UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

ESCUELA DE PREGRADO

NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE AUTORIZAN LA COMPENSACIÓN BANCARIA SOBRE CUENTAS SUELDO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL E INTANGIBILIDAD DE LAS REMUNERACIONES EN EL PERÚ

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. Xiomara Darlene Del Rio Chevarría

ASESOR

Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIÉRREZ

Huaraz – Perú
2017

Agradecimiento

A mi AsesoraFany Soledad Vera Gutiérrez, por su valioso aporte académico en la elaboración de esta Tesis.
A mis docentes, por motivarme día a día a seguir esta apasionante carrera.
A mi familia, por el apoyo incondicional en el transcurso de mi formación profesional.

Xiomara Darlene.

Dedicatoria:

A Dios todopoderoso, por su infinito amor.
A mi querida madre Joyce Chevarría Llerena, a cuyo esfuerzo y valentía de mujer debo todo cuanto soy.
A mi familia y amigos, siempre alegres y resueltos conmigo.

Xiomara Darlene.

INDICE

Pgs.

Resumen.....vi

Abstract.....viii

Introducción.....01

CAPITULO I. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.....03

1.2. Formulación del problema.....05

1.2.1. Problema general.....05

1.2.2. Problemas específicos.....05

1.3. Importancia de la investigación.....05

1.4. Justificación y viabilidad.....06

1.4.1. Justificación teórica.....07

1.4.2. Justificación practica.....08

1.4.4. Justificación metodológica.....08

1.4.5. Viabilidad.....08

1.5. Formulación de Objetivos.....09

1.5.1. Objetivo general.....09

1.5.2. Objetivos específicos.....09

1.6. Hipótesis.....09

CAPITULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....11

2.2. Bases teóricas.....14

2.3. Definición de términos.....78

CAPITULO III. RESULTADOS

3.1. Resultados doctrinarios.....82

3.2. Resultados jurisprudenciales.....84

3.3. Resultados normativos.....88

CAPITULO IV. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general.....91

4.2. Validación de las hipótesis especificas.....94

V. CONCLUSIONES.....99

VI.RECOMENDACIONES.....101

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....102

RESUMEN

La presente investigación jurídica está referida al tema de la compensación bancaria sobre todo tipo de cuentas, incluyendo las que contienen fondos remunerativos, establecida como cláusula general en los contratos de otorgamiento de préstamos crediticios y los de apertura de cuentas.

En este entendido, y a efectos de verificar la validez de una práctica cuya utilización por parte de las entidades bancarias, en la actualidad, se ha hecho cada vez más frecuente, en la presente tesis se realiza un análisis, desde una perspectiva panorámica, de las interrelaciones que se producen entre figuras o fenómenos jurídicos vinculados con: la compensación como forma de extinción de obligaciones y la limitación que para su aplicación la ley establece, la remuneración como derecho fundamental, la intangibilidad e irrenunciabilidad de derechos contenidos en normas de carácter imperativo, así como la autonomía privada y su principio rector, cual es la libertad contractual. Aunado a ello, se verifican los alcances generales de las posiciones encontradas respecto de la compensación bancaria sobre la remuneración del trabajador; y de qué forma dichas posturas finalmente han sido asumidas por el Tribunal de Indecopi, en pronunciamientos dictados sucesivamente, pero asumiendo criterios completamente diferentes.

Los resultados principales de la investigación realizada, radican en el conocimiento real de las arbitrariedades contractuales que cometen quienes ostentan en su poder la redacción de un tipo de cláusula abusiva usualmente empleada por entidades bancarias, así como la adopción del Principio de Autonomía Privada de la Voluntad y su principio rector cual es la Libertad Contractual, como punto de partida para concluir que, si bien las partes contratantes tienen derecho de poder fijar o determinar ellas, y solo ellas, libre y voluntariamente también, el contenido del contrato que ya han decidido celebrar previamente ejerciendo la libertad de contratar; cuando lo suscrito por las partes deriva en una desigualdad o injusticia contractual, producida por la desigualdad económica de las partes del contrato, se exige que jurídicamente, en el mercado, sea necesaria la corrección de esta injusticia por parte del Estado, traducida en una declaratoria de nulidad de prácticas abusivas.

El propósito de la presente investigación, es mejorar las condiciones para el consumidor o parte débil de la contratación, en casos en que el abuso de poder económico de entidades bancarias y tecnicismo operacional, los inhibe de poder hacer prevalecer sus derechos y decidir sobre la base de una real libertad contractual, contando también para ello, con un intervencionismo estatal moderado y no imponente. La presente tesis revalora a los derechos denominados de los consumidores, para acercarnos más a la humanización del contrato en un contexto económico como el actual.

Las técnicas empleadas para la investigación cuyo tipo es dogmático, han sido básicamente las documentales, a partir de la recopilación de bibliografía nacional e internacional al respecto del tema, a efectos de construir un andamiaje de la información elemental, mientras que los instrumentos empleados para el propósito de dicha recopilación, han sido las fichas bibliográficas, textuales, de resumen y de análisis.

Palabras clave: asimetría informativa, cláusulas abusivas, compensación bancaria, injusticia contractual, intervencionismo estatal, libertad contractual, relación de consumo, remuneración, nulidad.

ABSTRACT

The present legal investigation is related to the issue of bank compensation on all types of accounts, including those that contain remunerative funds, established as a general clause in credit granting agreements and those for theopening of accounts.

In this understanding, and in order to verify the validity of a practice whose use by banking entities, at present, has become more and more frequent, in this thesis an analysis is made, from a panoramic perspective, of the interrelationships that occur between figures or legal phenomena linked to: compensation as a form of extinction of obligations and the limitation that the law establishes for its application, remuneration as a fundamental right, the intangibility and inalienable rights contained in mandatory regulations, as well as private autonomy and its guiding principle, which is contractual freedom. In addition to this, the general scope of the positions found with respect to the banking compensation on the worker's remuneration is verified; and in what way these positions have finally been assumed by the Indecopi Tribunal, in pronouncements dictated successively, but assuming completely different criteria.

The main results of the research carried out, lie in the real knowledge of contractual arbitrariness committed by those who hold the wording of a type of abusive clause usually used by banks, as well as the adoption of the Principle of Private Autonomy of the Will and its guiding principle which is the Contractual Freedom, as a starting point to conclude that, although the contracting parties have the right to be able to determine or determine them, and only they, freely and voluntarily also, the content of the contract that they have already decided to celebrate previously exercising the freedom to contract; when the contract signed by the parties results in an inequality or contractual injustice, produced by the economic inequality of the parties to the contract, it is required that legally, in the market, the correction of this injustice by the State, translated into a declaration, be necessary of nullity of abusivepractices.

The purpose of the present investigation is to improve the conditions for the consumer or weak part of the hiring, in cases in which the abuse of economic power of banking entities and operational technicality, inhibits them from being able to prevail

their rights and decide on the basis of a real contractual freedom, counting also for it, with a moderate and not imposing state interventionism. This thesis revalues the rights of consumers, to get closer to the humanization of the contract in an economic context likethecurrentone.

The techniques used for research whose type is dogmatic, have been basically documentary, from the collection of national and international literature on the subject, in order to build a scaffolding of elementary information, while the instruments used for the The purpose of this compilation has been the bibliographic, textual, summary and analysissheets.

Key words: information alasymmetry, abusive clauses, bank compensation, contractual injustice, state interventionism, contractual freedom, consumption relationship, remuneration, nullity.

INTRODUCCIÓN

La tutela efectiva de los derechos de los consumidores frente a la contratación predispuesta, surgida por la masificación de bienes y servicios, y los desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de información y poder de negociación de los primeros; son temas de gran preocupación en el mundo de la investigación jurídica por estos últimos tiempos.

Con el propósito de contribuir al esclarecimiento de esta problemática, la presente tesis se ha centrado en analizar uno de los tantos supuestos en los que esta tutela jurídica se ve seriamente comprometida. Es el caso de las cláusulas establecidas en los contratos de préstamos crediticios y apertura de cuentas, a través de las cuales el cliente financiero - consumidor, autoriza que un crédito o deuda pueda ser compensado con cualquier tipo de cuenta de ahorro, corriente u otra denominación, que tenga en la misma entidad prestamista, aun cuando los fondos de estas cuentas sean de naturaleza remunerativa.

Así las cosas, y siguiendo la metodología científica, el Primer Capítulo se ocupa del planteamiento del estudio, en el que cual se ha formulado el problema general y los problemas específicos, y se ha detallado la importancia, justificación, objetivos e hipótesis de la presente investigación.

El segundo capítulo, por su parte, desarrolla los antecedentes relacionados con el tema de la investigación, definición de términos y bases teóricas. Para este último punto, se analiza una serie de figuras jurídicas y conceptos teóricos que coadyuvarán a la validación de las hipótesis formuladas, cuales son: la compensación bancaria y sus limitaciones, la remuneración como derecho constitucional de carácter intangible e irrenunciable, la libertad contractual como principio rector de la autonomía privada, la contratación predispuesta, las cláusulas leoninas o abusivas, y las acciones del Estado en relación con la defensa y protección de los derechos de los consumidores frente a prácticas abusivas.

En el tercer capítulo se estudian los resultados obtenidos, tanto a nivel doctrinario, como normativo y jurisprudencial, mientras que el cuarto, está destinado a la validación de cada una de las hipótesis generales y específicas.

Finalmente, en las conclusiones se logra arribar a determinadas posiciones que van a ser defendidas en la sustentación de la presente tesis.

Tanto la bibliografía nacional como la extranjera y el análisis de la casuística más relevante sobre el tema, ha permitido formar un cúmulo de conocimientos que traen en su esencia análisis con sustento teórico, encaminado todo ello hacia la defensa y protección de los derechos y principios del consumidor.

LA TESISTA.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la actualidad, la posibilidad de que en el Perú entidades bancarias puedan compensar deudas de sus clientes utilizando fondos disponibles en cuentas que corresponden a estos últimos, provenientes de depósitos realizados por sus empleadores por concepto de remuneraciones; genera que se adopten posiciones en favor y en contra, que desencadenan en interminables debates al respecto.

Así pues, un sector considerable propugna que la compensación, como una forma de extinción de obligaciones, no puede, en ningún contexto, ser aplicada afectando la remuneración, reconocida como derecho fundamental por su naturaleza contraprestativa y alimentaria.

El principal argumento que se defiende en este sector, es pues, que las cuentas en que se depositan los haberes mensuales de un trabajador, bajo la interpretación sistemática del Artículo 24° de la Constitución Política del Estado, parte *in fine* del Artículo 132° de la Ley General del Sistema Financiero e inciso 6) del Artículo 648° del Código Procesal Civil, deben ser consideradas exentas de cualquier tipo de operación económica que tienda a limitar su cobro efectivo. En consecuencia, el establecimiento de cláusulas pre-redactadas por parte de entidades financieras, con la objetivo final de desconocer la condición intangible de la remuneración, autorizando que cuotas impagas derivadas de créditos otorgados, se extingan con fondos de la naturaleza bajo comento, en definitiva, no pueden ser consideradas como expresión de la libertad contractual, al ser una práctica abusiva desplegada por entidades cuya posición dominante en la contratación, inhibe al consumidor de priorizar derechos que le han sido reconocidos por normas imperativas, sobre necesidades económicas urgentes de satisfacer.

De otra parte, y opuesto a la posición antes referida, existe también un sector significativo que sostiene el argumento de que si el ejercicio del derecho de compensación de las entidades bancarias sobre cualquier tipo de cuentas con inclusión

de las que contienen remuneraciones, ha sido autorizado por el mismo titular (cliente – trabajador), no existen razones válidas, ni norma legal que impida su procedencia. Pensar lo contrario, alegan, implicaría no solo un grave perjuicio al normal desenvolvimiento del Sistema Financiero en el Perú, sino también un serio atentado a la libertad contractual, entendida esta como la capacidad para decidir sobre las propias relaciones jurídicas, sin mayor limitación, ni injerencia estatal.

Lo importante del caso, es que justamente es este último el criterio que ha sido asumido por el Tribunal de Indecopi, ente administrativo estatal que cambiando radicalmente el razonamiento desarrollado en la Resolución N.° 0199-2010/SC2-Indecopi; emitió la Resolución N.° 3448-2011/SC2-Indecopi, dejando la puerta abierta para que en la posteridad, se generen situaciones sumamente inconvenientes, que en su conjunto, evidencian la necesidad de una mayor protección al consumidor por parte del Estado frente a contrataciones con cláusulas abusivas, protección cuya concretización en el caso que nos ocupa, importa una correcta interpretación de conceptos claves como los de la libertad contractual e intangibilidad de las remuneraciones, en aras de evaluar la validez de prácticas usualmente empleadas por la parte dominante en la relación contractual y fomentar un equilibrio sustancial en esta.

Ahora bien, para la realización de la presente investigación, la tecnología de la información ha permitido construir un andamiaje de conocimiento alrededor de los fenómenos jurídicos bajo análisis e incluso profundizar temas afines y conexos a los mismos, lo cual se estima que será de gran utilidad a la colectividad académica inmersa en el tema. Se ha partido pues del estudio de un caso particular, cual es el establecimiento de cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas de cualquier tipo de cuentas - incluyendo las denominadas cuentas sueldo-, en contratos de otorgamiento de préstamos crediticios y apertura de cuentas; a efectos de detectar situaciones a abuso por parte de entidades bancarias e inercia del Estado (en específico de Tribunal de Indecopi como máximo defensor de los derechos del consumidor) frente a las mismas. Así como verificar la validez o nulidad de este tipo de prácticas, desde la perspectiva del acto jurídico y sus componentes.

Por estas consideraciones, el problema de la presente investigación se ha planteado en los siguientes términos:

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Adolecen de nulidad las cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, por afectar el principio de libertad contractual y el carácter intangible de las remuneraciones?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- ¿El último criterio asumido por el Tribunal de Indecopi frente a las cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, es favorable a la protección del principio de libertad contractual y carácter intangible de las remuneraciones?

- ¿Cuál es el principal efecto que acarrea el establecimiento de cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, desde la perspectiva de las entidades bancarias?

1.3. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

En un contexto en cual subsisten inconciliables posiciones a nivel doctrinario y jurisprudencial; resulta de gran importancia analizar, desde el enfoque que mejor defienda los derechos, si adolecen de nulidad aquellas cláusulas pre - establecidas por una entidad bancaria sin intervención de la otra parte contratante, que terminar por autorizar la compensación sobre cuentas sueldo, o si son válidas por ser manifestación de la voluntad del firmante.

Por tal motivo, responder a las interrogantes planteadas como problemas se torna sumamente relevante, en tanto, incide sobre fenómenos jurídicos cuyo estudio debe ser lo más objetivo posible, tales como la libertad contractual, como principio rector de la autonomía privada, y el carácter intangible de la remuneración, reconocido como tal por ser esta última un derecho fundamental dada su naturaleza primordialmente alimentaria.

Aunado a ello, resulta importante indagar si el problema que es sustento de la presente investigación, ha sido correctamente tratado por el defensor máximo de los derechos de los consumidores, cual es el Tribunal de Indecopi, o si sus

pronunciamientos más bien han generado dificultades de interpretación en perjuicio del carácter intangible de las remuneraciones, y de los principios de libertad y buena fe contractual. Finalmente, se hace también necesario ahondar cuales son los principales efectos que trae consigo el establecimiento unilateral de las cláusulas con un contenido como el referido en líneas previas, y si estos influyen en crear un escenario perjudicial al equilibrio contractual.

En síntesis, se pretende, pues, partiendo del análisis de diversas posturas asumidas al respecto del tema, tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia, efectuar una evaluación que no se encuentre aislada de la realidad actual, sino por el contrario, coadyuve a que la misma sea percibida desde la óptima más favorable a los derechos del consumidor frente a un supuesto específico de las cada vez más frecuentes, contrataciones predispuestas o masivas.

1.4. JUSTIFICACIÓN Y VIABILIDAD

La razón de ser de la presente investigación, radica en un carente desarrollo de investigaciones jurídico - doctrinarias enfocadas en evidenciar que si bien es cierto en aplicación del Artículo 132° de la Ley General del Sistema Financiero (Ley N.° 26702), las entidades bancarias se encuentran facultadas de aplicar la figura de la compensación como una forma de extinguir obligaciones impagas de sus clientes; esta facultad debe ser interpretada en observancia de las normas imperativas que reconocen límites en la afectación de la remuneración y considerando las características que le son inherentes a dicho concepto, tales como la intangilibilidad y naturaleza contraprestativa y alimentaria.

Ello se traduce pues, en abusos y excesos por parte de las entidades financieras en el país, las cuales al pre -redactar unilateralmente contenidos contractuales de naturaleza como la tantas veces comentada, producen un desequilibrio en la relación de las partes firmantes, en la medida que fomentan, so pretexto de una interpretación errada del principio de libertad contractual, la renuncia o restricción del derecho a la remuneración suficiente por parte de los clientes firmantes de contratos de otorgamiento de préstamos crediticios, pese a que dicho derecho por su carácter de fundamental, no resulta disponible, renunciable y/o negociable.

