el prestamista pierde cualquier derecho real sobre el bien entregado y permanece exclusivamente con un derecho de crédito frente a su contraparte contractual, por el cual puede exigir al prestatario la devolución de bienes de la misma especie, calidad y cantidad a los que entregó. No puede reclamar que el bien prestado sea suyo y que se le debe devolver (como podría ser el caso en un comodato, depósito o arrendamiento), pues su situación jurídica ha pasado de ser propietario a ser acreedor de un bien genérico e indeterminado.

La lógica detrás del contrato es entonces que los bienes entregados por el prestamista sean consumidos por el prestatario, utilizados, desaparecidos (en el caso del dinero, simplemente, gastados). Al prestamista no le interesa que le devuelvan los mismos bienes que entregó (como sí le interesa al comodante, depositante o arrendador), sino que el interés del prestamista se encuentra en que el prestatario utilice los bienes que le fueran entregados para producir todavía más bienes o ingresos. Con los ingresos

generados por el prestatario, este podrá devolver al prestamista otros bienes distintos, pero del mismo tipo, que los prestados.

Esta noción de contrato es señalada claramente por RODRIGUEZ AZUERO<sup>3</sup>, quien afirma lo siguiente:

*“El mutuo es un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver posteriormente bienes de la misma especie y calidad. En la teoría clásica francesa, que lo conoce con el nombre de préstamo de consumo para diferenciarlo del comodato, se trata de un contrato en el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles con la obligación para esta última de restituir igual cantidad identificada por su género y calidad.(...) (resaltado agrgado)”*

En el caso de un préstamo de dinero, ello es evidente. A la entidad financiera, no le interesa que le devuelvan los mismos billetes o el mismo depósito que hizo en una cuenta. Le importa que el prestatario utilice ese dinero, actuando plenamente como propietario, para generar todavía más ingresos y que pague el préstamo con fondos diferentes a los que desembolsó. Le importa que el prestatario le vaya bien en su negocio y genere los ingresos necesarios para pagarle de vuelta.

Estos dos artículos definen la naturaleza jurídica del mutuo bajo el Código Civil peruano. Es un contrato por el que un sujeto llamado prestamista o mutuante hace entrega de bienes consumibles a otro (en la mayoría de casos, dinero) para que éste asuma la

<sup>3</sup> RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. “Contratos Bancarios. Su significación en América Latina”. Bogotá, 2005, p. 478.

propiedad de los mismos y los consume (o gaste), y con dicha actividad sea capaz de generar más ingresos u otros bienes consumibles, que luego serán utilizados para pagar de vuelta lo debido al prestamista, más el interés pactado entre las partes.

Con este trasfondo en mente, a continuación, desarrollaremos los términos económicos negociados en los contratos de préstamo moderno.

### III. LOS TÉRMINOS ECONÓMICOS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO

#### 3.1 Los intereses

Quizás la cláusula más importante en cualquier préstamo es la cláusula referida a los intereses. El interés es el rédito correspondiente al acreedor por haber desembolsado una suma de dinero en favor del prestatario, desprendiéndose de su patrimonio por un tiempo determinado. Así, el interés representa el costo de oportunidad del dinero, pues el prestamista pudo retener los fondos desembolsados y ahorrarlos o utilizarlos con otro propósito. Al desembolsar los fondos a un deudor específico, el beneficio que perciba por ese préstamo debe superar el beneficio que podría haber obtenido de haber utilizado el dinero de otra manera. Es decir, el beneficio del préstamo debe superar el costo de oportunidad de otorgarlo.

En segundo lugar, el interés representa el valor del dinero en el tiempo, bajo la simple lógica de que un dólar hoy es más valioso que un dólar mañana, por lo que la ausencia del dinero por un período de tiempo debe ser retribuida por el deudor. Por último, el interés refleja una prima de riesgo asumida por el acreedor. Ante cualquier préstamo, existe un riesgo de que, por algún motivo, voluntario o no, el prestatario no devuelva los montos prestados en los términos del contrato. El interés por tanto es un rédito pagado al acreedor como contrapres-

tación por asumir este riesgo, por exponerse a la posibilidad de perder su dinero.

