

Panamá, 20 de enero de 2003.

Su Excelencia

Temístocles Rosas

Viceministro Interior de Comercio e Industrias.

E. S. D.

Señor Viceministro:

Con la presente damos respuesta a su *consulta administrativa* numerada 915-02 por medio de la cual nos pregunta si es jurídicamente viable que las empresas dedicadas al negocio de financiamiento pacten aumentos de la tasa de interés en sus contratos de préstamos.

La consulta

Específicamente usted indaga sobre lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 217, numeral 5 de la Constitución Nacional, acudimos ante su digno despacho a fin de elevar consulta relacionada con la aplicación en interpretación de la Ley No.42 de 23 de julio de 2001 que regula las operaciones de las empresas financieras.

La consulta concreta es la siguiente:

¿Es legal que se pacte el aumento de intereses en los contratos de préstamos que celebran las empresas financieras?

La redacción de dicha cláusula en los respectivos contratos es la siguiente:

Cláusula: 'Queda convenido que el ACREEDOR; cuando se produzca un incremento en el costo de fondos, lo cual encarece el financiamiento, podrá unilateralmente y en forma proporcional, aumentar la tasa de interés estipulada en este contrato, siempre y cuando la misma no exceda del tipo

máximo de interés permitido a las financieras en la República de Panamá”.

El derecho aplicable.

De conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, la norma directamente aplicable a la situación por usted planteada es la Ley 42 de 2001¹, según ha sido modificada por la Ley 33 de 2002². Veamos:

En la Ley 42 de 2001.

“**Artículo 3.** Para los efectos de esta Ley, los siguientes términos se entienden así:

1. Consumidor o usuario de empresas financieras. Persona natural o jurídica que contrata, utiliza o, por cualquier otra causa, tenga algún derecho frente a las empresas financieras como resultado de la operación o servicio prestado.
...
2. Interés agregado. Método consistente en calcular los intereses del capital inicial prestado por el tiempo pactado y agregarlo al capital inicial.
3. Interés descontado. Método que consiste en calcular los intereses del capital prestado por el tiempo de financiamiento y descontar los intereses por adelantado.
4. Interés sobre saldo. Método consistente en calcular los intereses sobre saldo capital adeudado por el tiempo transcurrido.
5. Intereses. Suma o sumas que, en cualquier forma o bajo cualquier nombre, se cobren o se paguen por el uso del dinero.
6. Intereses no devengados. Suma descontada anticipadamente al prestatario por la empresa financiera, que es devuelta en caso de cancelarse el préstamo anticipadamente.
7. Método para el cálculo de los intereses. Fórmula mediante el cual se determina el monto de los intereses que se va a cobrar sobre un préstamo.
...”

“**Artículo 32.** Las empresas financieras podrán fijar libremente el monto de la tasa de Interés Nominal de sus operaciones y la Tasa de Interés Efectiva Aplicada calculada en la forma prevista en esta Ley, en su publicidad, cotizaciones y contratos de préstamos”.

¹ Publicada en la Gaceta Oficial 24, 353 de 26 de julio de 2001.

² Publicada en la Gaceta Oficial 24, 588 de 4 de julio de 2002.

En la Ley 33 de 2002.

- **El artículo 23 de la Ley 42 de 2001 luego de haber sido modificado por medio del artículo 2 de la Ley 33 de 26 de junio de 2002.**

“**Artículo 2.** El artículo 23 de la Ley 42 de 2001 queda así:

'**Artículo 23.** Las empresas financieras deberá entregar al solicitante un documento que contenga las condiciones generales ofrecidas para la formalización de la transacción. Dicho documento deberá ser firmado por personal autorizado de la empresa financiera y deberá contener, por lo menos, la siguiente información:

1. Suma que recibirá la persona solicitante antes de cancelaciones y refinanciamientos.
2. Comisión de gastos cobrados y retenidos para sí
3. Comisión y gastos cobrados y destinados a terceros.
4. Sobretasa destinada al Fondo Especial de Compensación de Intereses (FECI), cuando aplique
5. Gatos notariales, de registro y las primas de seguro, si fuera el caso.
6. Interés que corresponde y modo de cálculo.
7. Monto total de la obligación.
8. Detalle de las deudas del solicitante, que la empresa financiera cancelará directamente al acreedor o acreedores, cuando sea el caso.
9. Suma recibida por la persona solicitante después de cancelaciones y refinanciamientos.
10. Número y cuantía de los pagos que se van a efectuar.
11. Tasa de Interés Efectiva aplicada.
12. Periodo de vigencia del documento” .

- **El artículo 25 de la Ley 42 de 2001 luego de la modificación que ha sufrido por conducto del artículo 3 de la Ley 33 de 26 de junio de 2002.**

“**Artículo 3.** El artículo 25 de la Ley 42 de 2001 queda así:

'**Artículo 25.** Las operaciones de financiamiento que realicen las personas naturales o jurídicas sujetas a la presente Ley, deberán constar por escrito y el respectivo contrato deberá contener, por lo menos, las siguientes informaciones, sin dejar espacios en blanco que puedan ser llenados con posterioridad.