La problemática se acrecienta aún más, cuando vemos que pese a lo arbitrario de este tipo de contenidos contractuales, el Tribunal de Indecopi, como principal defensor de los derechos del consumidor, lejos cumplir su rol protector y de frenar abusos, en cierta forma los justifica, pues cambiando el criterio asumido en la Resolución N.° 0199-2010/SC2-Indecopi; emitió la Resolución N.° 3448-2011/SC2-Indecopi, estableciendo que la aceptación de cláusulas establecidas en los contratos de otorgamiento financiero, a través de las cuales el cliente autoriza la aplicación de la figura de compensación bancaria sobre cualquier tipo de cuentas, con inclusión de aquellas en que se depositan remuneraciones, son expresión de la libertad contractual de las partes.

Es en mérito de este escenario que el Ordenamiento Jurídico nacional debería contar con instituciones con facultades no sólo de naturaleza resolutiva en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, en la actualidad, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores en el caso que da lugar a la presente investigación, se encuentra limitado en sus funciones y facultades, por la razón de que pese a ser afectados con prácticas abusivas, como lo es que deudas pendientes sean compensadas con fondos correspondientes a cuentas sueldo, poco o nada obtienen por concepto de resarcimiento de su daño. Y justamente es este panorama el que debería conducirnos a proponer un sistema integral basado en una tutela integral y una justicia específica al alcance de la población; pero ello solo es posible, comprendiendo bien conceptos importantísimos como lo son el principio de libertad contractual, la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por normas imperativas y el necesario intervencionismo estatal como herramienta para alcanzar el equilibrio contractual, cuyo estudio es justificación principal de la presente investigación.

1.4.1. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

A nivel teórico la presente investigación se justifica en el hecho de que no existe abundante literatura al respecto de las cláusulas abusivas y la protección ante el establecimiento de las mismas. Además, porque presenta el estado de desarrollo de las posiciones doctrinarias en el ámbito nacional y extranjero, así como la respectiva legislación. La hipótesis principal se centra en sostener que contratos en los cuales se establezca como una forma de extinción de obligaciones, la compensación sobre cualquier tipo de cuentas, con inclusión de las denominadas cuentas sueldo; son nulas de pleno de derecho por representar un serio atentado no

solo a la intangibilidad de las remuneraciones, sino a la propia libertad contractual por el contexto en el cual son suscritos. El valor teórico, por tanto, radica en que esta tesis contribuye a incrementar la bibliografía disponible sobre cláusulas generales de contratación del tipo comentado y los derechos de los consumidores afectados por aquellas; además de que se adentra en la esencia de importantes figuras jurídicas, para desentrañar su naturaleza jurídica y el rol frente a la sociedad.

1.4.2. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

Con los resultados de la presente investigación, se pretende mejorar las condiciones para el consumidor o parte débil de la contratación, en casos en que el abuso de poder económico de entidades bancarias y tecnicismo operacional, los inhibe de poder hacer prevalecer sus derechos y decidir sobre la base de una real libertad contractual, contando también para ello, con un intervencionismo estatal moderado y no imponente. Esto es de gran importancia para la sociedad peruana, porque facilita la convivencia armónica en un país con un sistema de economía social de mercado que, enmarca en la competencia empresarial, un mundo de capitales, de nuevos mercados; pero sin dejar de lado al otro protagonista de las relaciones contractuales, que es el consumidor. La presente tesis revalora a los derechos denominados de los consumidores, para acercarnos más a la humanización del contrato en un contexto económico como el actual.

1.4.3. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Este trabajo posee utilidad metodológica debido al esfuerzo por la aplicación *in strictu* de la metodología teórica - dogmática de la investigación, que ha servido como pauta y guía en el desarrollo de la tesis y sin el cual no se hubiese podido tener nociones elementales para su elaboración.

1.4.6. VIABILIDAD

- **Bibliográfica:** Se contó con acceso a fuentes de información tanto bibliográficas, así como virtuales, para construir un andamiaje de información relevante.

- **Económica:** Se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos que generó la investigación.
- **Temporal:** La investigación se ejecutó desde el mes de julio hasta el mes de diciembre de 2017.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Los objetivos que nos han orientado en la presente investigación han sido los siguientes:

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar, desde una perspectiva legal y constitucional, si las cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, adolecen de nulidad, por afectar el principio de libertad contractual y el carácter intangible de las remuneraciones.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a. Determinar si el último criterio acogido por el Tribunal de Indecopi al pronunciarse respecto a las cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, cumple el rol protector del principio de libertad contractual y carácter intangible de las remuneraciones.

b. Identificar el principal efecto que acarrea la aceptación de cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, desde la perspectiva de las entidades financieras.

1.6. HIPÓTESIS

1.6.1. HIPÓTESIS GENERAL

Las cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo; adolecen de nulidad, al afectar gravosa y perjudicialmente el principio de libertad

contractual y el carácter intangible de las remuneraciones, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil.

1.6.2. HIPÓTESIS ESPECIFICAS

a. El último criterio asumido por el Tribunal de Indecopi frente las cláusulas contractuales que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, no es favorable a la protección del principio de libertad contractual y carácter intangible de las remuneraciones; en tanto, lejos de cuestionar esta mala práctica, avala su legalidad.

b. El establecimiento de cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, apareja como principal efecto desde la perspectiva de las entidades financieras, un ejercicio abusivo del derecho, el cual genera un escenario perjudicial a la parte más débil en la relación contractual.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Aunque no precisamente relacionado con la nulidad de cláusulas abusivas que autorizan la compensación bancaria, existe un antecedente que guarda vinculación con la última figura jurídica bajo referencia. Se trata de la investigación realizada por Juan Carlos Rodríguez Vásquez en el año 2013, titulada: *"Intangibilidad, inembargabilidad y naturaleza alimentaria de la remuneración frente al derecho de compensación bancaria"*[1] (tesis para optar el título de abogado de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo); en la cual, a través de una investigación eminentemente dogmática, arriba a la conclusión de que si bien los bancos pueden invocar la figura de la compensación, dicha operación no puede apartarse de los límites que la ley ha establecido respecto a la intangibilidad del haber mensual y las características propias del mismo.

Asimismo, respecto al tema de irrenunciabilidad de derechos laborales, en especial la remuneración; existe un artículo interesante realizado por la abogada Luz Pacheco Zerga[2] y publicado en la Revista de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación de la Pontificia Universidad Católica del Perú[3], en septiembre del 2011. El título de investigación es: *"Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales en el Perú y en el Derecho Comparado".* En este artículo, luego de una investigación teórica aunada a la recopilación de normas dictadas en diversos países y análisis de las mismas, concluye que el fundamento del principio de irrenunciabilidad, radica en blindar la capacidad negocial del asalariado - quien de por sí representa a la parte débil -, para protegerlo inclusive de sus propios actos, pues debido a ocupar una posición subordinada frente al empleador y carecer de "poder" en la relación de trabajo, puede disponer, sin que medie una real voluntad, de derechos y beneficios de los cuales es beneficiario legal o convencionalmente.

---

1 Tesis ubicada el 06-05-2017, en: http://tesis.usat.edu.pe/handle/usat/279

2 Luz Pacheco Zerga: Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Profesora Visitante del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

3 Ubicada el 10-05-2017, en: https://luzpacheco.files.wordpress.com/2011/11/caracterc3adsticas-de-la-irrenunciabilidad-de-los-derechos-laborales-en-el-perc3ba-y-en-el-derecho-comparado.pdf

Asimismo, existe un artículo publicado por el doctor Cristhian Northcote Sandoval, titulado *"La Compensación de deudas bancarias"*[4], en la cual el mencionado autor realiza un recuento, en forma sucinta e imparcial, de los dos pronunciamientos contradictorios emitidos por el Tribunal de Indecopi: Resolución Nº 0199-2010/SC2-INDECOPI y Resolución Nº 3448-2011/SC2- INDECOPI, respecto a la figura de la compensación bancaria y su procedencia sobre remuneraciones del trabajador.

De otra parte, contrario a la hipótesis que busca comprobarse con la presente investigación, los abogados Huáscar Excurra Rivero[5] y Agustín Valencia Dongo[6], publicaron un artículo titulado: *"¿Es posible la compensación bancaria en cuentas de haberes? ¿Quién gana y quien pierde con la decisión de Indecopi?"*[7], en el año 2011; para sostener, después de efectuado un análisis de carácter práctico - económico, que el derecho de compensación es un excelente mecanismo para mitigar los riesgos del ahorrista. Ambos autores concluyen con que es equivocado sostener que las cuentas en que se depositan haberes mensuales son inembargables y, por tanto, también incompensables, dado que una vez efectuados los depósitos correspondientes por parte del empleador al trabajador, los créditos desaparecen, perdiendo el dinero pagado, la calidad de intangible. Agregan que prohibir que una persona (cliente) acepte considerar su remuneración como garantía de crédito, es atentar contra su libertad contractual y a su vez, contra el Sistema Financiero en conjunto.

Finalmente, existe un antecedente al respecto de cómo determinadas cláusulas generales de contratación, por el contexto en que son establecidas, se tornan abusivas y arbitrarias. Yris Córdova Cutipa, en su tesis titulada: *"Las cláusulas generales de contratación en el Perú y su relación con el estado de desprotección de los derechos del consumidor"*[8] (tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), realiza una investigación de tinte dogmático, a partir del análisis de diversa

---

[4] Actualidad Empresarial, Nº 246 – Primera Quincena de Enero 2012; ubicado el 18-05-2017, en: http://aempresarial.com/web/revitem/43_13279_08027.pdf

[5] Abogado socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra. Profesor de la PUCP, UPC y ESAN. Maestría en Derecho en la Universidad de Yale, USA. Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

[6] Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra.

[7] Revista de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú (2011). Ubicada el 18-05-2017, en: http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/02/he_av_es_posible_la_compesacion_bancaria_en_cuentas_de_haberes.pdf

[8] Tesis ubicada el 20-05-2017, en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1185/1/Cordova_cy.pdf

doctrina, jurisprudencia y legislación relacionada con el tema, arriba básicamente a la conclusión de que la invalidez de las cláusulas vejatorias debe estar sancionada independientemente de que estén o no aprobadas administrativamente, pues la autoridad administrativa no siempre garantiza que en todos los casos, antes de la aprobación, depura al esquema de cláusulas generales de las que son vejatorias; y que las tareas que el Estado tiene que encarar con determinación, son, entre muchas otras, la educación para el consumo, la difusión de derechos y mecanismos de implementación, recursos humanos suficientes para atender consultas y quejas, brindar una atención integral de acceso a la justicia.

Cabe mencionar que luego de verificada la plataforma de la Asamblea Nacional de Rectores, donde también existe una base de datos de trabajos de investigación, no se encontró uno que haya abordado la temática planteada en el sentido de la presente investigación.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. LA REMUNERACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.2.1.1. Definición básica

En términos sencillos, la remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial al trabajador, como contraprestación por sus servicios proporcionados o la puesta a disposición de su capacidad laborativa al empleador, con independencia del plazo, condición o forma de pago. Dicha ventaja no solo lo es para el trabajador, en el sentido de que es empleada para su supervivencia (principalmente de carácter alimentario), sino también se extiende a la familia de este, en tanto, le sean dependientes.

a) Según la doctrina

A nivel de doctrina internacional, podemos destacar a los laboralistas españoles Alonso de Olea y Casa Baamonde, cuando respecto del concepto de salario o remuneración, indican que: "La obligación de remunerar el trabajo, básica del empresario, es una obligación de dar una cosa a otro, esta cosa que se da es el salario, pero lo definitorio del salario no es la cosa que se da y recibe, que puede ser muy diversa según la clase de salario, ni el acto de darla o recibirla, sino el título en virtud del cual se da o se recibe. El salario se da como contenido u objeto de la prestación del empresario en cumplimiento de una obligación básica de remunerar el trabajo y se recibe por el trabajador como contraprestación de su trabajo"[9].

Asimismo, a nivel de doctrina nacional, uno de los teóricos que mejor ha logrado definir la remuneración, en su sentido amplio y restringido, es el maestro Rendón Vásquez, al desarrollar que este derecho **en el sentido amplio**: "abarca la totalidad de los pagos directos al trabajador, cualquiera que sea la modalidad y ocasión del pago, y las contribuciones o cargas debidas por la empresa a terceros como las de seguridad social y otras, que revierten al trabajador, a su familia o la sociedad entera como prestaciones

[9] ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo.* Madrid, Civitas Ediciones SL, 20va. Ed., 2002, p. 457.

determinadas". Para este autor, la remuneración concebida como salario global, constituye la inversión que el empleador hace en fuerza de trabajo y, como tal, se transfiere al valor de los bienes y servicios producidos; y el estudio de su quantum económico enfocado como gasto de cada empresa, pertenece al campo de la microeconomía, mientras que el enfocado como gasto total de todas las empresas del país, al campo de la macroeconomía[10].

Por otra parte, a decir del teórico citado, la remuneración en **sentido restringido** abarca: "los pagos hechos por el empleador directamente al trabajador ya sea en dinero o en especie periódicas o esporádicamente o por una sola vez, durante el curso del contrato de trabajo". Entendiendo por pagos periódicos, a las cantidades abonadas al trabajador al terminar ciertos periodos que pueden ser semanales, quincenales o mensuales, semestrales o anuales o de una duración fija; y por pagos esporádicos, a aquellos que se hacen sin sujeción a periodos determinados, pudiendo comprender también las denominadas liberalidades del empleador y ciertas gratificaciones otorgadas al cumplir un determinado número de años de servicios para el empleador.[11]

b) Según la Organización Internacional del Trabajo

La OIT, también ha tenido oportunidad de desarrollar el concepto bajo comento, señalando que aquél: "significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."[12]

---

[10] RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del Trabajo Individual*. Lima, Ediciones Edial, 3ra Ed., 1994, p. 246 y 247.
[11] RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Op. cit., p. 247 y 248.
[12] Artículo 1 del Convenio 95 de la OIT.

c) Según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

La legislación peruana, al establecer el concepto de remuneración, tiene a bien diferenciar entre aquello que se encuentra dentro de este derecho, de aquello que si bien guarda estrecha relación, no puede ser considerado como parte integrante.

Así pues, el artículo 6 del D.S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), establece que constituye remuneración para todo efecto legal: "el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición". Se evidencia del citado dispositivo que nuestra legislación, al reconocer este derecho con una norma de carácter imperativo, le otorga también al mismo, autoridad para ser protegido ante su vulneración u inobservancia. Por su parte, el Artículo 7 del mencionado D.S. Nº 003-97-TR de la LPCL, deslinda o desvincula de la definición de remuneración para efecto legal, a los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del TUO del Decreto Legislativo N° 650 Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)[13].

[13] **Artículo 19**.- No se consideran remuneraciones computables las siguientes:
a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego;
b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
c) El costo o valor de las condiciones de trabajo;
d) La canasta de Navidad o similares;
e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado (…)
f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada;
g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva;
h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador;
j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal.
Artículo 20.- Tampoco se incluirá en la remuneración computable la alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal.

2.2.1.2. Características de la remuneración

a) Contraprestación del trabajo

Lo que configura el contrato de trabajo como recíproco es la correspondencia que existe entre las prestaciones básicas del trabajador (prestar su trabajo, trabajar) y del empleador (remunerar el trabajo prestado)[14]. Entonces bien, considerando el hecho de que de la suscripción de un contrato de trabajo derivan deberes recíprocos, puede afirmarse que una de las características esenciales de la remuneración, es pues, que aquella es percibida como contraprestación al servicio desplegado por el trabajador, por parte de aquél cuya efectivización de dicha tal prestación, va a resultarle de utilidad y beneficio, esto es, por parte del empleador.

Dicho de otro modo, una percepción económica ingresará a formar parte de la remuneración cuando retribuye la prestación del servicio del trabajador, consecuentemente, en ningún caso tendrá el carácter de donación o liberalidad. Esta retribución del trabajo por cuenta ajena, desde el punto de vista económico, constituirá, pues, por un lado, medio de satisfacción de las necesidades individuales y familiares; y por otro, garantía de paz social[15].