Como señalan VILLEGAS y VILLEGAS, “el interés es el precio del crédito, es decir, la prestación accesoria que el acreedor estipula con el deudor como retribución por la transferencia temporal de recursos monetarios. Por ello es que también expresamos que ese precio se establece en función del dinero objeto de esa transferencia y de tiempo por el cual esta se realiza. Desde el punto de vista jurídico, los intereses son los frutos civiles que retribuyen el uso de capital ajeno, es decir son el “lucro” o “beneficio” que produce esa transferencia temporal de capital. García Amigo dice que en un sentido jurídico civil, interés es la cantidad de dinero a pagar por el disfrute de una cantidad de dinero de que una persona goza, cuando aquél dinero pertenece a otra, durante un período de tiempo”<sup>4</sup>.

En ese sentido, existen una serie de clasificaciones para los intereses que son utilizadas o pactadas entre las partes, y que consisten en lo siguiente:

1. Según la fuente de la cual provienen: en este caso los intereses pueden ser clasificados como intereses legales, cuando vienen impuestos y determinados por la ley; o intereses convencionales, cuando son acordados por las partes. En la gran mayoría de los casos, y siempre en el caso de los préstamos estructurados, las partes acuerdan cuál es la tasa de interés aplicable, por lo que se trata siempre de intereses convencionales.

Sin embargo, de darse el caso que las partes hubieran omitido pactar la aplicación de intereses, estos serían igualmente aplicables en virtud de lo dispuesto por

4 VILLEGAS, Carlos Gilberto y Carlos Marcelo VILLEGAS. “Aspectos Legales de las Finanzas Corporativas”. Dykinson, Madrid, 2001, p. 375.

el artículo 1663 del Código Civil<sup>5</sup>, por el cual se presume que todo préstamo devenga intereses. En tal caso, la tasa aplicable sería la publicada por el Banco Central de Reserva. Solamente en el caso que las partes hubieran pactado expresamente la no aplicación de intereses, podrá el deudor reembolsar únicamente el capital desembolsado.

**2. Según la función económica de los intereses: la función que cumplen los intereses se encuentra regulada en el artículo 1242 del Código Civil, en los siguientes términos:**

***“Interés compensatorio y moratorio***

Artículo 1242.- El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien.

Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.”

De acuerdo con lo indicado en este artículo, el interés compensatorio es precisamente ese rédito, precio o beneficio económico derivado del otorgamiento del préstamo, y constituye la contraprestación que el prestatario debe pagar a su acreedor por haber recibido el desembolso. Es el monto que en el curso ordinario del préstamo deberá ser pagado por el deudor y del cual proviene la mayor parte de la ganancia de la entidad financiera.

Por otro lado, el interés moratorio es un interés que tiene la naturaleza jurídica de penalidad. Es el monto con el cual se sanciona al deudor por el incumplimiento en el pago oportuno de las sumas debidas al acreedor y se indemniza a este último por

5 “Artículo 1663.- Pago de intereses. El mutuuario debe abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto.”

el retraso en el pago. Así, la aplicación de intereses moratorios se encuentra regulada en el artículo 1324 del Código Civil, en los siguientes términos:

***“Efectos de la Inejecución de obligaciones dinerarias***

Artículo 1324.- Las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno. Si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios”.

De acuerdo con este artículo, una vez que se incurra en mora<sup>6</sup> se devengan los intereses legales fijados por el Banco Central de Reserva. Por supuesto, esta regulación es supletoria a la voluntad de las partes y solamente aplicaría en el caso que estas no hubieran fijado un interés moratorio convencional distinto del interés legal fijado institucionalmente. Usualmente, el caso será que la tasa de interés moratoria será fijada en el contrato de préstamo.

Asimismo, es importante notar que el devengo de intereses moratorios se realiza en adición a los intereses compensatorios que ya venían devengándose en la vida del préstamo, es decir, se suman las tasas aplicables sobre el monto de capital debido. A ello, se refiere el artículo 1324 cuando

6 De acuerdo con el artículo 1333 del Código Civil, el deudor incurre en mora desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No obstante ello, de conformidad con el inciso 1 de este artículo en los préstamos estructurados se pacta la mora automática, de tal manera que los intereses moratorios se devengan desde el momento del incumplimiento.



señala que “si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora”. Lo que el Código plantea con este texto es que si previamente a la mora existían ya intereses compensatorios (legales o convencionales) debidos por el deudor, estos se seguirán devengando con posterioridad al incumplimiento en exactamente los mismos términos, debiendo los intereses moratorios adicionarse a los intereses compensatorios.