1. Lugar y fecha de transacción.
2. Identificación precisa de las partes, el domicilio legal de cada una de ellas y los números de teléfonos si los tuvieren.
3. Plazo y tasa de interés nominal aplicable.

4. Numero de pagos, periodicidad, cuantía y fecha en que deberán efectuarse por el deudor.
5. Método de cálculo de los intereses que se va a aplicar.
6. Método de cálculo de devolución de intereses por cancelación anticipada, dependiendo del método de cálculo de intereses utilizado.
7. Suma que recibirá el deudor antes de cancelaciones y refinanciamientos.
8. Monto de los gastos y comisiones cobrados y retenidos para sí.
9. Monto de los gastos y comisiones cobrados y destinados a terceros.
10. Monto del interés.
11. Monto total de la obligación.
12. Detalle de las sumas pagadas a terceros, por autorización o instrucción del deudor.
13. Suma neta recibida por el deudor después de cancelaciones y refinanciamientos.
14. Tasa de Interés Efectiva aplicable.
15. Porcentaje de recargo por mora.
16. Aceptación expresa, por parte del deudor, de las condiciones y términos del contrato”.

- **El artículo 4 de la Ley 33 de 26 de junio de 2002, ha ordenado la adición del artículo 25 A a la Ley 42 de 2001.**

“**Artículo 4.** Se adiciona el artículo 25 A a la Ley 42 de 2001, así:

'**Artículo 25 A.-** En la estructuración de los contratos de préstamos, no se permitirá la aplicación de métodos en los que, directa o indirectamente, capitalicen los intereses.

Queda expresamente prohibido el cobro de intereses sobre intereses”.

- **El artículo 5 de la Ley 33 de 26 de junio de 2002, ha ordenado la adición del artículo 27 A a la Ley 42 de 2001.**

“**Artículo 5.-** Se adiciona el artículo 27 a la ley 42 de 2001, así:

'**Artículo 27 A.-** Las empresas financieras deberán proporcionar al prestatario que lo solicite, al momento de realizar algún pago, un recibo en el que debe quedar claramente especificado el pago de la amortización del capital y los intereses, así como el saldo pendiente, de acuerdo con el método de cálculo del interés pactado en el contrato”.

- **El artículo 30 de la Ley 42 de 2002 según ha sido modificado por medio del artículo 6 de la Ley 33 de 26 de junio de 2002.**

“**Artículo 6.-** El artículo 30 de la Ley 42 de 2001 quedará así:

'Artículo 30. Independientemente del cálculo utilizado, en el contrato de préstamo deberá señalarse la Tasa de Interés Efectiva aplicada. Se considera Tasa de Interés Efectiva aquella que representa el costo de uso del dinero expresado en forma anualizada que debe pagar el prestatario a la financiera en concepto de interés, más cualquier suma requerida por la empresa financiera, considerando el valor del dinero en el tiempo.

La Tasa de Interés Efectiva será calculada como una tasa interna de retorno de los flujos del préstamo, los cuales incluyen todas las sumas cobradas al préstamo que constituyen interés, de conformidad con el numeral 8 del artículo 3 de esta Ley.

Para este cálculo se realizarán sucesivas iteraciones hasta que el valor presente neto del flujo de efectivo del préstamo sea igual a cero o, dicho de otra manera, sucesivas iteraciones hasta obtener una tasa que iguale a cero el valor presente neto del flujo de efectivo del préstamo”.

En la Ley 29 de 1996³.

“**Artículo 30. Función estatal.** Son funciones esenciales del Estado:

1. Velar porque los bienes que se venden y los servicios que se prestan en el mercado cumplan las normas de calidad, salud, seguridad y ambiente;
2. Formular programas de educación, orientación e información al consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas de consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus deberes y derechos;
3. Garantizar el acceso a mecanismos efectivos y ágiles de tutela administrativa y judicial, para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores;
4. Hacer cumplir las normas industriales, técnicas de calidad y de salud humana y animal, universalmente aceptadas, las cuales serán adoptadas por la Comisión Panameña de Normas Industriales y Técnicas y por las autoridades sanitarias respectivas;
5. Hacer cumplir las normas de metrología;
6. Fomentar y reglamentar la creación de asociaciones de consumidores organizados;
7. Garantizar a los consumidores los derechos universalmente aceptados;
8. Verificar si existe un adecuado abastecimiento de los bienes y servicios de primera necesidad”.

“**Artículo 62.** Nulidad absoluta de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Son abusivas y absolutamente nulas las condiciones generales de los contratos de adhesión que:

³ Ley N° 29 de 1 de febrero de 1996, publicada en la Gaceta Oficial N° 22.966 de 3 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas.