No obstante, cabe anotar que, si bien la remuneración tiene carácter contraprestativo, la misma no se agota en este, en la medida de que la inactividad temporal del trabajador, no conlleva la suspensión de la misma, siempre que dicha inactividad haya sido originada por causas especiales previstas en la Ley de la materia.

d) Ventaja Patrimonial

El concepto de remuneración, importa "*per se*" de que se trate de una contraprestación susceptible de ser valorada económicamente, lo que significa que se trate de ventajas patrimoniales reconocidas en favor del trabajador. El término ventaja patrimonial, en este contexto, deberá ser entendido como el beneficio material -expresado en dinero, bienes o

[14] ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Op. cit., p. 329.
[15] CARRO IGELMO, Alberto José. *Curso del Derecho del Trabajo*. Barcelona, Bosh Casa Editorial S.A., 2da. Ed., 1991, p. 336.

servicios-, que va a satisfacer alguna necesidad del trabajador, porque su patrimonio se ve incrementado o se va a evitar la disminución del mismo.

En tal sentido, no se consideran beneficios materiales aquellos medios que facilitan el desarrollo del trabajo y que por este motivo le son entregados al trabajador, como por ejemplo, las condiciones de trabajo, cuya naturaleza es distinta a la remuneración[16] y a cuya referencia también hace el artículo 6 de la LPCL[17].

e) Ajenidad o autonomía

La ajenidad en el riesgo, como elemento de la remuneración, debe ser comprendida como la autonomía de este derecho frente a los riesgos y beneficios obtenidos por el empleador. Bajo interpretación de este elemento, perdiendo o ganando, vendiendo o no, produciendo o no, la empresa o empleador estará obligado siempre con sus trabajadores en razón de los servicios por estos prestados. Situación que no sucedería si se tratase de accionistas integrantes, para quienes por obvias razones, la distribución de ganancias, dependerá de si la empresa arroja o no utilidades durante su ejercicio[18].

En dicho entendido, una primera consecuencia de la ajenidad es que la remuneración, no está supeditada al carácter aleatorio de la actividad económica de la empresa, sino al monto señalado por las partes en el contrato de trabajo. En este entendido, lo establecido en dicho contrato se constituirá en uno de los límites respecto a la voluntad del empleador de variar la remuneración aduciendo los riesgos que implican su negocio.

---

[16] Como la vestimenta de trabajo, necesaria para el desempeño de determinado puesto.

[17] El artículo 6 del D.S. Nº 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala: *"(...) Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto."*

[18] Este criterio también es compartido por GONZALES BIEDMA, Eduardo. "Concepto del Derecho del Trabajo", En: *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1998, p. 46: *"La nota distintiva de la ajenidad se centra en el hecho de que el resultado del rendimiento desplegado por el trabajador es desde el primer momento propiedad del empresario (...) de esta manera, el fruto de la actividad es del empresario (...)".*

La ajenidad implicará, entonces, la responsabilidad del empleador de correr los riesgos propios de su negocio, en el sentido de que aun cuando tal negocio no resultase beneficioso o cayese en bancarrota, deberá cumplir con pagar la remuneración a los trabajadores, en tanto estos no tienen por qué verse perjudicados por circunstancias ajenas a su labor efectivamente desplegada.

f) Naturaleza Alimentaria

La naturaleza alimentaria de la remuneración le es reconocida por la razón de que su percepción está destinada a satisfacer las necesidades primordiales del trabajador y su familia.

La jurisprudencia también desarrolla respecto a la naturaleza comentada de la remuneración, señalando: "el pago de la remuneración es la contraprestación a cargo del empleador por el servicio prestado por el trabajador y tiene carácter alimentario, pues dicha prestación, está dirigida a cubrir necesidades vitales y familiares"[19].

De igual manera al realizar un análisis sistemático de nuestra constitución, la Corte Suprema de Justicia, a través de una Casación, ha tenido oportunidad en reconocer la naturaleza alimenticia de la remuneración, indicando que: "el artículo 1° de la constitución política del estado señala que la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen el fin supremo del estado, motivo por cual este debe tutelar y respetar derechos elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar al trabajador, la percepción de sus remuneraciones, las cuales tienen contenido y carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia de acuerdo con lo prescrito en el artículo 24 de la misma carta magna"[20].

[19] CASACIÓN N° 924 – 2001(Lambayeque); obtenida el 10-06-17, en: http://www2.sni.org.pe/servicios/legal/reportelegal/content/view/4194/29/

[20] CASACIÓN N° 068 – 2005 (Huánuco-Pasco), obtenida el 14-06-17, en: https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/juris_doctrina_constlaboral.pdf

2.2.1.3. Cumplimiento de la obligación (remuneración)

a) Momento

La obligación de pago de la remuneración, se genera una vez que ha sido efectuada la prestación por parte del trabajador. La fecha de pago de la remuneración, dependiendo el caso, podrá ser en forma semanal, quincenal, mensual o anual. En este último supuesto, las partes podrán establecer el sistema de prorrateo de su pago, de tal manera que el salario pueda cumplir los fines exigidos legalmente[21].

b) Forma

La forma usual de pago de la remuneración, es aquella en la cual el empleador cumple su obligación de forma efectiva, empleando para tal propósito, monedas de circulación nacional, títulos valores o moneda extranjera (siempre que sea de libre conversión y preestablecida su procedencia); empero, no es la única manera.

Así pues, actualmente, en muchos centros de trabajo el pago de la remuneración se viene efectuando a través de una entidad bancaria, para lo cual los empleadores solicitan a sus trabajadores la apertura de cuentas de ahorro, cuya denominación popular – más no jurídica - es la de *"cuentas sueldo".*

El Decreto Supremo N.° 033- 2010-TR, establece en los casos de pago de remuneraciones a través de entidades bancarias, que el procedimiento es el que sigue:

- Dentro de los 10 días hábiles de iniciada la relación laboral, el trabajador debe comunicar al empleador la empresa del sistema

[21] El artículo 8 de la Ley de Productividad y Competitividad laboral permite a los empleadores acordar con sus trabajadores la percepción de una remuneración integral computada por periodo anual, que comprenda todos los beneficios legales y convencionales. La Remuneración Integral Anual (RIA) es aquel acuerdo entre el empleador y el trabajador para unificar la remuneración ordinaria y los demás beneficios legales o convencionales, con excepción de las utilidades, mediante el cual se abona la totalidad de créditos laborales o convencionales de manera mensual o distinta a la convencional. Los requisitos son los siguientes: El trabajador debe percibir una remuneración mensual no menor a (2) UIT; El pacto debe realizarse por escrito determinándose la periodicidad del pago y los conceptos que ingresan al acuerdo.

financiero en donde desea que se realicen los depósitos y de ser el caso, el número de la cuenta.

- Si este no lo hace, el empleador podrá efectuarlos en cualquier empresa del Sistema Financiero de la localidad donde preste servicios el trabajador.
- El trabajador podrá comunicar al empleador dentro de los 10 primeros días hábiles del mes correspondiente al pago de la remuneración, el cambio de la empresa del sistema financiero y la indicación del número de cuenta.

En los casos en que el pago se realice a través de las empresas del sistema financiero, el pago se acredita con la constancia de depósito en la cuenta de ahorros a nombre del trabajador.

2.2.1.4. Reconocimiento de la remuneración como derecho fundamental

La remuneración no solo es un elemento esencial del contrato de trabajo, sino que también se constituye como un derecho fundamental reconocido en el Artículo 24° de la Constitución Política del Estado. Interpretando dicho precepto, el Tribunal Constitucional ha establecido que: "**la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado por el empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental**. Además, de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana"[22]. (negrita agregada).

2.2.1.5. Contenido esencial del derecho a la remuneración

La remuneración no puede agotarse en el carácter contraprestativo pues reduciría al trabajador a una mera mercancía, por eso es muy importante considerar también su dimensión social, dado que, por su naturaleza alimentaria, la

[22] Fundamento Jurídico 06 de la STC recaída en el Expediente N.° 04922-2007-PA/TC (18.10.2007); obtenida el 14-06-17, en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04922-2007-AA.pdf

remuneración debe ser equitativa y suficiente a efectos que el trabajador procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.

En la STC 0020-2012-PI/TC65 (16.04.2014) - Caso Ley de Reforma Magisterial-, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), ha tenido oportunidad de referirse a la estructura del derecho fundamental a la remuneración y ha identificado su contenido esencial que es "absolutamente intangible para el legislador" y uno accidental, "claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca." El contenido esencial del derecho a la remuneración, según el TC, abarca los siguientes elementos:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (según el artículo 23° de la Constitución).

- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto, ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.

- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución).

- **Suficiencia**, por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24° de la Constitución).

El TC señala que la remuneración suficiente implica "ajustar su *quantum* a un criterio mínimo - bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio derecho a la igualdad."[23] Sobre dicho punto, el profesor Sarzo Tamayo, precisa que una remuneración **suficiente** consiste en la existencia digna del trabajador y de su familia. Resultando esto acorde con las normas internacionales de la materia, que coinciden en afirmar que la remuneración

[23] Fundamento Jurídico 29 de la STC 0020-2012-PI/TC; obtenida el 18-06-17, en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf

del trabajador debe ser satisfactoria. En ese sentido, el derecho a una remuneración suficiente se define por su finalidad[24].

- **Equidad**, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24° de la Constitución).

El TC manifiesta que la remuneración equitativa implica "que esta no sea objeto de actos de diferenciación arbitrarios que, por ampararse en causas prohibidas, se consideren discriminatorios, según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Constitución"[25]. El mismo autor Victor Sarzo Tamayo comenta además, que la remuneración **equitativa** se sustenta en el derecho constitucional a la igualdad de trato en la relación laboral. Siendo esto así, el derecho a una remuneración equitativa se determinará atendiendo a lo que las normas internacionales vinculantes indican sobre la igualdad de remuneración. Al respecto, el aporte sustancial que estas brindan consiste en señalar que el objeto de la igualdad salarial es el trabajo igual y el trabajo de igual valor[26].

En el contexto descrito, es de afirmar que se producirá la vulneración del derecho a la remuneración, en la medida en que se vean afectadas las antes aludidas características esenciales.

Por su parte, el contenido accidental de la remuneración autoriza restricciones en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución. En ese sentido, como cualquier otro derecho, la remuneración puede limitarse o restringirse y, por lo tanto "puede realizarse y optimizarse en una medida gradual, sin tener que aceptar la alternativa del todo o nada". Está fuera de toda duda que cualquier limitación o restricción debe respetar el contenido esencial antes mencionado.[27]

---

[24] SARZO TAMAYO, Víctor Renato. *La Configuración Constitucional del Derecho a la Remuneración en el Ordenamiento Jurídico Peruano*, Tesis para optar el Título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 63 – 64. Obtenido el 18-06-17, en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1364/SARZO_TAMAYO_VICTOR_CONFIGURACION_DERECHO.pdf?sequence=1

[25] STC 0020-2012-PI/TC (16.04.2014) Caso Ley de Reforma Magisterial, Fundamento Jurídico 22.

[26] SARZO TAMAYO, Víctor Renato. Op. cit., p. 117 – 121.

[27] Fundamento Jurídico 31 de la STC 0020-2012-PI/TC.

2.2.1.6. Protección legal de la Remuneración

Uno de los aspectos más importantes de la remuneración, como se ha destacado, es que la misma cumple una función de carácter alimentario, en el sentido de que coadyuva a la satisfacción de necesidades no solo del trabajador sino de los integrantes de su familia directamente dependientes de aquél. Por tal motivo, es que se requiere la adopción de medidas que garanticen la efectiva percepción de la remuneración por parte del trabajador. Y esta protección, es posible de concretarse en diversos ámbitos, dentro de los cuales podemos destacar para el objeto del presente estudio: a) frente a los acreedores del empleador, b) frente a los acreedores del trabajador y c) frente al propio trabajador.

a) Frente a los acreedores del empleador

La protección en este supuesto, se traduce en el hecho que de los trabajadores tienen un derecho preferencial para efectivizar el cobro de sus remuneraciones, en caso que ocurriera la quiebra del empleador o en cualquier otra situación de falencia que origine un concurso de acreedores contra este. Es a lo que se denomina preferencia del crédito remunerativo.

El salario que constituye un crédito preferente debe ser pagado íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo correspondiente, para ello la legislación nacional debe determinar la relación de prioridad entre el salario considerado crédito preferente y los demás créditos preferentes.

El convenio No. 95, sobre protección del salario establece en el artículo 11 que en caso de quiebra o de la liquidación judicial de una empresa, los trabajadores deben ser considerados como acreedores preferentes respecto de los salarios debidos por servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o liquidación y por el monto que determine la legislación nacional[28].

[28] Fue adoptado en la sesión No. 32 de la conferencia Internacional del Trabajo, realizado en Ginebra el 1 de julio de 1949. Entró en vigor el 24 de septiembre de 1952.

b) Frente a los acreedores del trabajador

Para mejor entendimiento de la tutela o protección de las remuneraciones, resulta oportuno desarrollar conceptualizaciones que se le encuentran absolutamente vinculadas al tema. Así dentro de las mismas, podemos destacar a las siguientes:

- **Embargabilidad**

Por embargabilidad, se entiende a la afectación jurídica de determinados bienes o derechos que pertenecen al patrimonio del presunto obligado o deudor, a fin de garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso sobre pago de dinero. En ese sentido, el embargo puede ser definido como una medida cautelar que afecta la libre disponibilidad de un bien determinado, para asegurar la eventual ejecución ulterior de la sentencia que hubiese de pronunciarse en dicho proceso o lo que es lo mismo, para tutela del crédito en cuya razón se lo ha trasladado, sin que sea obstáculo para ello, la existencia de cantidad líquida y exigible, el mismo queda así sujeto o puesto a disposición del juez que lo ordenó y el propietario sometido al deber jurídico de abstenerse de todo acto físico o jurídico que pueda provocar la disminución de la garantía que dicho bien concreta[29].

Nuestro ordenamiento jurídico, realiza el tratamiento de esta figura, indicando en el artículo 642 del Código Procesal Civil (en adelante CPC)[30], que el embargo puede recaer en un bien o un derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en poder de un tercero, y en el artículo 645 del CPC[31] al señalar que el embargo que recae sobre los bienes, alcanza también a sus accesorios, frutos y productos siempre que hayan sido solicitados y concedidos. Por consiguiente, serán embargables toda clase bienes o derechos del obligado; empero, existen algunas excepciones.

---

[29] KIELMANOVICH, Jorge Leonardo. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2000, p. 225 y 226.

[30] *"Artículo 642.- Embargo. - Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley".*

[31] *"Artículo 645.- Extensión del embargo. - El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos".*

- **Inembargabilidad**

La inembargabilidad ha sido concebida por muchos estudiosos como "la simple carencia o falta de embargabilidad que goza un bien"[32]. En nuestro ordenamiento existen excepciones dirigidas específicamente a excluir determinados bienes del embargo, y restringir de esa manera el principio general de la embargabilidad de los bienes.

Así pues, el 648 del CPC, señala que son inembargables: *"1) Derogado*[33]*; 2) Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil; 3) Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia; 4) Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado; 5) Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;* ***6) Las remuneraciones y pensiones****, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley; 7) Las pensiones alimentarias; 8) Los bienes muebles de los templos religiosos; y 9) Los sepulcros".* (cita textual).

- **Inembargabilidad de las remuneraciones**

Para la investigación que nos ocupa, resulta importante analizar al respecto de la inembargabilidad de las remuneraciones, prevista en el

[32] HERENCIA ORTEGA, Inés Gabriela. "Los supuestos de Inembargabilidad: Análisis del artículo 648 del Código Procesal Civil", en *Actualidad Jurídica*, N° 148, Marzo del 2006, p, 56.
[33] Declarado inconstitucional. Antes: Bienes del Estado.

numeral 6) el artículo 648° del CPC, y las razones del porqué el legislador ha establecido la mencionada excepción. Es preciso señalar que la regla general es la inembargabilidad de la remuneración; y la embargabilidad es la excepción a esa regla. Su sentido o finalidad, es pues, salvaguardar un porcentaje de las remuneraciones del trabajador sobre la satisfacción del crédito del trabajador; para asegurar la subsistencia del ejecutado y de los miembros de su familia, evitar en suma que aquellos que queden privados de los medios indispensables para su vida, tal finalidad no puede ser entendida en un sentido meramente natural o fisiológico, ya que también está en estrecha relación con los valores culturales y afectivos que le son otorgados, y los parámetros que miden la denominada calidad de vida que deben disfrutar la población y de la que no deben ser privados.