Sin embargo, si bien el monto de intereses compensatorios se mantiene igual, con posterioridad al incumplimiento se produce un cambio en la naturaleza del pago. Mientras que, en la vida natural del préstamo, el interés compensatorio que debe ser pagado al acreedor es un rédito o beneficio del acreedor, de acuerdo con la última línea del artículo 1324 del Código Civil, una vez que se produce la mora el íntegro del pago debido por el deudor se realiza a título de intereses moratorios.

Veámoslo con un ejemplo. En un préstamo bancario la empresa Pesquera S.A. recibe un desembolso por US\$ 100,000, obligándose a pagar una tasa de interés compensatorio de 10% anual por un plazo de 5 años. Asimismo, las partes pactan que, en caso de incumplimiento, habrá mora automática y se devengarán intereses moratorios a una tasa de 2% anual. Si en algún momento del préstamo se llega a una fecha de pago y Pesquera S.A. no cumple con realizar la transferencia requerida según el contrato, inmediatamente se empezará a devengar un interés de 12% sobre el capital pendiente de pago, obtenido de sumar la tasa de interés compensatorio con la tasa de interés moratorio.

Sin embargo, a partir de dicho momento ya no podremos diferenciar entre intereses compensatorios y moratorios. Aunque la nueva tasa aplicable se derive de la suma de la tasa de interés compensatorio y la tasa

de interés moratorio, debe entenderse que desde el momento que se incurrió en mora el íntegro del pago tiene naturaleza moratoria. En ese sentido, el 12% debido por el deudor, desde ese momento, es un interés moratorio y servirá para indemnizar al acreedor por el daño generado en el retraso en el pago.

### 3. Según la tasa pactada:

en este caso, la tasa de interés puede ser una tasa fija o una tasa variable. En el primero de estos casos, la tasa se establece de manera certera al momento de firmarse el contrato y no puede cambiar durante la vida del préstamo. Así, la tasa es fijada directamente como un porcentaje a ser calculado sobre el capital pendiente de pago (por ejemplo, 10% anual).

En segundo lugar, la tasa puede ser variable y, por tanto, sujeta a cambio durante la vida del préstamo. Esto no quiere decir que el prestamista pueda ajustar la tasa a voluntad o que deba llegarse a un nuevo pacto entre las partes, sino que las partes acuerden que la tasa de interés aplicable a cada fecha de pago se determinará en función a un estándar de referencia objetivo escogido por ellas. Este estándar es usualmente uno que refleje las subidas y bajadas de las tasas de interés en el mercado y/o el estado de la economía nacional, regional o mundial.

De acuerdo con VILLEGAS y VILLEGAS<sup>7</sup> “la tasa variable nació como consecuencia de la volatilidad de los tipos de intereses y como una forma de protegerse el acreedor en operaciones de mediano o largo plazo, previendo la modificación de la cuantía de los intereses conforme a las oscilaciones del mercado financiero. Para ello, se elige un componente de validez internacional (que puede ser la tasa pasi-

7 VILLEGAS, Carlos Gilberto y Carlos Marcelo VILLEGAS. “Aspectos Legales de las Finanzas Corporativas”. Dykinson, Madrid, 2001, p. 377

va que pagan los principales bancos en Londres – tasa libor – o la tasa activa que cobran los bancos principales de Nueva York “prime rate”, como base de cálculo, y un porcentual fijo sobre esa base. De esa forma, el acreedor está cubierto por las alteraciones que sufran las tasas de interés en los mercados financieros”.

Como señalan los autores, el propósito de pactar una tasa variable es proteger a las instituciones financieras de posibles variaciones en los mercados internacionales y en las tasas de interés vigentes en el mundo, sobre todo cuando el préstamo se otorga por períodos extendidos. Debido a que estos componentes de validez internacional como LIBOR, EURIBOR o Prime Rate son un termómetro de las tasas de interés siendo cobradas en el mundo, la entidad financiera se asegura que si estas suben (y crece su propio costo de endeudamiento, entre otros factores) los préstamos que ésta cobre a sus clientes subirán en paralelo.