1. Restrinjan los derechos del adherente o consumidor aunque tal circunstancia no se desprenda claramente del texto;
2. Limiten o extingan la obligación a cargo del otorgante o proveedor;
3. Favorezcan excesiva o desproporcionalmente la posición contractual de la parte otorgante o proveedor, e importe renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor;
4. Exoneren o limiten la responsabilidad del otorgante o proveedor por daños corporales, incumplimiento o mora;
5. Faculten al otorgante o proveedor para unilateralmente, rescindir el contrato, modificar sus condiciones, suspender su ejecución, revocar o limitar cualquier derecho del adherente o consumidor, nacido del contrato, excepto cuando la rescisión, modificación, suspensión, revocación o limitación esté condicionada a incumplimiento imputable al último;
6. Obliguen al adherente o consumidor a la renuncia anticipada de cualquier derecho fundado en el contrato;
7. Impliquen renuncia por parte del adherente o consumidor de las acciones procesales, términos y notificaciones personales, contemplados en el Código Judicial o en leyes especiales;
8. Sean ilegibles;
9. Estén redactadas en idioma distinto del español”.

Interpretación del derecho aplicable.

Desde nuestro punto de vista, está claro de la simple lectura del artículo 32 de la Ley 42 de 23 de junio de 2001, que las partes en el contrato de préstamo de dinero, como medio de financiación privada, pueden libremente pactar el monto de las tasas de interés. Sin embargo, las empresas de financiamiento podrán fijar en su publicidad, cotizaciones o en los propios contratos, el monto de la Tasa de Interés Nominal y la Tasa de Interés Efectiva Aplicada.

Esta facultad es la consecuencia de ser el contrato de préstamo para la financiación, un contrato de adhesión; el cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 29 de 1996, es aquel acuerdo de voluntades cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar.

Ahora bien con todo y la aparente pasividad con que el ordenamiento permite la libre fijación de parte de las empresas financieras de la tasa de interés nominal y efectiva aplicable, recordemos que esta facultad debe regirse por los métodos y fórmulas de cálculo establecidas en la propia Ley 42 de 2001.

Estas fórmulas o métodos (métodos de cálculo), a la luz del artículo 29 de la Ley 42 de 2001, son por descontado, agregado o por adelantado, si se trata de

préstamos con plazos menores o iguales a 26 meses; o agregado, o por adelantado si se trata de préstamos con plazos mayores a 26 meses.

Con todo y el método que se deba aplicar, es obligación de la empresa financiera, indicarle al beneficiario del préstamo cual es la Tasa de Interés Efectiva. Es decir aquella relación económica representa el costo de uso del dinero expresado en forma anualizada que debe pagar el prestatario a la financiera en concepto de interés, más cualquier suma requerida por la empresa financiera, considerando el valor del dinero en el tiempo.

¿Por qué es importante que el prestatario tenga pleno conocimiento del método de cálculo de los intereses?

Es regla fundamental del derecho que las partes en un contrato conozcan con plena claridad el contenido de las obligaciones que suscriben. Y en el caso de los intereses, es una condición esencial del contrato de préstamo que el prestatario conozca la cantidad exacta que le cobrará por el uso del dinero de la empresa de financiación, y así en cierta forma prevenir la usura y el abuso del derecho como los que constituyen lo oneroso de las prestaciones, la teoría del riesgo, el enriquecimiento ilícito, la buena fe objetiva, la finalidad objetiva del contrato, la lesión enorme, la equidad, la teoría de la imprevisión, la corresponsabilidad de los acreedores.

Una de las formas más concretas de vislumbrar esta concepción de los principios mencionados del derecho común, lo es, lo dispuesto en el artículo 4 de la recientemente estrenada Ley 33 de 2002, en la que se prohíbe el "anatocismo", o sea la escalada de intereses sobre intereses que se suman al capital.

Respuesta concreta.

Por todo lo expresado, le contestamos afirmando que de conformidad con el artículo 32 de la Ley No.42 de 23 de julio de 2001, que regula las operaciones de las empresas financieras; sí es legal que se pacte el aumento de intereses en los contratos de préstamos que se celebren con las empresas financieras en los términos analizados.

Ello sin violar derechos y principios generales del derecho tales como el abuso del derecho en lo excesivamente oneroso de las prestaciones reconocidas, la teoría del riesgo, la necesaria equivalencia de las prestaciones, la buena fe objetiva, la equidad, entre las partes, etc.

Valga mencionar que según el artículo 30 de la Ley 29 de 1996, es deber de toda entidad pública garantizar a los consumidores los derechos universalmente aceptados. Y en todo caso, desde la inteligencia del artículo 62

de la misma Ley 29, el hecho que un contrato de adhesión, como lo es este tipo de contrato de préstamo, favorezca en exceso la posición contractual de la parte otorgante, no implica renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor, pues podría involucrar la nulidad absoluta de ese tipo de contrato.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procurado de la Administración.

AMdeF/15/hf.