Al respecto, comenta el profesor Rodríguez Mancini: "El legislador, interpretando el pensamiento y la valoración de la sociedad, los excluye del principio general, consistente en que el patrimonio es la garantía de los acreedores, y somete dichos créditos a un régimen de excepción, fundado en que esos ingresos constituyen la base indispensable para el sustento vital del deudor y su familia, lo cual asume naturalmente jerarquía superior al mencionado principio. En el caso del salario hemos estudiado su característica alimentaria, sobre cuya base se justifica la inembargabilidad relativa del crédito salarial. (…) La inembargabilidad (…) constituye como todas las demás garantías del salario, una protección de orden público, irrenunciable, de manera que siempre el trabajador afectado por un embargo regularmente decretado y aunque hubiera consentido en que su empleador lo hiciera efectivo por encima de las restricciones legales, podría cuestionar la medida y obtener el correspondiente desembargo".[34]

c) Frente al propio trabajador

No obstante de su condición de trabajador, este puede llegar a poner en riesgo la percepción de su remuneración; razón por la cual, en dicho supuesto, resulta de vital importancia la invocación de determinados

[34] RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. "Remuneraciones" en: *Tratado de derecho del trabajo*. Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983, p. 550.

principios laborales, tendentes a eliminar o desconocer prácticas desplegadas por el propio trabajador que limitan el ejercicio efectivo del derecho de la remuneración; siendo los más relevantes, los que a continuación se comentan:

- **El Principio Protector**

Su esencia radica en lograr un equilibrio en las desigualdades existentes por la subordinación entre el trabajador y el empleador. La consecuencia inmediata de este principio origina que al celebrar el contrato las partes partan de un estándar o piso respecto a qué se tiene que remunerar y con cuanto; encontrándose su autonomía limitada únicamente a la posibilidad de mejorar dicho piso. Este principio protector está muy vinculado al principio de irrenunciabilidad de derechos[35].

- **El Principio de irrenunciabilidad de derechos laborales**

El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, surge por la razón de que carecería de eficacia que la legislación reconociera un conjunto de beneficios destinados a atenuar la condición de desigualdad existente entre el empleador y el trabajador, y simultáneamente se reconociese a éste la capacidad para renunciar o disponer de tales derechos, perjudicando los fines inherentes a los mismos. El principio de irrenunciabilidad, se presenta pues, como el límite a la voluntad del trabajador, protegiendo intereses superiores debido al carácter tuitivo del derecho laboral, en tanto supone la carencia de efectos de los actos de disposición de derechos contenidos en normas mínimas, las cuales, a su vez, están dadas por las normas imperativas.

En este entendido, es preciso señalar qué efectos produce la disposición de un derecho nacido de una norma dispositiva y los de una norma imperativa. Por una parte, tenemos que, en el primer caso, su titular

[35] PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El principio Protector en el proceso Laboral" en: *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 536.

puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia, no.

El Derecho del Trabajo está lleno de normas mínimas (imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba), por tanto, los derechos reconocidos a los trabajadores son indisponibles para éstos respecto de su parte imperativa pero no de la dispositiva.

En el derecho laboral "la regla de la disponibilidad patrimonial se altera – en todo caso con el propósito de proteger al trabajador, contra la posible pérdida de ciertos derechos, que se entiendan tan elementales como para que, si éstos entran en cuestión, también entren en cuestión las tendencias a que se mantenga el orden social espontáneo"[36].

Por tanto, será imposible "renunciar a los derechos que las leyes sociales reconocen a los trabajadores; ello, por constituir éstas el mínimo necesario para que el trabajo se preste en condiciones apropiadas a la dignidad humana"[37]. El trabajador no puede desprenderse de determinados derechos y beneficios que, por su condición de indisponibles, por su carácter imperativo o por encerrar noción de orden público- resultan irrenunciables. Y, en caso así lo hiciere, tal privación de derechos será reputada como nula de pleno derecho e ineficaz.

- **Irrenunciabilidad de la remuneración**

La remuneración del trabajador es irrenunciable, por lo que no es posible, que el empleador o un tercero (una entidad del sistema financiero) descuente o compense la totalidad de la remuneración del trabajador, transgrediendo los límites imperativos establecidos en el artículo 648 del CPC, vulnerando el carácter alimentario y la dimensión social de la

[36] RAMIREZ BOSCO, Luis. *Para una introducción al Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 2000, p. 73.

[37] PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de Derechos laborales", En: *Asesoría Laboral*, N° 249, Setiembre 2011, p. 16.

remuneración, aduciendo que, por la autonomía de la voluntad, el trabajador puede permitirlo.

Un derecho debe ser ejercitado dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico, respetando el contenido del derecho, es decir, en el caso de la remuneración, este derecho surgió, por un lado como contraprestación al trabajo efectuado o a la puesta a disposición del trabajador y por otro, en su dimensión social como procuradora del sustento del trabajador y su familia, por tanto la autonomía en la contratación, no puede transgredir este parámetro, el trabajador debe efectivamente disfrutar de su derecho el cuál es recibir una remuneración oportuna y suficiente, para cumplir con su finalidad, la cual es ser sustento del trabajador y su familia.

Un trabajador entonces no podrá "disponer", ya sea de manera unilateral o bilateral su remuneración, en cuanto no se respete el límite imperativo del artículo 648 del CPC, por ser ésta una norma de carácter imperativo. La jurisprudencia reconoce el carácter irrenunciable de la remuneración, el TC señala que el reducir las remuneraciones de manera unilateral, vulnera el derecho a la intangibilidad de las remuneraciones y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución[38].

2.2.2. LA COMPENSACIÓN BANCARIA COMO MECANISMO DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

2.2.2.1. Definición doctrinaria de la compensación

Según Salvat[39], la compensación en el sentido lato de la palabra, es el balance entre dos obligaciones que se extinguen recíprocamente, cuando ambas son de igual valor, o hasta donde alcance la menor, si es que ellas son de valor diferente. Por su parte, Josserand[40] define a la compensación como la extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas coexistentes en sentido inverso entre las mismas personas.

---

38 STC del 8 de Enero del 2005 {Expediente Nº 4188-2004-AA/TC 8}, Obtenido el 12-07-17, en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04188-2004-AA.html

39 SALVAT, Raymundo Miguel. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*, Tomo III, Buenos Aires, Edición Actualizada con textos, doctrina, legislación y jurisprudencia por Enrique V. Galli, Tipografía Editora Argentina, 1952, p. 85.

40 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil.* Tomo II, Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1952, p.719.

A opinión de Orterling Parodi y Castillo Freyre, "la compensación es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de la otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el Código Civil peruano califica, adicionalmente, como homogéneos, cuyo valor puede ser idéntico o no. Así, por ejemplo, si Pablo le debe a José cien mil nuevos soles, pero a su vez Pablo es acreedor de José por igual cantidad, y la compensación opera, la deuda de Pablo y la deuda de José se extinguen íntegramente. Empero, si Pablo fuese acreedor de José por una menor cantidad (sesenta mil nuevos soles, por ejemplo), cuando la compensación se verifica la deuda de Pablo se entiende extinguida por sesenta mil nuevos soles, mas subsistente por el saldo no compensado, esto es por cuarenta mil nuevos soles" [41].

En síntesis, podemos definir a la compensación como un doble pago abreviado, que evita el doble desplazamiento de numerario o de otros bienes, en la medida que una persona que es deudora y a la vez acreedora al mismo tiempo, extingue su obligación y a la vez es pagada respecto de su deuda por la otra parte, a través de una operación que, por sus rasgos, podría ser calificada como ficticia.

2.2.2.2. Clasificación

a) En función de su origen:

a.1) Legal o de pleno derecho

Es aquél tipo de compensación que opera por mandato de la ley, sin intervención alguna de las partes, pues basta la sola concurrencia de los requisitos de liquidez, reciprocidad, exigibilidad y fungibilidad de dos o más obligaciones entre el deudor y el acreedor. Opera de pleno derecho, ya que no requiere de la intervención humana.

a.2) Voluntaria

La compensación voluntaria es aquella que puede darse por la declaración unilateral de la decisión de compensar de una de las partes,

[41] OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de Derecho de las Obligaciones.* Volumen IV, Lima, EDB Ediciones, 2da. Ed., 2014, p. 1663.

siempre y cuando concurran los requisitos establecidos por Ley. Este tipo es el que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1288 del Código Civil.

b) En función de si opera fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral:

b.1) Compensación legal

Se denomina compensación legal a aquel tipo que opera extrajudicialmente, al no haber requerido de ningún proceso para su ejecución. Lo que implica la falta u ausencia de conflicto entre las partes respecto de la extinción de sus deudas recíprocas, pudiendo operar por ministerio de la ley, voluntad unilateral o voluntad bilateral.

b.2) Compensación judicial

Esta compensación es producto de una resolución expedida por los tribunales de justicia, al dictarse sentencia de un determinado proceso. Pudiendo ser a instancia de parte, cuando la opone el deudor demandado en juicio para el cumplimiento de una prestación; o de oficio, cuando a consecuencia de que en un proceso judicial el demandante reclama un crédito y a su vez el demandado reconviene pretendiendo otro crédito, el juez compensa los montos de ambos créditos hasta su concurrencia.

b.3) Compensación arbitral

Esta compensación es producto de una resolución expedida por el árbitro único o Tribunal Arbitral a cargo de la resolución de una controversia sometida a arbitraje. Pudiendo ser a instancia de parte, cuando la opone el deudor demandado en el proceso para el cumplimiento de una prestación; o de oficio, cuando a consecuencia de que en un proceso el demandante reclama un crédito y a su vez el

demandado reconviene pretendiendo otro crédito, el árbitro o tribunal arbitral, compensa los montos de ambos créditos hasta su concurrencia, al momento de la expedición de laudo de derecho.

c) En función con su magnitud:

La compensación puede considerarse como medio extintivo en estricto o total, por la razón de que al operar importan la desaparición de las obligaciones; o medio extintivo parcial, cuando el valor de las prestaciones recíprocas es diverso.

d) De acuerdo a las partes que intervienen:

La compensación puede ser unilateral, cuando no requiere de la aceptación de la otra parte para su aplicación, pues se apoya en lo dispuesto en la ley; o bilateral – convencional, cuando requiere del acuerdo entre el acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones.

2.2.2.3. Forma y momento en que opera

La compensación es un acto jurídico unilateral que puede aducirse dentro de un proceso judicial, o simplemente oponerse de manera extrajudicial sin formalidad específica alguna, más que la concurrencia de los requisitos esenciales para su procedencia. Esta forma de extinción de obligaciones, operará en el momento en que se reúnan las condiciones legales entre las personas que son mutuamente acreedores y deudores, pues la ley no admite la intervención de un tercero.

Nuestro ordenamiento jurídico adopta en el artículo 1288° del Código Civil, la doctrina que inspira el Código Civil alemán, según la cual la compensación opera por invocación de cualquiera de los obligados y no simplemente de pleno derecho o solo a manera de excepción sustantiva dentro de un proceso judicial, como ocurre en el Derecho francés y en el Derecho inglés, respectivamente. Dicho de otro modo, para nuestro Código Civil, la compensación se producirá cuando

alguno de los sujetos de la relación obligatoria, o ambos, optan por invocarla. Su eficacia entonces se verifica a partir de ese momento y no antes.

2.2.2.4. Requisitos para la compensación

Para que las obligaciones se extingan a través de la figura de la compensación es necesaria la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1288 del Código Civil, los cuales procederemos a analizar:

a) Reciprocidad de las obligaciones

Para que opere la compensación legal es necesario que los sujetos de la relación obligatoria sean simultáneamente parte acreedora y deudora respecto de uno o más créditos. La reciprocidad versa, pues, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos), acreedor y deudor del otro.

En la doctrina se sostiene que esta reciprocidad puede ser provenir de títulos distintos. Así, Osterling Parodi señala que "la reciprocidad de la que tradicionalmente se habla para el caso de la compensación, dimana de dos fuentes diversas (que necesariamente no tiene por qué ser contratos, pues las obligaciones compensables podrían emanar –por citar un ejemplo ilustrativo– de una promesa unilateral o de la ley) y no recae precisamente sobre las obligaciones o prestaciones, sino más bien sobre los sujetos de la relación obligatoria, quienes al ser simultáneamente acreedor y deudor del otro, constituyen el punto de conexión de dos operaciones con origen distinto"[42].

b) Obligaciones líquidas

Una deuda u obligación es líquida cuando los sujetos que forman parte de la relación obligatoria, tienen o conocer con certeza la cuantía de su objeto. A criterio de Cubides Camacho[43], la liquidez de una deuda resulta de la certidumbre que se tiene de su existencia y de su cuantía. Aclarando al

[42] OSTERLING PARODI, Felipe. *Tratado de las Obligaciones*. Vol IX, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 50

[43] CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones.* Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p. 400.

respecto de este punto, el referido autor precisa que una deuda será cierta en su cuantía cuando se conoce a cuánto asciende sin que se requiera para ello previas liquidaciones. Asimismo, agrega que es líquida cuando de manera explícita y clara se sabe qué, cuándo y cómo se debe. Con un parecer de la misma línea, Alfredo Colmo, citado por Castañeda[44], estima que una deuda es líquida si su existencia es cierta y su monto es determinado.

En nuestro ordenamiento jurídico dicha exigencia de liquidez obedece a razones de orden práctico. Ello por la razón de que es preciso conocer la cuantía de las obligaciones compensables, si se quiere que con la compensación se extingan dos o más obligaciones hasta la concurrencia de sus correspondientes montos. De lo contrario, sería improbable saber si ambas obligaciones se extinguieron o si solo una se extinguió totalmente, y en este último caso, cuál sería el saldo que aún quedaría pendiente de pago, ya que no se podría pagar una deuda cuyo monto se ignora.

En ese sentido, una deuda cuya existencia se discute no es líquida y, por tanto, no puede ser compensada. Como opina Claro Solar[45], aunque constara que una deuda es debida, pero no fuera cierta, y la liquidación es dependiente de una cuenta que da lugar a una larga discusión, aquella no sería líquida y ni podría oponerse en compensación.

c) Prestaciones fungibles y homogéneas

Que las prestaciones materia de la compensación sean fungibles y homogéneas significa que ambas deudas deben referirse a bienes u objetos fungibles entre sí. Dicho de otro modo, el objeto de la prestación debido por una de las partes debe ser fungible con el objeto de la prestación adeudado por la otra parte. La homogeneidad alude pues, a una sintonía de especie, género y calidad entre los objetos de ambas prestaciones.

---

44 CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones*. Tomo III, Lima, 1957, p. 300.

45 CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol VI, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1979, p. 510.

Como expresa Cubides Camacho[46], la exigencia de que ambas obligaciones sean de bienes fungibles de igual género y calidad se explica porque la compensación no es una permuta, sino más bien una suerte de doble pago. Cada acreedor debe recibir lo que él mismo debe, pues nadie puede ser obligado a recibir en pago cosa diferente a la que se le adeuda.

En palabras de Osterling Parodi y Castillo Freyre[47], la exigencia de la fungibilidad, como requisito para que opere la compensación unilateral, se da en dos niveles: el primero de ellos, al interior del objeto de cada prestación; y el segundo, entre los objetos de ambas prestaciones. Este segundo nivel de fungibilidad es lo que la norma denominada como "homogeneidad", para no confundirlo con el primero. Ambas deudas de bienes fungibles deben ser, por lo tanto, homogéneas, es decir, fungibles entre sí.

d) Obligaciones exigibles

Ese presupuesto consiste en la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente a su deudor, el cumplimiento forzoso de la obligación de este. Por deuda exigible se entiende a aquella que otorga al acreedor el derecho de que le pueda pagar inmediatamente, no pudiendo el deudor oponerle una excepción que enerve su acción.

En opinión de Cubides Camacho[48], es necesario que el acreedor tenga la facultad legal para pedir el pago de su obligación, judicialmente si es necesario, pues siendo la compensación un doble pago, cada uno de los deudores debe encontrarse obligado a pagar, como cada uno de los acreedores en posibilidad o facultad de exigir su derecho.

2.2.2.5. Deudas u obligaciones inexigibles

No obstante, no todas las deudas son pasibles de compensación, existen pues algunas que carecen de exigibilidad, pudiendo citar entre estos:

---

[46] CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit., p. 398 y 399.
[47] OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 1704.
[48] CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. cit. p. 401.

a) Aquellos créditos cuya inexigibilidad ha prescrito la ley

Existen determinados supuestos en los que, si bien se ha originado un deber de carácter patrimonial de una de las partes respecto de la otra, este deber no es exigible por estar así establecido en la propia ley. Un ejemplo que puede citarse es el del juego y apuesta no autorizado - artículo 1943 del Código Civil-[49], los que, al no estar prohibidos, son actos lícitos, pero se carece de una acción para reclamar por su resultado.

b) Los créditos expectaticios

Los créditos expectaticios son aquellos que se encuentran supeditados a que las condiciones que han generado las expectativas de su nacimiento se vuelvan ciertas. En tal sentido, no siendo aún ciertos, estos créditos no pueden ser materia de disposición, por tanto, tampoco de compensación unilateral. El mismo principio es aplicable al crédito que corresponde a un heredero forzoso (artículo 735 del Código Civil), o a un heredero voluntario (artículo 737 del Código Civil), o a los herederos legales de quien carece de herederos forzosos y voluntarios (artículo 815 del Código Civil), entre otros.

c) Los créditos sujetos a una condición suspensiva

La obligación que depende del acaecimiento de una condición suspensiva no puede ser objeto de compensación, ya que la misma no surte efectos sino hasta la producción de la condición a la que se encuentra supeditada su eficacia.

d) Los créditos sujetos a plazo suspensivo

Este tipo de créditos no pueden ser materia de compensación, por cuanto, la obligación que le da lugar se sujeta a un plazo suspensivo antes del cual no es posible su exigencia.