De lo contrario, si es que se diesen cambios en la economía que hiciesen que las tasas de interés suban, pero la entidad financiera estuviese sujeta a una tasa fija, podría darse el caso que el préstamo dejase de ser rentable para ella o que incurra en pérdidas. Así, es muy común en los préstamos modernos que se pacten tasas como LIBOR +4% o Prime Rate +4%, y de esa manera los acreedores se protejan de variaciones en los mercados financieros.

4. Según el cálculo de los intereses: en este caso, las partes podrán pactar que los intereses sean simples o que sean compuestos. En el primero de estos casos, los intereses se calculan únicamente sobre el monto de capital pendiente de pago, mientras que en el caso de los intereses compuestos los intereses se suman al monto de capital debido y luego se calculan los intere-

ses sobre el nuevo monto aumentado. Esta última forma, en la cual los intereses debidos se suman al capital para generar una nueva suma de capital sobre la cual se calculan nuevos intereses, es conocida como la capitalización de intereses.

Esta herramienta es de uso común en los mercados financieros internacionales y es de mucha utilidad para resolver distintas situaciones de financiamiento. Por ejemplo, es común que en proyectos en los que se utilizarán los flujos producidos por infraestructura futura para pagar el préstamo (por ejemplo si se otorga un préstamo para la construcción de un centro comercial, que luego se pagará con los arrendamientos pagados por las tiendas), se capitalicen los intereses generados durante la etapa de construcción cuando no existen flujos para pagar el préstamo y que luego empiece a pagar sobre el monto capitalizado cuando la infraestructura esté construida y genere rentas.

Sin embargo, en el Perú esta posibilidad ha tenido un inconveniente importante en la legislación nacional, pues la capitalización de intereses se encuentra prohibida en el artículo 1249 del Código Civil, que establece lo siguiente:

#### **Limitación al anatocismo**

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

Como se puede apreciar, el Código cuenta con una prohibición general respecto de la capitalización de intereses, con la salvedad que ello no cubre las cuentas mercantiles, bancarias o similares. En este



punto no se debe confundir a las cuentas mercantiles, bancarias o similares con cualquier actividad del sector financiero. Esta excepción está pensada para la apertura de cuentas de ahorro o cuentas corrientes por ahorristas en entidades financieras, que luego generan intereses, para que luego el nuevo monto que aparece en la cuenta sea el monto sobre el que se calculan los intereses al año siguiente. No es una licencia abierta del Código para que las entidades financieras practiquen la capitalización de intereses en sus operaciones activas.

Ahora bien, existe una excepción expresa a la prohibición señalada anteriormente en el artículo 1250 del Código Civil<sup>8</sup>, que admite la capitalización de intereses únicamente si se pacta de manera posterior, cuando ya exista un año de intereses debidos y pendientes de pago. Esta regulación está pensada para ayudar a un deudor en incumplimiento a reestructurar sus deudas, pero no sirve para la mayoría de financiamientos en los que es necesario que se pueda pactar la capitalización de intereses desde un inicio.

En ese sentido, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, actualmente en el mercado peruano se considera que las entidades financieras constituidas en el Perú sí pueden proceder con la capitalización de intereses. Esta posición se sustenta en la regulación establecida para el sector financiero por el Banco Central de Reserva en virtud de su Ley Orgánica y la Ley No. 26702 (la “Ley General del Sistema Financiero”). En ese sentido, el artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero dispone lo siguiente:

8 Artículo 1250.- Validez del convenio de capitalización de intereses. Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

#### **“Artículo 9.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS.**

Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. (...)” (resaltado agregado)

En adición a ello, el artículo 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva (“BCR”) dispone lo siguiente:

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

De acuerdo con estos artículos, las entidades del sistema financiero pueden establecer sus tasas de interés de forma libre y el BCR cuenta con la facultad de regular el establecimiento de tasas de interés y fijar tasas mínimas y máximas. Dicha facultad fue ejercida por el BCR mediante la emisión de la Circular No. 021-2007-BCRP del 28 de setiembre de 2007 (la “Circular”). En dicho instrumento, el BCR reguló las tasas de interés en las operaciones de las entidades del sistema financiero en moneda nacional y extranjera, en los siguientes términos:

#### 1. Operaciones activas y pasivas de las empresas del sistema financiero

*En cualquiera de sus modalidades, la tasa de interés convencional compensatorio se determina por la libre competencia en el mercado financiero y es expresada en términos efectivos anuales.*

La determinación por el BCR de que las tasas deben ser fijadas en términos efectivos anuales en las operaciones de las entidades financieras es fundamental para determinar la posibilidad de dichas entidades de capitalizar intereses. En efecto, una tasa efectiva anual es por definición una tasa de interés compuesta y, por tanto, en sí misma comprende como concepto la capitalización de intereses.

De esta manera, al establecerse que las entidades del sistema financiero nacional deben fijar sus tasas de interés en función a una tasa efectiva anual, la Circular, habilitada por la Ley Orgánica del BCR, crea una excepción a la prohibición general contenida en el artículo 1249 del Código Civil y permite que las entidades financieras peruanas otorguen préstamos capitalizando intereses a sus clientes.

Un punto fundamental a tener en consideración es que esta regulación es aplicable únicamente a las entidades financieras constituidas en el Perú. Para el caso de préstamos otorgados por entidades constituidas en el extranjero, si bien estas entidades pueden ser bancos en sus propios países de origen, a efectos del derecho peruano, no constituyen entidades financieras reguladas por el BCR y, por tanto, las disposiciones del mismo no le son aplicables. Por tanto, para dichas entidades, en la medida que la ley aplicable a los documentos de la transacción sea la ley peruana (incluyendo cualquier pagaré u otro título valor otorgado),

estarán sujetos a la norma que prohíbe la capitalización de intereses.

**5. Por la forma de pago de los intereses y la amortización del capital: en este punto, existen un gran número de pactos a los que pueden llegar las partes para el pago de intereses y la amortización de capital. Dos de los más comunes son los siguientes:**

- (a) Amortización y pago de intereses continua: esta es la forma más común y estándar de los préstamos, bajo la cual el prestatario cancela una suma correspondiente a intereses y una suma que corresponde al capital en cada cuota (mensual, trimestral, semestral, etc.). Así, con cada cuota se amortiza parte del capital pendiente de pago y se cancelan los intereses devengados hasta la culminación del plazo del préstamo.
- (b) El pago de un “Bullet” o “Balloon”: en este caso, las partes acuerdan que el deudor pagará únicamente los intereses que se generen sobre el capital desembolsado y que no amortizará nada del capital hasta que hubiera transcurrido el plazo determinado entre las partes. Al vencimiento de dicho plazo, el deudor estaría obligado a pagar el íntegro del capital en una sola cuota, para finalizar el préstamo. Esta última cuota es conocida como el bullet o el balloon payment.

En estos casos, es muy común que el deudor opte por la refinanciación del préstamo al momento de pagar el bullet. Al acercarse la última cuota, el prestatario negociará un segundo contrato de préstamo (con el mismo banco o uno diferente) con el cual pagar el bullet. Este segundo préstamo podrá ser también un préstamo bullet (y así repetirse el ciclo indefinidamente) o un préstamo con la amortización progresiva del capital.

### 3.2 La vigencia del contrato, el plazo del préstamo y los períodos de interés

Uno de los factores que afecta la determinación del interés es el plazo por el cual el préstamo se encontrará vigente, pudiendo estos variar desde préstamos de corto plazo (a 90 días por ejemplo) hasta préstamos de muy largo plazo (20 años), dependiendo de cada caso concreto. Mientras mayor sea el plazo del financiamiento, mayor es el riesgo asumido por la entidad financiera y, por tanto, mayor será la tasa de interés cobrada al prestatario.

A diferencia de otros contratos, el plazo pactado en el contrato de préstamo no marca la vigencia de los contratos de préstamo. En realidad, el plazo pactado marca únicamente el inicio y el fin del período de pago en el cual el prestatario debe cumplir con la cancelación de las cuotas correspondientes al interés y al capital debido a la entidad financiera.