---

[49] *"Artículo 1943°: El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado. El que paga voluntariamente una deuda emanada del juego y la apuesta no autorizados, no puede solicitar su repetición, salvo que haya mediado dolo en la obtención de la ganancia o que el repitente sea incapaz".*

e) Las obligaciones naturales

Son aquellas no exigibles por antonomasia, en el sentido de que no confieren acción para poder demandar exigiendo su cumplimiento al deudor; razón por la cual la doctrina es unánime al señalar que en estas no opera la compensación unilateral.

Si bien es cierto, nuestro Código Civil no utiliza la denominación de obligación natural, si establece ciertas normas que podrían enmarcarse dentro de esta categoría. Por citar ejemplos, podemos mencionar a la deuda emanada del juego y la apuesta autorizados, previstos en el artículo 1943 del Código Civil, pues la ley ha prescrito su inexigibilidad a través de una acción.

2.2.2.6. La función de garantía de la compensación

Salvat[50] señala que no sería justo ni equitativo cuando una persona es a la vez deudora y acreedora de otra, obligarla a pagar para que después cobre lo que se le debe; el acreedor podría percibir su dinero, gastarlo y hasta caer en insolvencia, con demoras y perjuicios evidentes para su ex deudor que le pagó y quién sabe si podrá cobrar lo que a su vez se le debía; desde este punto de vista, la compensación cumple una función de garantía.

A decir de Planiol y Ripert[51], la función de la compensación es doble: simplifica y garantiza los pagos. Agregan dichos autores que la compensación evita un transporte inútil de dinero y algunos pleitos igualmente inútiles entre las partes; en lugar de hacerse un doble pago recíproco, las dos obligaciones se compensan y se extinguen, como si cada uno de los acreedores hubiera percibido del otro y vuelto a entregar inmediatamente el importe de su respectivo crédito. Por otro lado, la compensación constituye una garantía del pago y atribuye a cada uno de los acreedores el equivalente de un privilegio frente a los demás acreedores de su deudor; y no tendrá que concurrir con ellos en la cuantía en que se produce la compensación, puesto que cobrará con cargo a lo que a su vez adeuda, quedando la

[50] SALVAT, Raymundo Miguel. Op. cit., p. 85.
[51] PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.* Tomo II. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de la Habana, Cuba, Cuba: Cultural S.A. Habana, 1945, p. 613 y 614.

totalidad de su deuda especialmente afectada de dicho pago; y de este modo, queda protegido contra el riesgo de tener que pagar lo que adeuda sin estar seguro de recibir lo que se le debe.

2.2.2.7. Importancia de la compensación en el ámbito mercantil, bancario e internacional

Osterling y Castillo, desarrollan muy bien este punto, cuando refieren que, "una economía de mercado como la nuestra, en cuyo interior las transacciones económicas son cada vez más numerosas y complejas, requiere normas de Derecho Comercial que sirvan de herramienta eficaz para facilitar el tráfico de dinero y de bienes. La compensación es, indiscutiblemente, uno de esos instrumentos indispensables de la economía, ya que convierte la densa trama de las obligaciones en simples operaciones de contabilidad, mediante la eliminación de todo aquello que resulta común, minimizando así el uso de los mecanismos tanto de liquidación como de cobranza.

Por ello, al referirse a las figuras de la cuenta corriente individual, los contratos de cuenta corriente mercantil o bancaria, así como a las cámaras de compensación y a los clearings internaciones, necesariamente se debe partir de la teoría de la compensación, ya que aquéllas tienen su fundamento en los principios de ésta"[52].

2.2.2.8. Prohibición de la compensación

Como se ha desarrollado, la compensación operada por mandato de la ley o por oponerse por cualquiera de las partes, siempre que concurran los requisitos de liquidez, reciprocidad, fungibilidad de las prestaciones y exigibilidad de las obligaciones. Sin embargo, existen determinados supuestos en que, por razones de seguridad jurídica, orden público, política económica, justicia, ética, etc., la ley elimina la posibilidad de que las obligaciones se extingan a través del "doble pago ficto"; es decir, la ley deja al margen de la figura extintiva de la compensación ciertas obligaciones.

[52] OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 1747.

Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico prevé en el artículo 1290 del Código Civil, que la compensación se encuentra prohibida: "1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado; 2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato; 3.- Del crédito inembargable; y 4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos en la ley".

a) Prohibición de la compensación en la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado

Este supuesto es el del acreedor que despoja a su deudor de bienes pertenecientes a este último, y luego pretende oponer la compensación entre lo que su deudor le adeuda y el producto de su despojo. En el caso citado, se prohíbe la compensación a efectos de evitar el mal empleo de la función de garantía, disfrazado de un acto ilícito, que es el despojo.

b) Prohibición de la compensación en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato

Este supuesto es el caso de una persona que deba a otra una prestación determinada, y que a su vez dicho deudor haya entregado a su mismo acreedor, en mérito de un contrato de depósito o de comodato, un bien fungible o varios, entonces el acreedor decide compensar los bienes propiedad del deudor que tiene en custodia con los que éste le adeuda.

c) Prohibición de la compensación sobre créditos inembargables

Los créditos que ostentan la calidad de inembargables tampoco son susceptibles de compensar. Dicha inclusión expresa en la norma, se debe básicamente al delicado carácter intangible de créditos de esta naturaleza, cuya protección por el Derecho debe, necesariamente, ser prioritariamente en relación con otros derechos de índole patrimonial.

En otras palabras, la compensación resulta inadmisible en este supuesto porque la ley impide que el acreedor sea privado del beneficio que le otorga el crédito inembargable. Así pues, por citar un ejemplo, una deuda no podrá ser compensada con un crédito derivado de pensiones alimenticias,

por cuanto, la ley ha conferido al acreedor alimentista, el beneficio que le otorga la intangibilidad y aseguramiento de que su crédito no pueda ser afectado con la finalidad de darle pago a una deuda de otro tipo.

- **Prohibición de la compensación sobre las remuneraciones**

Otro crédito inembargable, por tanto, incompensable, y que tiene relación directa con el objeto de estudio de la presente investigación, es el proveniente de una relación de trabajo. Para mayor entendimiento podemos citar el ejemplo expuesto por Osterling Parodi y Castillo Freyre, cuando al referirse a la remuneración como crédito inembargable y, en consecuencia, incompensable, indican: "Sería el caso, por ejemplo, de un empleador que debe abonar a su trabajador una renta derivada de un accidente de trabajo. Este crédito del trabajador es inembargable (salvo un porcentaje por concepto de pensiones alimenticias), y el empleador no podría oponer la compensación de dicha obligación a otra que le adeude el primero, como sería un préstamo, un adelanto de sueldo, etcétera. Tal compensación vendría a ser una retención indebida"[53].

d) Prohibición de la compensación entre los particulares y el Estado

La prohibición se orienta a la calidad pública o privada, de los sujetos que participan de una determinada relación obligacional. El sustento de dicha prohibición radica en que no se permite a un particular dejar de pagar sus deudas a través de la compensación, pues los recursos del Estado que tienen como destino y finalidad la atención de funciones o servicios públicos destinados a satisfacer las necesidades de la sociedad, no deben verse constreñidos o inhabilitados por la ausencia transitoria de los fondos requeridos para costearlos. Por tal razón los deudores del Estado no pueden exonerarse de proveer tales fondos, alegando u oponiendo créditos que pudiesen tener contra el Estado.

[53] OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. Op. cit., p. 1774.

2.2.3. AUTONOMÍA PRIVADA Y PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL

2.2.3.1. La autonomía negocial como potestad normativa

Torres Méndez[54] define a la autonomía negocial o potestad normativa, como aquella posibilidad que tienen todos los particulares para celebrar actos o negocios jurídicos. Agrega el referido autor que, los contratos, por ser actos jurídicos, son normas privadas dadas por los particulares, en virtud del ejercicio de un conjunto de derechos, los cuales constituyen grupalmente un "poder normativo" del cual gozan.

Luigi Ferri explica este poder o potestad especial, así: "El negocio jurídico es el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y la autonomía se identifica con este poder o potestad. Poder producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible; con el establecimiento (o modificación o derogación) de una norma jurídica. Se deduce de esto que los negocios jurídicos, como manifestación de autonomía privada son siempre actos de ejercicios de poder"[55].

Explicación similar da el doctrinario Bianca, al indicar: "La autonomía es fundamentalmente el poder de autodeterminación del sujeto, o sea el poder del sujeto de decidir su propia esfera jurídica" [56]; y Scognamiglio, al señalar que es "el poder de los particulares para darse de por sí reglas en el campo de las relaciones económico-sociales" [57].

Martínez Muñoz, explica que la autonomía negocial es la manera jurídica mediante la cual el Derecho puede interpretar la libertad de la cual gozamos los particulares para celebrar actos jurídicos. Indica el citado doctrinario: "Resulta

---

[54] TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Fundamentos de la nueva Teoría General del Contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico*. Lima, Editorial Grijley, 1ra. Ed., 2016, p. 61.
[55] FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Granada, Comares, 2001, p. 8-9.
[56] BIANCA, Massimo. *Derecho Civil*. Tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 32.
[57] SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 19.

patente que la autonomía, estrictamente, constituye una interpretación de la propia acción y de la propia vida al margen de referencias externas" [58].

Ahora bien, el principio de autonomía tiene dos modalidades o clases; las cuales son identificadas como los principios autonómicos y se denominan "Autonomía de la Voluntad" y "Autonomía Privada". A continuación se desarrolla ambas, a efectos de determinar cuál de estas dos clases es la que forma parte del Derecho Civil como principio general que sustenta la obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos, el contrato, estudio el cual es útil para la mejor comprensión del objeto materia de la presente tesis.

2.2.3.2. El Principio de Autonomía de la Voluntad

a) Como una aplicación del iusnaturalismo

Este principio autonómico resulta de la aplicación de la "teoría voluntarista" para determinar la fuente u origen de la obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos, el contrato. Gino Gorla conceptualiza a esta teoría, diciendo que ella: "Entendida en el sentido de un poder o energía creadora de la voluntad: el poder que tendría la voluntad (del promitente) para crear la obligación, el vínculo o relación jurídica" [59].

Siguiendo esta línea de interpretación, podemos afirmar que la teoría voluntarista considera que la obligatoriedad de los actos jurídicos proviene o emana de la voluntad humana, es decir, le da un poder normativo determinando que esta es lo único que cuenta para que los actos jurídicos obliguen; por lo cual debe considerarse a la misma como un principio, al que concretamente podríamos denominar: "Autonomía de la Voluntad", como principio general del Derecho Civil. Este principio pues, determina como efecto, un concepto de contrato en particular, cual es el concepto subjetivo de contrato.

---

[58] MARTINEZ MUÑOZ, Juan Antonio. "Autonomía y Responsabilidad", en *Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación*. Madrid, Editorial Dykinson, 2008, p. 25.

[59] GORLA, Gino. *El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico).* Tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, 1959, p. 95.

Por eso es que Jean Carbonier precisa que este principio concretamente es una teoría filosófica jurídica según la cual "la voluntad humana constituye por sí misma su propia ley y se crea su propia obligación" [60].

b) Vinculación con el Liberalismo

La vinculación que existe entre el principio de Autonomía de la Voluntad, con el Liberalismo, es contundente por la evolución histórica de la teoría voluntarista que es su fundamento. Massimo Bianca sintetiza tal relación señalando que: "El llamado dogma de la voluntad tuvo ciertamente un significado ideológico. La noción de contrato como expresión de voluntad del individuo encontró correspondencia en el planteamiento liberal con que se desarrollaba el capitalismo industrial y comercial. El ordenamiento jurídico debía limitarse a garantizar al individuo las condiciones de ejercicio de sus libertades y, entre ellas, su liberad de iniciativa económica" [61].

c) Vinculación con el Jusnaturalismo

Bien desarrolla Torres Méndez la teoría voluntarista, "por considerar que el derecho individual de autonomía negocial o potestad normativa que tenemos para celebrar actos jurídicos vinculantes como normas privadas, es un derecho natural; puede apreciarse de ello que esta teoría y el principio jurídico que fundamenta (Autonomía de la Voluntad), son entonces una aplicación de la corriente jusfilosófica del Jusnaturalismo"[62]. Gino Gorla también da cuenta de ello, cuando señala: "Esta afirmación de un poder o energía creadora de la voluntad se remonta al jusnaturalismo"[63].

Bajo esta concepción, la Autonomía de la Voluntad, como potestad normativa propia de nuestra naturaleza humana, es un derecho natural que el Estado no nos lo puede recortar, porque no nos lo ha dado, sino simplemente debe reconocérnoslo respetándolo siempre íntegramente.

---

60 CARBONIER, Jean. *Droit Civil.* Tomo IV, París, Presses Universitaires de France, 1979, p. 43.
61 BIANCA, Massimo. *Derecho Civil.* Tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 47.
62 TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 81.
63 GORLA, Gino. Op. cit., p.95.

d) Vinculación con la Economía de Libre Mercado

El principio de Autonomía de la Voluntad, está íntimamente vinculado con la Economía de Libre Mercado, también conocido como liberalismo. Masimo Bianca precisa al respecto, que mediante la Autonomía de la Libertad: "El contrato llegó a ser reconocido como afirmación de la voluntad libre del individuo, y como tal era el medio jurídico por el cual se desenvolvía una economía liberal confiada exclusivamente a la iniciativa del particular" [64].

Asimismo, Vincenzo Roppo también precisa que: "El dogma de la voluntad tiene un notable significado ideológico y político. Y tiene precisas consecuencias en el plano técnico, para la solución de importantes problemas de tratamiento en el contrato. El significado ideológico y político se encuentra en la conexión entre voluntad y libertad. Exaltar la voluntad del individuo significa exaltar la voluntad individual.

Exaltar la voluntad individual es precondición cultural para la fundación del modelo socioeconómico que se afirma en gran parte de occidente a partir de los primeros años del ochocientos: el modelo de la sociedad burguesa y de la economía capitalista, contrapuestas a la sociedad y a la economía del ancien régime" [65].

De tal manera que bajo el principio de Autonomía de la Voluntad la contratación se rige única y exclusivamente por la voluntad de los contratantes, lo cual, en términos económicos, significa la imposibilidad del intervencionismo estatal en la contratación.

2.2.3.3. El Principio de Autonomía Privada

Como reacción a la consagración del Principio de Autonomía de la voluntad, surgió posteriormente otro concepto para entender a la autonomía negocial o potestad normativa para regular los intereses privados y, en consecuencia, para determinar la fuente de obligatoriedad de los actos jurídicos como el contrato. Tal

[64] BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 47.
[65] ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 59.

concepto sostiene que la fuente o justificación de esta obligatoriedad no es la voluntad, sino la ley.

A decir de Torres Méndez, "esta otra distinta manera de asumir o concebir la autonomía negocial o potestad normativa que tienen los seres humanos, así como la obligatoriedad de los actos jurídicos, que deriva de ella; se le conoce con el nombre de teoría normativista. Tiene este nombre porque mediante ella se considera que es la norma o la ley, y no la voluntad humana; la que otorga esta obligatoriedad. Por ello, como teoría justifica o fundamenta el otro principio autonómico que existe; el cual es el de Autonomía Privada"[66].

Lo principal de esta teoría consistirá entonces en que la ley no solo garantiza la autodeterminación mediante la contratación, sino que también es ella la que tiene la capacidad de otorgar obligatoriedad a la misma.

Al ser la teoría normativista opuesta o antagónica, de la teoría voluntarista; ello es lo que hace antagónico al principio de autonomía privada del principio de autonomía de la voluntad.

Este antagonismo resulta del hecho que el principio de autonomía privada se sustenta en la corriente jusfilosófica del Positivismo; la cual es opuesta al Jusnaturalismo, corriente la cual es sustento del principio de autonomía de la voluntad.

Y todo ello, ocasionó una consecuencia importantísima, que explica bien Torres Méndez cuando señala: "La pérdida del valor sacrosanto de la voluntad empezó a producirse entonces no de otra manera que mediante la inexorable, por muy necesaria, intervención del Estado en la contratación o mercado; para que aquél pudiera combatir la desigualdad económica de las partes de dicha contratación, la cual es la parte débil o que sufre esta desigualdad en la misma. De tal manera que con este intervencionismo estatal en la contratación o mercado, el cual empezó a ser ingente; empezó a perder certeza o seguridad el carácter sacrosanto que tenía la voluntad para la contratación o mercado. Esto es, se empezó a dudar y cuestionar si se mantenía vigente, o todavía era real, la fuerza o autosuficiencia de la voluntad como productora de la obligatoriedad del contrato;

[66] TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 100.

dado que ya no producía la inmutabilidad del mismo, por las modificaciones a los contenidos contractuales que produce el intervencionismo estatal en la contratación o mercado"[67].