En efecto, es común que el plazo no empiece a correr con la firma del contrato de préstamo, pues en la mayoría de los casos el desembolso no es realizado en dicho momento. Uno de los pactos más comunes es que el desembolso se encuentre sujeto a una serie de condiciones precedentes que deben ser cumplidas con posterioridad a la firma del contrato, que pueden consistir en una variedad de supuestos, tales como conseguir ciertas autorizaciones gubernamentales, constituir garantías, obtener consentimientos de terceros o adquirir o disponer de activos, según cada caso concreto. Solamente cuando se haya cumplido con dichas condiciones precedentes es que se activa la obligación de la entidad financiera de desembolsar y el derecho del prestatario a pedir el desembolso. Asimismo, dependiendo de cada caso concreto el plazo en el que se encuentren pendientes las condiciones precedentes puede ser de solo algunos días o hasta de varios meses, con lo cual

es incierto el momento en el que el plazo del contrato de préstamo verdaderamente comenzará a correr.

En segundo lugar, el contrato no culmina necesariamente con el vencimiento del plazo pactado entre las partes. Incluso si el prestatario cumple con el íntegro de las cuotas debidas, es común que con posterioridad al pago permanezcan siempre ciertas obligaciones de las partes, tales como el envío de liquidaciones y otras comunicaciones, el levantamiento de garantías y la suscripción de documentación adicional, antes de que el contrato culmine definitivamente entre las partes.

En ese sentido, el plazo de un contrato de préstamo sirve únicamente para determinar el período de pago, pero no así para la vigencia total del contrato. Es por ello que los contratos de préstamo ordinariamente establecerán que éstos se mantendrán vigentes hasta que el íntegro de las obligaciones establecidas bajo el mismo hayan sido cumplidas por las partes, sin perjuicio de lo cual habrá un plazo fijo, de pago, establecido entre las partes.

Además del plazo total del contrato de préstamo, no es inusual que las partes pacten el término de los llamados “períodos de interés,” es decir, el período sobre el cual se calcularán los intereses de cada cuota, sobre todo cuando se trata de préstamos sujetos a tasas de interés variables.

Por ejemplo, podría darse que un préstamo se otorgue a 5 años, con una tasa de interés de LIBOR + 4% y que cada cuota se pague trimestralmente en los días 30 de marzo, junio, setiembre y diciembre.

Para un préstamo así, no sería extraño que se regule un período de interés que comprenda (a) en el caso del primer período de interés el plazo entre la fecha de desembolso hasta la siguiente fecha de

pago (que sería el siguiente 30 de marzo, junio, setiembre o diciembre siguiente), pero excluyendo la propia fecha de pago, y (b) luego del primer período de interés, el período comenzando en la última fecha de pago y terminando, pero excluyendo, la siguiente fecha de pago.

De esta manera, las partes determinan específicamente qué días estarán comprendidos a efectos de la determinación de los intereses en cada fecha trimestral de pago, excluyendo la posibilidad de cualquier controversia sobre el plazo utilizado para el cálculo de los intereses en una cuota determinada. La lógica usual será que cada período de interés comprenderá la última fecha de pago y luego se extenderá por todos los días siguientes hasta la siguiente fecha de pago, pero excluyendo esta última, que se imputa al siguiente período de interés.

### 3.3 Los gastos y comisiones

En adición a los intereses a ser pagados por el prestatario, es común que las entidades financieras cobren montos adicionales a los prestatarios por concepto de comisiones o gastos. En ese sentido, las comisiones consisten en retribuciones por operaciones y servicios adicionales o complementarios a las operaciones contratadas por el prestatario, mientras que los gastos son costos que incurre la empresa con terceros por cuenta del prestatario, en relación al préstamo siendo otorgado<sup>9</sup>. Algunas de las

9 El artículo 9 de la Resolución SBS No. 8181-2012 define a las comisiones y gastos de la siguiente manera: "Artículo 9°.- Definición de comisiones y gastos Las comisiones y gastos se determinarán libremente de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley General: a. Las comisiones son retribuciones por operaciones o servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas por los usuarios, que hayan sido previamente acordados y efectivamente prestados por la empresa. b. Los gastos son costos por operaciones o servicios adicionales y/o complementarios a las operaciones contratadas, debidamente acreditados en que incurre la empresa con

comisiones más comunes cobradas en estos financiamientos son las siguientes:

- (i) Comisión de Estructuración: esta comisión es cobrada por la entidad financiera por el servicio de estructurar el financiamiento y crear un préstamo a la medida del prestatario. Es usualmente cobrada con el primer desembolso del préstamo.
- (ii) Comisión de Disponibilidad: en algunas ocasiones se pacta que el prestatario podrá solicitar múltiples desembolsos durante un período denominado el período de disponibilidad, hasta haber alcanzado el monto máximo del préstamo. En ese sentido, durante este período el prestatario tiene el derecho, pero no la obligación, de solicitar los desembolsos, mientras que la entidad financiera debe tener los montos siempre "disponibles" ante una solicitud del prestatario. En consecuencia, es común que las entidades financieras cobren una comisión de disponibilidad por tener montos a disposición del prestatario (y por tanto paralizados), a la espera que estos sean solicitados. En tal sentido, estas comisiones son usualmente calculadas como un porcentaje del monto que se encuentra a disposición del prestatario y se pagan de forma recurrente (mensual o trimestral).
- (iii) Comisión de Desembolso: esta es una comisión cobrada por el análisis realizado por el prestamista respecto de cada solicitud de desembolso, para el otorgamiento del mismo, particularmente la verificación que las condiciones precedentes se encuentran cumplidas. Usualmente es cobrada con el desembolso correspondiente.
- (iv) Comisión de pago anticipado: según explicamos anteriormente, en la mayoría de

terceros por cuenta del usuario que pueden ser trasladados al cliente, en caso así se establezca expresamente en los contratos respectivos."

los contratos de préstamo, el prestatario tendrá la posibilidad de solicitar el pago anticipado del capital debido. En estos casos, es común que las partes paguen una comisión por el ejercicio del derecho del prestatario de prepagar el préstamo, a fin de compensar al acreedor por la pérdida generada por este prepago.

- (v) Waiver fees: en ocasiones, los deudores solicitan condonaciones a ciertas obligaciones que han incumplido (falsedad en declaraciones, incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, condiciones precedentes necesarias para desembolsos). En estos casos, por el análisis de la condonación solicitada, las entidades financieras pueden cobrar una comisión, antes de otorgar la condonación solicitada.

### 3.4 La imputación de los pagos del prestatario

En cuanto a los pagos realizados por el prestatario, las partes usualmente regularán a qué deben imputarse los mismos. En ese sentido, la práctica estándar será que cualquier pago realizado por el prestatario se impute (i) al reembolso de gastos pendientes de pago; (ii) al pago de las comisiones establecidas en el contrato, (iii) al pago de intereses moratorios devengados no pagados; (iv) al pago de intereses compensatorios devengados pendientes de pago, y (v) al pago del capital de las cuotas vencidas del Préstamo.

El propósito de esta determinación es asegurar que los pagos realizados por el prestatario cancelen el capital pendiente de pago en último lugar, es decir, si es que previamente se han cancelado todos los montos debidos a la entidad financiera, por cualquier motivo, incluyendo gastos, comisiones e intereses. De lo contrario, sería posible que el deudor pudiera subvertir la lógica económica del préstamo, imputando sus pagos siempre al capital y de esa manera reduciendo el monto

sobre el cual se calculan los intereses, sin antes haber calculado los intereses ya devengados.

Cabe señalar que incluso sin un pacto entre las partes en este sentido, el legislador ha optado por la misma solución en el artículo 1257 del Código Civil, en el cual se establece lo siguiente:

#### **“Artículo 1257.- Orden de la imputación convencional**

Quien deba capital, gastos e intereses, no puede, sin el asentimiento del acreedor, aplicar el pago al capital antes que a los gastos, ni a éstos antes que a los intereses.”