En la contratación, entonces, a partir de esta conceptualización, comenzó a producirse una reglamentación imperativa de la misma por parte del Estado. Doctrinariamente, a decir de Larroumet[68], se considera que esta situación obedece a dos razones o factores sociales, cuales son el Estado providencia y el proteccionismo social, entendido este último como la protección al consumidor. Y ello debido a la necesidad imperiosa de corregir la injusticia contractual, o marcada desigualdad económica de las partes contratantes, denominada así por el hecho de que, si bien siempre hay paridad jurídica entre estas, lo que no se presenta es un paridad económica entre las mismas, generalmente por la razón de que una de las partes que es la fuerte, aprovecha que tiene recursos económicos, mientras que la otra que es débil, carece de aquellos.

Describen bien esta realidad socioeconómica de desigualdad que produce injusticia contractual, Noemí Niccolau, Carlos Hernández y Sandra Frustagli, cuando indican: "Si bien desde un punto de vista nomológico la autonomía de la voluntad debe ser plena y, por tanto, obligar a lo pactado, desde la realidad social se reconoce hoy que, quienes acuerdan¸ no siempre tienen voluntad autónoma, de modo que con frecuencia, en la negociación contractual se evidencian desigualdades económicas que dan origen a una subordinación que limita la autonomía. Para paliar esta situación aparece la intervención del Estado en el contrato, que va determinando un lento proceso de publicización, fenómeno también conocido con la expresión de Josserand, dirigismo contractual. El Estado interviene, en ocasiones, dictando leyes, en otros supuestos mediante una intervención administrativa antes de la celebración del contrato y, en otros, después de celebrado con la intervención judicial" [69].

---

67 TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 103 y 103.

68 LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*. V.I, Bogotá, Editorial Temis, 1993, p. 90.

69 NICOLAU, Noemí; HERNÁNDEZ, Carlos; FRSTAGLI, Sandra. *Comentarios al libro: 'Derecho Civil-Contratos de Héctor LAFAILLE*. Tomo I, Buenos Aires, La Ley – Ediar, 2009, p. 38.

Sintetiza bien esta realidad socioeconómica también Gérard Cornu: "La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato deben tener en cuenta las aspiraciones de la justicia contractual" [70].

2.2.3.4. La problemática sobre el fundamento de la obligatoriedad del contrato

La obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos el contrato, siempre dependerá del principio general que jurídicamente se adopte para la determinación o imposición de dicha obligatoriedad, sea el Principio de Autonomía de la Voluntad o el Principio de Autonomía Privada.

En este mismo sentido pues, ha desarrollado Manuel De La Puente y Lavalle, cuando indica: "La respuesta varía según la noción que se tenga de la autonomía privada (…). Si adoptamos la teoría clásica de la autonomía de la voluntad, el solo acuerdo de voluntades entre Robinson Crusoe y Viernes, actuando a título particular, haría obligatorias las obligaciones convenidas entre ellos (…) Solo si Robinson Crusoe y Viernes decidieren crear un sistema de gobierno en la isla, aunque fuera constituido por ellos mismos, que dictara normas reguladoras de la vida en común, entre las que estuviera una que concediera fuerza obligatoria a las convenciones, entonces el acuerdo celebrado entre ellos sobre la distribución de faenas tendría valor vinculante y sería exigible compulsivamente"[71].

Actualmente el concepto correcto de contrato es el objetivo y social; según el cual el efecto de la obligatoriedad del mismo y su validez, lo otorga la ley, y por tanto el principio dominante lo es el de la Autonomía Privada y no el de Autonomía de la Voluntad.

Así es, este principio autonómico dejó de ser un dogma por el necesario intervencionismo estatal que debe haber en la contratación; con la finalidad de que el Estado combata la desigualdad económica de las partes de la contratación, realizando protección jurídica del consumidor, por ser la parte débil de la misma; dejado de lado el Principio de Autonomía de la Voluntad, que concebía al contrato

---

[70] CORNU, Gérard. *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés Libro III, títulos III y XX*. Lima, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 34.

[71] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *¿Por qué se contrata?* Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001, p. 151.

desde una perspectiva subjetivista e individualista, que admita el establecimiento arbitrario de la voluntad, sin la menor restricción.

2.2.3.5. Derechos que conforman el Principio de Autonomía Privada

La autonomía privada se ejerce, a su vez, mediante el ejercicio de dos derechos potestativos. Estos derechos autonómicos son los de la libertad de contratar y la libertad contractual.

Según Andreas Bon Tuhr, son dos derechos potestativos, en la medida que: "confieren al sujeto la facultad de provocar, si lo desea, un determinado efecto jurídico"; agrega: "dentro de una situación concreta, confieren a una persona poder para engendrar¸ por su sola y exclusiva voluntad, un determinado efecto jurídico"[72].

a) Libertad de contratar

La libertad de contratar puede ser definida como el derecho de poder de decidir, libre y voluntariamente, si se quiere o no contratar. A través del ejercicio de dicho derecho, es que se comienza a ejercer el Principio de Autonomía Privada.

En virtud de este derecho, nadie podrá obligar a contratar a otra persona. Tiene un valor jurídico superior esencial para el desenvolvimiento de la persona, puesto que, como afirma Bianca, "es la libertad del sujeto de tomar libremente sus opciones en el mercado"[73].

Y es justamente por dicha razón que la Constitución Política del Estado, le ha reconocido a la libertad de contratar, la categoría o derecho fundamental, al prescribir en el inciso 14) del artículo 2°, que: "Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

Esta norma, pues, le otorga a la libertad de contratar, a la misma la calidad de derecho fundamental de la persona, en la medida que mediante su ejercicio las personas pueden satisfacer una necesidad socioeconómica

[72] VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Granada, Comares, 2006, p. 12.
[73] BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 52.

básico o esencial, la cual es pues, la interrelación jurídica para la satisfacción de necesidades de carácter patrimonial.

Ahora bien, el comentado derecho se puede ejercer en dos momentos:

1- Correspondiente a la toma de decisión por los particulares, de contratar o no hacerlo. Así pues, la libertad se podrá ejercer de manera positiva (al querer contratar) o negativa (al no querer contratar)

2- De optar por lo primero, esto es, sí contratar, el segundo momento del ejercicio de esta libertad consistirá en la elección de la parte co-contratante.

b) Libertad contractual o libertad de configuración interna

Esta libertad consiste en el derecho que tienen las partes contratantes, de poder fijar o determinar ellas, y solo ellas, libre y voluntariamente también, el contenido del contrato que ya han decidido celebrar previamente ejerciendo la libertad de contratar. Consiste pues, en que los particulares puedan fijar libremente sus contenidos contractuales, sin que de por medio exista algún tipo de interferencia externa o ajena a los firmantes, en la medida en que estos son autónomos de determinar de común acuerdo diversas relaciones jurídicas. Nadie podrá imponer o modificar lo decidido. Al ser los contratos normas privadas por las cuales los particulares autoregulan o reglamentan sus intereses privados, la única forma de hacer esto es ejerciendo la libertad contractual o de configuración interna.

De La Puente y Lavalle, explica esto último de la siguiente forma: "La libertad de configuración interna es un segundo paso, posterior al primero, mediante el cual las partes, ya decididas a contratar, acuerdan libremente como va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo. Es, figurativamente, como si las partes, resueltas a sentarse en la mesa de negociaciones, van concertando sus voluntades en dicha mesa para modelar a su gusto el contrato"[74].

[74] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001, p. 208.

Por su parte, Francesco Messineo destaca al respecto de esta libertad: "Libertad contractual significa, entretanto, que ninguna de las partes puede imponer unilateralmente a la otra el contenido del contrato y que este debe ser el resultado del libre debate entre ellas"[75].

- **Análisis del Artículo 1355 del Código Civil**

El Artículo 1355 del Código Civil, prevé respecto a la libertad contractual: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

Se colige de la norma citada, que nuestro ordenamiento jurídico no solo regula a la libertad contractual o de configuración interna, sino también establece la posibilidad que tiene el Estado, de limitar o recortar este derecho o libertad, de intervenir en la contratación o mercado peruano.

Se adopta pues un concepto objetivo y social del contrato, en la medida que al invocar la norma bajo comento al "interés social" del contrato, impone expresamente que el mismo deberá cumplir una función social. La posibilidad legal de intervencionismo en la contratación o mercado, entonces, se presentará no solo como un derecho, sino también como un deber del Estado, cual es la función social del contrato.

2.2.4. CONSUMIDOR (GENERALIDADES)

2.2.4.1. Desde el punto de vista económico

En Economía, el consumidor final o también llamado usuario final, se define como la persona que realmente utiliza un producto. Bajo esta premisa, el consumidor difiere del cliente, quien puede comprar el producto, pero no necesariamente consumirlo.

2.2.4.2. Desde el punto de vista del derecho

En los Contratos, el término consumidor quiere indicar que no se está hablando de un revendedor del producto sino de la última persona que lo va a poseer.

[75] MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. T. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 16.

2.2.4.3. Desde el punto de vista de la tributación

En materia Tributaria, el consumidor final es quien habrá de soportar el gravamen del Impuesto al valor agregado o Impuesto sobre el valor añadido, debido a que éste es un impuesto de traslación, cuyo hecho imponible es el consumo.

2.2.4.4. Desde el punto de vista de la doctrina

Se destaca al doctrinario Lorenzetti[76], quien al respecto de la definición del consumidor, ha señalado que ésta "es la puerta de entrada al Derecho de Consumo y por lo tanto, cuanto más amplia se conciba, más supuestos estarán incluidos en él". El autor en comento precisa que en torno a la definición que se dé finalmente al "consumidor" es que gira toda la normatividad y la forma como se puede llegar a proteger sus derechos.

2.2.4.5. Según el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Perú)

Son consumidores o usuarios las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan productos o servicios materiales, para beneficio propio o de su grupo familiar o social, y lo hacen como destinatarios finales, actuando así en ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Para efectos de este código, no se considera consumidor a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

2.2.4.6. Según el Tribunal Constitucional

A criterio del Tribunal Constitucional, el consumidor es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gana de productos y servicios[77].

2.2.4.7. Según el Derecho Comparado

El consumidor en el derecho comparado es regulado y definido también:

---

[76] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2da. Ed., 2009, p. 86.

[77] Exp. N.° 0008-2003-AI/TC; obtenido el 22-07-17, en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

El Código Civil alemán, en su nueva reforma, incluye la noción de consumidor afirmando (BGB, 13) que es cualquier persona física que concluye un negocio cuya finalidad no tiene ligazón comercial con su actividad profesional.

La Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, lo define como: *"Proveedor. Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes o servicios, destinados a consumidores o usuarios"*[78].

La ley de Paraguay[79] lo define así: *"Proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arredramiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa".*

La Ley de Brasil N.° 8078, define al proveedor en su artículo 3, señalando que *"es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, y los entes despersonalizados, que desarrollen actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución, comercialización de productos o prestación de servicios".*

La ley española, para la defensa de los consumidores de 1984 definió a los consumidores como las personas físicas o jurídicas que adquieren o utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan suministran o expiden[80].

En el ámbito del Mercosur, el Anexo I del Protocolo de Santa María dispone que *"consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza*

---

[78] Ley de Defensa al Consumidor de Argentina, Ley N.° 24.240, Capítulo I, artículo 2 (artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N.° 26, 994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1 de agosto de La Ley N.° 27, 077 B.O. 19/2014.

[79] Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, Ley N.° 1. 334. Capítulo I, artículo 4, inciso b).

[80] Art 1° de la Ley 26/84.

productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella".

2.2.5. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El Código de Protección y Defensa al Consumidor, establece en el artículo V de su Título Preliminar, cuales son los principios que rigen las relaciones de consumo, siendo importante para la investigación que nos ocupa, conocer las siguientes:

2.2.5.1. Principio de Soberanía del consumidor

> *"Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten el mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos".*

Con este principio lo que se busca es establecer que el consumidor es el agente más importante del mercado, y por lo mismo, a disposición de aquél debe ponerse toda aquella información útil para que éste pueda tomar una decisión libre que satisfaga sus necesidades.

2.2.5.2. Principio de transparencia

> ***"****En la actuación en el mercado los proveedores generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. La información brindada debe ser veraz y apropiada conforme al presente código".*

Por causa de este principio, los proveedores se encuentran en la obligación de proporcionar una plena accesibilidad a la información de los bienes y servicios para evitar que el consumidor sea engañado respecto de lo que va a adquirir.

El proveedor debe brindar la información real y relevante, y ello implica también que sea información de este tipo la que se vea reflejada en las publicidades, por cuanto, en la actualidad, estas han cobrado gran impacto social e influencia en el comportamiento de los consumidores.

A través de este principio lo que se pretende es evitar que el usuario o consumidor sea engañado por el proveedor, como consecuencia de la falta de

información relevante y veraz, antes de tomar una determinada decisión de consumo.

2.2.5.3. Principio de corrección de la asimetría

> *"Las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado".*

Este principio protege al consumidor de toda desigualdad que pueda existir en el mercado en la relación proveedor-consumidor, para que de esta manera no se propicie o genere un abuso de posición de dominio y se cause una desventaja económica para el consumidor.

El abuso de posición de dominio, bajo interpretación del artículo 5° del Decreto Legislativo N.° 701, se configura cuando una o más empresas que se encuentran en una posición dominante se aprovechan y actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir tal posición de dominio.

La existencia de una posición de dominio no es ilícita o perjudicial para la dinámica del mercado y sus intervinientes. Es ilícito cuando el agente abusa de dicha posición, lo que debe ser entendido como el ejercicio indebido de la posición de dominio con el fin de obtener ventajas y causar perjuicios a otros, los cuales son más débiles en la relación de consumo[81].

2.2.5.4. Principio de buena fe

> *"En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso,*

[81] Jurisprudencia de Defensa de la Competencia 1996 INDECOPI, Primera Edición, Lima, 1999.

como información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular".

Este principio nos da a entender que, un contrato debe de actuar según el orden público y las buenas costumbres.

- **Concepto subjetivo y objetivo de la Buena Fe**

El contenido ético del principio general de la Buena Fe lo destaca Massimo Bianca, cuando refiere que: "La buena fe representa así uno de los principios bacilares de nuestro ordenamiento social, y el fundamento ético que se le reconoce encuentra correspondencia en la idea de una moral social activa que se pone más allá de los confines tradicionales de las buenas costumbres"[82].

La buena fe es un requisito que exige la ley para ejercer derechos que esta otorga. En su concepto subjetivo, puede ser entendido como la creencia, o estado mental o sicológico, que tiene una persona en un determinado momento con respecto a alguna relación jurídica. Este estado de creencia se produce concretamente por la ignorancia de un hecho o circunstancia relevante respecto a alguna relación jurídica; sobre la que tiene interés la persona que tiene esta situación de creencia o ignorancia. Empero no es el único concepto, pues también se conoce a la buena fe en su sentido objetivo.

Los dos conceptos de la buena fe los describe acertadamente Puig Brutau, cuando señala que: "La expresión "buena fe" tiene dos sentidos, subjetivo y objetivo. En el primero se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen (…) El sujeto recibe del Derecho un tratamiento favorable por encontrarse en la creencia, nacida de un error excusable, de que su conducta está de conformidad con el ordenamiento jurídico. En sentido objetivo se trata igualmente de juzgar la conducta del individuo, pero a base de tener en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Así ocurre cuando se dice que los contratos¸ además de los efectos expresamente pactados, producen las consecuencias que sean conformes a la buena fe (Art. 1258 C.C.). Por tanto, en el primer supuesto se trata de un estado sicológico que el ordenamiento jurídico valora para determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. La norma

[82] BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 523.

aplicable será la elegida a través de la averiguación y determinación de cuál ha sido la efectiva creencia o intención personal del sujeto. En el segundo caso, en cambio, se trata de un criterio de valoración objetiva para juzgar si una conducta alcanza el nivel exigible. Es un criterio objetivo de valoración, un standard o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales"[83].

Ahora bien, la lealtad, la fidelidad y la confianza, al ser conductas que las partes en el contrato son conscientes que deben tener o cumplir, en la contratación, para obtener o realizar estos valores en la misma**;** es lo que determina que tales conductas tengan la calidad jurídica de "principio general".

- **Criterio de buena fe objetiva como fundamento para la determinación del carácter abusivo de cláusulas contractuales**

El criterio de la buena fe es hoy el fundamento para la determinación del carácter abusivo de determinadas cláusulas que forman parte de un contrato de consumo, tanto en la jurisprudencia administrativa del Indecopi, como en la regulación del Código del Consumidor.