De acuerdo con lo establecido en este dispositivo, salvo que se cuente con el consentimiento del acreedor, en ningún caso el deudor podrá imputar el pago realizado al capital, si es que previamente no ha pagado los intereses debidos, ni podrá tampoco imputar el pago a los intereses, si es que no se han pagado los gastos. En este caso, la práctica comercial y la legislación se encuentran alineadas, pues se mantiene la lógica que solamente cuando no existan deudas pendientes de pago entre el prestatario y el prestatario, podrá este último imputar algún pago realizado al capital debido.

### 3.5 El uso de los fondos

Una cláusula importante en los términos de los contratos de préstamo es el uso de los fondos. Dependiendo del caso concreto, las cláusulas de uso de los fondos pueden variar desde pactos sumamente específicos sobre qué puede hacer el prestatario con el préstamo desembolsado (como por ejemplo “pagar la factura No. 00001 emitida por Pesquera S.A. por la suma de US\$ 100,000), hasta redacciones genéricas como “usos corporativos generales”).

### 3.6 El pago anticipado del préstamo

En líneas generales los prestatarios quieren siempre tener la posibilidad de salir del préstamo de forma anticipada, pagando al prestamista el monto completo de capital debido hasta ese momento, lo cual se conoce como un pago anticipado o un “pre-pago”. Esto puede producirse porque el prestatario quiere refinanciar el financiamiento con otro préstamo a una tasa de interés más baja, porque buscan reducir pasivos de su balance o por cualquier otra razón. En estos casos, los contratos de préstamo regulan un procedimiento detallado por medio del cual el prestatario comunica su decisión de pagar el préstamo, el prestamista liquida los montos de intereses y capital debidos a la fecha en la que se realizará el pago anticipado y se coordina el desembolso a ser realizado por el deudor.

Desde la perspectiva de los bancos, el problema de un pago anticipado es que produce la pérdida de la ganancia esperada por el préstamo. Si es que este hubiera continuado su vida normal y se hubiera pagado puntualmente hasta el final, el prestamista hubiera producido una ganancia derivada del interés compensatorio generado en contra del prestatario en el plazo completo del contrato. Al pagar el capital de forma adelantada se está privando al prestamista de cobrar los intereses que se hubieran generado y, por ende, se produce un lucro cesante.

Asimismo, es posible que el prestamista tenga que incurrir en costos o daños derivados del pago anticipado por parte del prestatario (distintos del lucro cesante señalado anteriormente). Es común que, para ciertos financiamientos de mediana o gran escala, las entidades financieras tomen préstamos ellas mismas para realizar los desembolsos. Es decir, se prestan para prestar. Como es lógico, en estos casos los pagos realizados por

el prestatario hubieran sido utilizados para pagar el préstamo tomado por la entidad financiera, pero, a raíz del pago anticipado, el flujo a la entidad financiera se va a cortar con lo cual se quedaría con un financiamiento propio que no le es de ninguna utilidad.

Ello obliga a la entidad financiera a prepagar su propio préstamo con aquella persona o personas que le hayan prestado para financiar al prestatario. Puede pasar que, en los contratos celebrados con estos terceros, la entidad financiera haya asumido una obligación de pagar una penalidad o una comisión especial como sanción por el pago anticipado de los préstamos, lo cual supondría un daño derivado del pago anticipado realizado por el prestatario. Este tipo de costos o gastos son denominados como costos de rompimiento

Es por estos motivos que, en las cláusulas de pago anticipado, es muy común que se establezca que en caso se quiera llevar a cabo un prepago del préstamo, el prestatario (i) deberá pagar una comisión de prepago al prestamista, con el fin de compensar en parte por el lucro cesante derivado del pago anticipado, y (ii) que, de ser el caso, el prestatario deba cubrir los costos de rompimiento generados a la entidad financiera.

### IV. CONCLUSIONES

Las cláusulas señaladas anteriormente son algunos de los términos económicos más importantes que se negocian para la suscripción de los contratos de préstamo estructurados. Estas cláusulas son el corazón de este tipo de financiamientos y las demás cláusulas principales (las declaraciones y garantías, condiciones precedentes, obligaciones y eventos de incumplimiento) se redactan en función a estos términos económicos. En un trabajo posterior, trabajaremos en aquellas cláusulas y los términos en los que estas son redactadas, así como su función en los contratos de préstamo.