En nuestra legislación (Código del Consumidor), la regla general de buena fe es de carácter objetivo. Como lo indica De la Puente, "el criterio objetivo (de buena fe) consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, o sea un prototipo de conducta social media"[84].

En dicho contexto, deberá verificarse en los hechos si el consumidor actuó como lo hubiese hecho un agente diligente, respecto de un patrón esperado de conducta y sobre la base de ciertos valores sociales relevantes. Al establecerse una regla de buena fe objetiva, lo que la Ley pretende es exigir a todo contratante, no afectar los intereses legítimos de su contraparte. Sobre el particular, Bianca afirma que la buena fe, entendida como la exigencia de tratar leal y equitativamente a la otra parte firmante, se enmarca dentro del límite del sacrificio apreciable, de modo

[83] PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona, Bosch, 1981, p. 415 y 416.

[84] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. XI, Tomo II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 34.

que “exige que una parte tenga en consideración la utilidad de la contraparte en los límites en los que ello no le importe un sacrificio apreciable”[85].

Por su parte, Europa continental, tiene como referente la Directiva N.° 93/13/CEE (Comunidad Económica Europea), de fecha 05 de abril de 1993, que en su parte considerativa, delinea alguno de los alcances del deber de buena fe, de la siguiente forma: “Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego: que en esto consiste la exigencia de la buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta”.

En aplicación de la comentada regla objetiva de la buena fe, valores ajenos a los meros intereses subjetivos contractuales, terminan por afectar severamente al derecho contractual, con sus componentes: lealtad, solidaridad, equidad, etc., que se constituyen en su finalidad y responden a intereses públicos. Estos valores de carácter social o público, son pues, preceptos normativo-contractuales que limitan la voluntad de las artes, con la finalidad de eliminar u evitar situaciones arbitrarias.

La buena fe, pues, juega un rol importantísimo y determinante al cuestionar el carácter abusivo o no de una cláusula en un contrato de consumo. Al respecto puede verse en los artículos 48 y 49 del Código del Consumidor: “Artículo 48.- Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, deben cumplirse los siguientes requisitos (…): c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. Artículo 49.- Definición de

[85] BIANCA, Massimo. “Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho privado europeo”, En: *Ius et veritas*, N.° 38, Lima, julio 2009, p. 26.

cláusulas abusivas. 49.1. En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos".

Queda claro entonces que la falta de buena fe –equidad en la configuración de una relación de consumo determina entonces el carácter abusivo de las cláusulas pre-estipuladas, se dará, con indiferencia de si el consumidor conoció o leyó o no su contenido, cuando aquel no haya podido negociarlas.

2.2.6. CLAUSULAS ABUSIVAS

2.2.6.1. Conceptualización

En el ámbito de la legislación nacional, el Reglamento de Transparencia de la SBS[86], en su Artículo 46° conceptualiza el termino de cláusulas abusivas con la siguiente redacción: "Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (…)".

En el pensamiento del maestro De la Puente y Lavalle[87] una cláusula es catalogada como abusiva cuando reporta una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro en una relación contractual específica. También se les denomina cláusulas vejatorias, en tanto, agravan la posición de un contratante, en casos en que este último se adhiere al contrato predispuesto o pre-redactado.

Según Carlos Lasarte: "La cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio

[86] Resolución SBS Nº 1765-2005, del 29 de noviembre de 2005; obtenida el 10-08-17, en: http://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/ResolucionSBS1765-2005-SBS.pdf

[87] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo III, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 202.

importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general (…)"[88].

Por su parte, a decir de Soto Coaguila[89] se considerarán abusivas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, según el autor, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia de ello, una desnaturalización o desequilibro en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido éste, como un principio rector, un comportamiento leal y honesto de los contratantes en la negociación, celebración y ejecución del contrato.

En esa línea de pensamiento, el maestro Luis Moisset de Espanés, refiere que: "generalmente las cláusulas abusivas se presentan dentro de las condiciones generales que solemos encontrar en los contratos predispuestos, propios de la contratación masiva, donde una de las partes debe aceptar sin mayor discusión las estipulaciones incluidas por el predisponente, (…) que suele aprovechar para obtener ventajas a su favor (…). Esta modalidad contractual no es en sí misma condenable, y resulta casi indispensable para el aprovechamiento y comercialización de bienes que son de consumo masivo, pero (…) en algunos casos se convierte en instrumento de explotación que es utilizado por quien tiene el monopolio de esos bienes, para imponer condiciones abusivas o leoninas"[90].

Manuel A. Torres Carrasco esboza una síntesis al respecto, manifiesta que: "la cláusula abusiva es toda aquella estipulación no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante

---

88 LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios.* Madrid, Dykinson, 2003, p. 144.

89 SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima, Grijley, 2005, p. 113.

90 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Arbitraje y prescripción*, obtenido el 23-08-17, en: http://www.castillofreyre.com/biblio-arbitraje/vol5/DIA-23.pdf, p.176.

de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio del consumidor”[91].

2.2.6.2. Características de las cláusulas abusivas

Entre las más importantes, pueden destacarse las siguientes:

1) Lo que determina la vejatoriedad es el desequilibrio normativo.

2) La vejatoriedad debe ser la existente al momento de la celebración del contrato.

3) Para determinar si una cláusula es o no vejatoria se debe interpretar el contrato sistemáticamente, considerándolo como una sola unidad.

En la Resolución N.° 078-2012/SC2-INDECOPI, puede verse como la entidad trata al respecto de las principales características de las cláusulas abusivas, que: “Sobre el particular, Alpa considera que para determinar si nos encontramos ante una cláusula abusiva debe constatarse un desequilibrio que presente dos características: que sea significativo y que se refiera a derechos y obligaciones de las partes, es decir, que tenga naturaleza jurídica, no económica, siendo que el juez no puede valorar la adecuación económica de la contraprestación o del precio. Así, para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario que: (i) La cláusula ocasione una desventaja al consumidor; (ii) La cláusula esté inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y, (iii) La cláusula ocasione una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación entre la posición del proveedor y la posición del consumidor".

2.2.7. NULIDAD DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

La doctrina en su mayoría ha sostenido que, en los contratos masivos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación o por adhesión serán nulas e ineficaces las cláusulas abusivas vejatorias que existen en ellos. En este contexto, la nulidad se presenta como una forma de corregir los desequilibrios contractuales tutelando a la parte débil de la relación, pues si bien la Constitución garantiza la libre

[91] TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Las Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor*. Lima, Gaceta Jurídica, 2011, p. 65.

iniciativa económica (artículo 58°), con igual o superior fuerza impide la discriminación social y defiende la dignidad y los intereses de los consumidores y usuarios (artículos 1°, 2°.2, 65°).

Respecto a la nulidad de las cláusulas abusivas, surge la interrogante de si ella puede recaer sobre todo el contrato o únicamente sobre la cláusula calificada de abusiva. Partiendo de la premisa, de que el abuso del contratante que redacta el esquema contractual puede recaer sobre todo el contrato o sobre alguna cláusula en particular, la nulidad puede afectar tanto al contrato en su totalidad, como a una cláusula en particular. La determinación finalmente deberá corresponder al juez, pero a solicitud de la parte contratante afectada con la cláusula abusiva. No obstante, si una cláusula abusiva declarada nula es esencial en el contrato, el juez debe, sobre la base del principio de conservación del contrato, tratar de mantener la relación contractual mediante la aplicación de normas supletorias, solo si ello no resulta posible, entonces decidirá la nulidad de todo el contrato.

Una parte de la doctrina refiere que la acción de nulidad es *individual* porque procede sobre estipulaciones contenidas en un contrato ya celebrado entre un singular proveedor y un singular adherente. Contrario a dicha postura, el profesor Torres Vásquez[92] es de la opinión que debe legislarse respecto de la acción inhibitoria a fin de que las asociaciones de consumidores, accionen contra los proveedores que, utilicen formularios de contratos por adhesión o cláusulas generales, a fin de que el juez determine la eventual vejatoriedad de las estipulaciones allí contenidas y emita una resolución que inhiba su uso.

De este modo la acción inhibitoria no sería individual, porque, sería ejercitada por organizaciones protectoras de intereses colectivos[93] y se dirige contra todos los proveedores que utilizan cláusulas predispuestas; además, cumpliría una función preventiva al prohibir la inserción de estipulaciones abusivas en futuros contratos.

2.2.7.1. El objetivo de la invalidez de las cláusulas abusivas

Principalmente la razón de ser de esta declaración de invalidez es proteger a la parte débil que no tiene el poder de negociar el contenido contractual. Doctrina

[92] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Contratación Masiva Protección al Consumidor*. Lima, Motivensa, 2009, p. 176.
[93] ASPEC, en el caso peruano constituye una de las asociaciones más representativas del país, que vela por la defensa de los derechos del consumidor.

autorizada es de la posición que con la sanción de nulidad se crea una suerte de antídoto de razonabilidad y de justicia contra aquellas cláusulas apartadas del justo equilibrio entre las posiciones de la parte contratante y buena fe.

Esta visión es bastante importante, dado que en los tiempos actuales se ha deshumanizado el contrato, se ha dado prevalencia a una forma de contratación que si bien agiliza el tráfico comercial, deja de lado la parte axiológica, aquella según la cual las diversas figuras jurídicas son para el bien de la sociedad y esta halla su sentido en la persona, como fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 1° de la Constitución Política del Estado).

2.2.7.2. Afectación orden público como causal de nulidad del acto jurídico

El acto jurídico, entendido como una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, se limita de diferentes maneras por el mismo ordenamiento jurídico, a través de las prohibiciones generales y especiales restringen las posibilidades de actuación de la autonomía privada. Dentro de estas prohibiciones generales, encontramos al orden público y a las buenas costumbres.

Es justamente por ello, que de conformidad al inciso 8) del artículo 219° del Código Civil, el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa. El artículo V del Título Preliminar establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan el orden Público.

Al respecto del orden público se han dado variadas definiciones. Torres Vásquez[94], entiende por orden público: “al conjunto de principios fundamentales, sean públicos o privados, sociales, económicos, culturales, éticos y hasta religiosos, positivizados o no en la ley, que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica. Garantizan a los asociados un ambiente de normalidad con justicia y paz, y aseguran la existencia y estabilidad del Estado, sus poderes y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes”. A decir del citado autor,

[94] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico.* Lima, Instituto Pacífico S.A.C., 5ta. Ed., 2015, p. 996.

las normas del orden público, no solo se circunscriben a disposiciones escritas, sino que también abarcan normas no escritas, principios que pueden deducirse de la Constitución Política y del examen del ordenamiento jurídico en general.

Por su parte, expresa Figa Faura[95] que: "el orden público se presenta, pues, como una realidad social, que rodea, protege y condiciona al individuo, formada por una determinada y, por tanto, previsible uniformidad de conductas. El orden público indica al individuo tanto el repertorio de posibilidades de que dispone para sí como el repertorio de posibilidades de los demás. El individuo sumergido en un determinado orden público se encuentra en terreno conocido en que la posibilidad de sorpresas y, por tanto, de inseguridad es mínima. El acto contrario al orden establecido es elemento 'sorprendente' y causa inseguridad".

En consecuencia, estando a la relevancia del concepto desarrollado, queda claro que el acto jurídico que contraviene a una norma imperativa, el orden público o las buenas costumbres debe ser sancionado con nulidad, entendiendo por nulidad a la forma más grave de invalidez negocial que importa la definitiva inidoneidad del acto para producir efectos. Pudiendo ser dicha nulidad expresa o textual, cuando viene dispuesta textualmente en la ley con las expresiones: "es nulo" o "bajo sanción de nulidad"; o virtual o tácita, cuando sin ser declarada directamente por la ley, se infiere del contenido del acto jurídico, por contravenir a las normas imperativas, al orden púbico o a las buenas costumbres.

2.2.8. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN CONTRATACIONES ABUSIVAS

2.2.8.1. El poder desmedido determina la desigualdad contractual

La parte fuerte en la relación contractual es la que tiene el poder económico, de este abusa; y generalmente quien lo ostenta en el mercado son las empresas, en sus distintas formas de constitución. Así pues, este poder económico empresarial existente en los mercados, por lo general, es el que determina la desigualdad económica que hay, entre estas y los consumidores; y a consecuencia de ello, se genera que los mercados, en su mayoría, consistan en una contratación desigualdad

[95] FIGA FAURA, Luis. "El nuevo título preliminar del Derecho civil y el Derecho catalán", en *Documentación Jurídica,* N.° 4, Madrid, octubre-diciembre de 1974, p. 274.

desequilibrada entre estos agentes económicos, misma que lógicamente se traducirá en una contratación injusta.

Crawford Brough Machpherson al respecto de la contratación hace una definición precisa: "Cuando los capitales corporativos llegan a ser tan grandes que pueden controlar los mercados en lugar de ser controlados por ellos, ya no se puede decir que el mercado trata a los compradores y los vendedores de igual manera, ni que todo intercambio es por definición un intercambio justo"[96]. Y justamente esta desigualdad o injusticia contractual, producida como realidad socioeconómica derivada de la desigualdad económica de las partes del contrato, la que empezó a exigir que jurídicamente, en el mercado, sea necesaria la corrección de esta injusticia por parte del Estado.

Esta desigualdad pues, importa la obtención de ventajas o beneficios en desmedro de la parte débil económicamente, la cual recibe desventajas y perjuicios, provocando una situación de injusticia social en la contratación; hecho que no debe dejar de remediar el Estado mediante su intervención. Parte identificada principalmente en el consumidor.

Georges Ripert explica que esta injusticia social la produce la adopción del principio de autonomía de la voluntad, como consecuencia de la adopción del régimen económico de Economía delibre Mercado: "El liberalismo se afirmaba a través de la libre conclusión de los contratos. El contrato permite cambiar productos y servicios y el derecho clásico lo considera justo porque es discutido y consentido por las partes. Pero esto supone, se dice, igualdad de fuerzas y libertad de conclusión. Si uno de los contratantes puede imponer su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a adherirse sin discutir, el contrato no es otra cosa que la ley del más fuerte. Si los empresarios capitalistas imponen sus condiciones a su clientela y a su personal, falsean la noción de contrato, tal como el código civil nos lo presenta"[97].

Así pues, en dicho contexto es que comenzó también a exigirse el Dirigismo Contractual, materializado por el Estado social mediante el intervencionismo

---

[96] MACPHERRSON, Crawford Brougth, "Ascenso y caída de la Justifica Económica", En: *Ascenso y caída de la Justicia Económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en la democracia del siglo XX*. Buenos Aires, Manantial, 1991, p. 27.

[97] RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada, Comares, 2002, p. 126.

estatal en las contrataciones. Al respecto Christian Larroumet desarrolla acertadamente: "Según la doctrina del Estado providencia, correspondencia a la autoridad estatal atender el bienestar de los miembros del cuerpo social y la satisfacción de sus necesidades especialmente en el orden económico. Las voluntades de derecho no están en condiciones de satisfacer esas necesidades, no solo porque ellas no pueden conseguir ese fin sino de un modo anárquico, sino porque es el más fuerte, social y económicamente, el que impone su voluntad al más débil. En estas circunstancias, la doctrina del Estado providencia, que confía al Estado el cuidado de redistribuir las riquezas, alcanza el proteccionismo social, en virtud del cual la libertad contractual es solo un señuelo, debido a la desigualdad socioeconómica fundamental de los sujetos de derecho"[98].

Explica Torres Méndez que "la solución jurídica para que el Dirigismo Contractual fuera posible, fue tener que, pues, el principio jurídico en que sustenta la contratación. Fue de esta manera como se produjo el cambio principista de Autonomía de la Voluntad, por Autonomía Privada; con lo cual el contrato cambió su concepto de subjetivo e individualista o liberal, a objetivo y social"[99].

En efecto, a la actualidad el concepto subjetivo e individual y liberal del contrato ha sido superado por el concepto objetivo y social del mismo; con el fin principal de que se permita el intervencionismo estatal en la contratación y con ello corregir las desigualdades e injustos que produce en la misma, la desigualdad entre las partes contratantes, esto es, encontrar una armonía de libertades que restablezca una cierta justicia conmutativa.

Para el principio de autonomía privada, la potestad normativa en que ella consiste no es pues un derecho natural que tienen todos los seres humanos; sino un derecho que les ha sido delegado u otorgado por el Estado mediante las leyes. Es por ello que el Estado, así como da esta autonomía para regular sus intereses mediante actos jurídicos, también se las puede restringir.

---

98 LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*. Volumen I, Bogotá, Temis, 1993, p. 90.
99 TORRES MÉNDEZ, Miguel. Op. cit., p. 109.

2.2.8.2. Abusos en la contratación masiva

En la actualidad la parte débil de la contratación o mercado es la que participa en la contratación masiva. En este tipo de contratación a dicha parte se le conoce con el nombre de “consumidor”. La parte fuerte, por otro lado, la representan las empresas que producen o comercializan masivamente bienes y servicios. Y es la necesidad de celeridad en el consumo de los bienes y servicios, la que les permite poder efectuar contratación con poco o ninguna posibilidad de negociación; y con ello la parte fuerte como abusos y violaciones de los derechos de la parte débil que son los consumidores.

Por dicha necesidad es que actualmente se encuentra consagrado el Derecho de Protección al Consumidor, el cual está formado por leyes especiales que regulan tal protección.

2.2.8.3. Necesidad de intervencionismo en las cláusulas generales de contratación

Eduardo Polo explica, en función de la modalidad más representativa de la Contratación en Masa, la cual es el de las Cláusulas Generales de Contratación; que la necesidad del intervencionismo estatal en la contratación se da a efectos de proteger a la parte más débil de la misma (los consumidores): “Por encima de esa ley contractual voluntariamente asumida por los contratantes y que se apoya en su libre consentimiento, ha de existir también otra Ley que debe imponerse con carácter general o imperativo o independiente de la voluntad de las partes y cuya ´misión consiste no tanto en impedir la libertad de contratar cuanto en proteger esa libertad impidiendo precisamente el abuso de una parte sobre la otra y eliminando en lo posible los efectos del desequilibrio económico de los contratantes. El problema sin embargo, no es nuevo, e incluso se podría afirmar que es uno de los que cuentan con una más amplia y antigua atención doctrinal entre los estudiosos de Derecho privado, si bien no ha sido hasta la fecha reciente cuando el tema de las condiciones generales de los contratos se ha erigido, al amparo del movimiento

de defensa de los consumidores y usuarios, en una de las preocupaciones esenciales de los legisladores de nuestro tiempo"[100].

Esta participación o intervencionismo es solo parcial, porque solo tiene como finalidad corregir la injusticia social de contenidos contractuales desiguales, modificando para ello los mismos. Y la lógica consecuencia contractual de este intervencionismo, será pues, la mutabilidad del contrato.

Las inexorables consecuencias de la aplicación del principio de autonomía privada, como resultado de la adopción del régimen económico de Economía social de mercado, será pues la creación de un Estado Social o parcialmente intervencionista y la mutabilidad del contrato, las cuales son situaciones que siempre le van a ser favorables a los consumidores.

2.2.8.4. Expresión del intervencionismo

Este intervencionismo se aplica imponiendo ciertos términos o condiciones igualitarias en los contenidos contractuales por celebrarse; o modificando los contenidos contractuales de los contratos ya celebrados imponiendo también estos términos o condiciones.

2.2.8. LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE COMPENSACIÓN SOBRE CUENTAS SUELDO

2.2.8.1. Derecho de los bancos a compensar en el Sistema Financiero peruano

La compensación se presenta con frecuencia en el Derecho Comercial, tanto en las cuentas corrientes mercantiles como en las bancarias. Al respecto de este último supuesto, el Tribunal de Indecopi en la Resolución Nº 0199-2010/SC2-Indecopi, ha desarrollado que: "para el usuario de entidades financieras, el crédito está constituido por los fondos de las cuentas que el Banco mantiene en su poder, respecto de los cuales este tiene derecho a compensar. Así, las entidades financieras son deudoras respecto de los fondos de las cuentas de ahorro de titularidad de los usuarios, toda vez que el dinero depositado en ellas no es de propiedad del Banco, y son acreedoras respecto de las obligaciones que estos

[100] POLO, Eduardo. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*. Madrid, Civitas, 1990, p. 30 y 31.

usuarios tienen pendientes de pago a su favor, por lo que tienen derecho a compensar la acreencia a su favor (que es la deuda del usuario), con el activo de éste (que es el dinero existente en su cuenta de ahorros).”[101]

En este contexto, resulta importante resaltar que si bien es cierto, los bancos u entidades financieras tienen derecho a aplicar la figura de la compensación a efectos de extinguir créditos con sus clientes, tal derecho no es absoluto, sino que el ejercicio del mismo debe ser interpretado dentro de un marco respetuoso de los límites legales, y no al margen de aquél, pues hacerlo implicaría un serio atentado al orden constitucional, con consecuencias importantes en el desenvolvimiento regular de la convivencia social.

2.2.8.2. Cláusulas que autorizan la compensación sobre cuentas sueldo

Es práctica común que la redacción de los contratos de crédito o préstamos personales, incluyan cláusulas pre-redactadas por las entidades financieras, en las que se reconozca el derecho que tienen estas últimas para compensar sobre cuentas que mantienen en el mismo banco que otorga el crédito.

En definitiva, ello no resultaría de ninguna forma abusivo si es que lo que se pactara no fuera que las cuentas susceptibles del ejercicio del derecho de compensar de las entidades financieras, sean también aquellas que contienen fondos correspondientes al depósito de remuneraciones o haberes mensuales del trabajador; empero, lamentablemente, en la actualidad esta situación viene dándose con gran frecuencia, a raíz de que el consumidor autoriza dicha afectación, en un contexto en el cual no se encuentra en iguales condiciones que la otra parte firmante: banco, como se explica ampliamente en los párrafos siguientes.

2.2.8.3. Limitaciones al ejercicio del derecho de compensación bancaria

El derecho de compensación en favor de las entidades financieras se encuentra reconocido en el inciso 11) del Artículo 132° de la Ley N.° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros -, bajo la siguiente redacción: “Formas de atenuar los riesgos del ahorrista (…) 11. El derecho de compensación de las

[101] Resolución ubicada el 09-09-17, en: http://e.gestion.pe/128/doc/0/0/1/1/8/118473.pdf

empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere".

Cabe indicar, en este punto, que el ejercicio de dicho derecho, no es uno irrestricto, sino que en la parte *in fine* del mismo texto legal se han precisado límites, al señalar que no pueden ser objeto de compensación los activos que han sido declarados – legal o contractualmente- intangibles o excluidos de este derecho.

Ahora bien, para saber cuáles son aquellos activos excluidos de este derecho a los que se hace referencia, basta con remitirnos al Artículo 1290° Código Civil, el cual prescribe textualmente que se encuentra prohibida la compensación: "1. En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado; 2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato; **3. Del crédito inembargable**; 4. Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley". (negrita agregada).

Conforme se ha desarrollado previamente, a efectos de nuestra legislación, los bienes de carácter inembargable se encuentran señalados en el artículo 648° del Código Procesal Civil, el cual considera como tal, entre otros, a: "**Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte"**. (negrita agregada).

Lo que se pretende con esto último, es pues, salvaguardar un porcentaje de las remuneraciones del trabajador sobre la satisfacción del crédito del trabajador, dada la naturaleza alimentaria del derecho bajo comento. Dicho de otro modo, lo que se busca es lograr un cierto equilibrio de intereses entre el trabajador afectado con la medida y el interés de satisfacer la deuda de sus acreedores.

En este entendido, de la interpretación sistemática de todos dispositivos legales citados, queda claro que las cosas que no son embargables –como la remuneración cuando no exceda de cinco Unidades de Referencia Procesal –, no están comprendidas en la prenda común o general que los acreedores tienen en el patrimonio de su deudor, y en consecuencia, si éstas cosas no pueden ser afectadas para pagar a los acreedores de aquel a quien son debidas, los créditos cuyo objeto

constituyen, no son pasibles de compensar, pues la compensación no es más que un doble pago abreviado, a través de la extinción recíproca de obligaciones.

Consecuentemente, no se podría a través un contrato de préstamo crediticio, imponer la condición de compensar sobre activos cuya protección está dada legalmente; ya que esto importaría, propiciar una renuncia por vía indirecta, de lo que por vía directa se encuentra prohibido.

2.2.8.4. El abono de la remuneración en una cuenta bancaria no cambia su naturaleza

En la doctrina y en el ámbito judicial se mantiene aún la discusión sobre el alcance de la protección legal a las remuneraciones que dejan de estar con el empleador y son ingresadas en una cuenta bancaria del trabajador, denominada también "cuenta sueldo".

La posición que defiende la tesis de que sólo están protegidas las remuneraciones que se encuentran en poder del empleador – y no así cuando las abona directamente en cuentas bancarias porque aquellas dejan de ser tal cambiando su naturaleza jurídica a un simple depósito-, sostiene que sobre dicho contexto es plenamente aceptada la posibilidad de embargo y compensación por parte de las entidades financieras. Se respalda, principalmente, en el pronunciamiento de la Superintendencia de Banca y Seguros, que a través del Oficio N.° 34376-2009-SBS, concluyó que el dinero depositado en cuentas de pago de haberes no tiene carácter de remuneración, argumentando: *"(...) las remuneraciones o pensiones percibidas por los trabajadores, cesantes y jubilados según corresponda, pierden dicho carácter al momento de transferirse a una cuenta bancaria, pasando a convertirse en un depósito irregular como los demás existentes en la empresa depositaria (cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etc), los cuales no son bienes inembargables, sino que se encuentran expuestos al eventual ejercicio del derecho de compensación a que se ha hecho referencia anteriormente (...)"*.

No obstante de esto, cabe precisar que la posición antes expuesta, se presenta como un argumento meramente formal y débil, pues si bien se embarga una cuenta corriente, al no existir jurídicamente la categoría de "cuentas sueldo",

materialmente resulta indiscutible que la medida recae sobre el sueldo del trabajador, cuya protección ha quedado ampliamente señalada.

Aunado a ello, no puede pasar inadvertido el hecho de que el artículo 18º del Decreto Supremo Nº 003-2010-TR, que modificó al el Decreto Supremo Nº 001 - 98 –TR, sobre planillas de pago establece en su primer párrafo textualmente lo siguiente: *"El pago de la remuneración podrá ser efectuada directamente por el empleador o por intermedio de terceros, siempre que en éstos caso permita al trabajador disponer de aquella en la oportunidad establecida, en su integridad y sin costo alguno"*.

Traduciéndose el significado de este último dispositivo, en que la remuneración puede ser pagada por el empleador directamente al trabajador o que dicha remuneración puede ser pagada a través de un tercero, en este caso una institución bancaria, con lo cual queda claramente sentado que la naturaleza remuneratoria no se pierde por el simple hecho del depósito, pues es ese tercero (la entidad bancaria) el encargado de pagar la remuneración, como contraprestación al trabajo desplegado.

En conclusión, es de afirmar que el pago de las remuneraciones que se efectúa transfiriendo depósitos a las cuentas de ahorro, cuantas corrientes, de haberes, o cualquier denominación, abiertas por los trabajadores tienen la misma naturaleza que el pago realizado directamente por el empleador, por tanto, la naturaleza remunerativa.

Siendo ello así, queda desvirtuado el argumento, que carente de sustento válido, defiende la tesis de que las remuneraciones depositadas en cuentas bancarias, sea cual fuese su denominación, pierden la naturaleza remunerativa; pues la modalidad en que se efectúe el abono no altera u enerva, como se ha desarrollado previamente, en forma alguna su carácter.

2.2.9. PRONUNCIAMIENTOS DE INDECOPI FRENTE A LAS CLÁUSULAS DE COMPENSACIÓN BANCARIA SOBRE REMUNERACIONES

2.2.9.1. Resolución N.º 0199-2010/SC2-Indecopi[102]

La señora María Aurora Gonzales Espinosa formuló denuncia contra el Banco de Crédito del Perú y contra la empresa Soluciones en Procesamiento S.A. por haber descontado de su cuenta de remuneraciones las sumas de S/.719.70 soles y S/.2, 653.37 soles, los días 28 de setiembre de 2007 y el 14 de diciembre de 2007, para compensar con estos montos la deuda que mantenía la consumidora por su tarjeta de crédito. Además de los descuentos, la consumidora denunció haberse visto afectada por la medida de bloqueo que aplicó el banco sobre la cuenta en cuestión, para permitir, según versión del Banco, los descuentos correspondientes.

En su defensa, el Banco manifestó que estaba facultado a proceder como lo hizo, las siguientes razones:

i) La deuda era cierta y exigible y, en consecuencia, pasible de compensar.
ii) Se contaba con la autorización para aplicar la figura de compensación que la propia consumidora había otorgado al suscribir el contrato de tarjeta de crédito, en el otorgamiento de un préstamo crediticio por parte de la entidad financiera.
iii) Los fondos en la cuenta de sueldos no tenían tal naturaleza, pues finalmente, la cuenta bancaria es una cuenta de ahorros y, por lo tanto, una vez depositado un monto en ella, perdían la naturaleza de sueldo o remuneración y pasa a ser simplemente un fondo de ahorros. Ello, basado en el Oficio Nº 34376-2009-SBS emitido por la Superintendencia de Banca y Seguros, en el cual dicho ente supervisor estableció que las remuneraciones depositadas en las cuentas bancarias de los trabajadores perdían su naturaleza de sueldo al ser ingresados en la cuenta.

Al analizar el caso concreto, la Comisión de Protección al Consumidor verificó, de las pruebas que obran en el expediente, que en el contrato de crédito

[102] Resolución Indecopi 29 de enero del 2010 {Resolución N.º 0199-2010/SC2-INDECOPI} [ubicado el 10-06-17, en http://e.gestion.pe/128/doc/0/0/1/1/8/118473.pdf

personal– suscrita por las partes, se establecía que en una de sus cláusulas lo siguiente:

> *"1.- Condiciones generales de las cuentas corrientes, de ahorro, plazo fijo, CTS, y de las tarjetas bancarias, en el Banco de Crédito del Perú (...)*
> *2.- El Banco queda expresamente facultado por el cliente para que, sin necesidad de previo aviso, pueda proceder respecto a cualesquiera de sus cuentas, depósitos o valores, a: (...), b. Cargar cualquier obligación directa o indirecta se le adeude, aún de aquellas cedidas o endosadas al Banco por terceros acreedores del Cliente, y/o las que este haya garantizado; sea por capital, intereses, comisiones, tributos o gastos. Asimismo, podrá retener y aplicar a los adeudos cualquier suma o valor que tenga en su poder o reciba a favor del cliente por cualquier concepto y en cualquiera de sus oficinas, Filiales o Subsidiarias, en el país o en el exterior".*

Teniendo en cuenta tal verificación, en primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor declaró infundada la denuncia, bajo el argumento de que la compensación era válida al contar el Banco con la autorización expresa de la consumidora para hacer el débito de su cuenta sueldo.

Dicha decisión fue materia de impugnación y, en segunda instancia, el Tribunal del Indecopi revocó la primera resolución y declaró fundada la denuncia contra el Banco. El Tribunal sustentó su revocatoria en el hecho que, no obstante de la existencia de una cláusula contractual en la cual la consumidora quejosa autorizaba al Banco a efectuar el descuento de sus fondos depositados para el pago de sus deudas, aplicando de esta forma la figura de la compensación, dicha autorización, necesariamente, debía darse en concordancia con el ordenamiento legal.

En consecuencia, a criterio del Tribunal, si bien al amparo del artículo 132° de la Ley N.° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, las entidades financieras pueden aplicar la figura de la compensación, esta no puede reputarse como válida si transgrede los límites fijados por el artículo 648 del Código Procesal Civil en referencia a los bienes de carácter inembargable, dado que el artículo 1290 del Código Civil establece que la compensación se encuentra prohibida en los casos de créditos inembargables. Por lo cual el Banco solo debió

efectuar el débito de sus cuentas en la medida que hubiera fondos que ya no tuvieran el carácter de inembargable.

Este primigenio criterio, que en su oportunidad defendió el Tribunal de Indecopi, ha sido también compartido por nuestro alto Tribunal Constitucional, en el sentido de que ambas autoridades consideran que el dinero depositado en cuentas de pago de haberes tiene el carácter de remuneración. De allí su conclusión en el sentido de que tales depósitos son inembargables.

Asimismo, el Tribunal desestimó el criterio señalado en el Oficio Nº 34376-2009-SBS emitido por la Superintendencia de Banca y Seguros, en el cual el banco sustentaba el argumento de que las remuneraciones perdían tal carácter cuando eran depositadas en cuentas de la entidad; por cuanto, sería incoherente que el banco registre en los estados de cuenta el ingreso de dinero bajo el concepto "haberes 5.a Cat." y pretenda luego sostener que no tienen el carácter de sueldo.

B) Resolución Nº 3448-2011/SC2- Indecopi[103]

En este caso, la consumidora formuló denuncia contra el banco Scotiabank del Perú S.A.A., por haber descontado de su cuenta de sueldo las sumas de S/.395.11 y S/.383.73, para compensar la deuda que mantenía esta consumidora por un préstamo personal. Al igual que en el primer caso comentado, en este, la consumidora al suscribir el contrato de otorgamiento de préstamo crediticio con el Banco, autorizó al mismo a efectuar el débito de su cuenta de sueldo para el pago de las cuotas del préstamo. Los argumentos de cada una de las partes no difieren mucho de los que se expresaron en el caso entre el Banco de Crédito y la señora María Aurora Gonzales Espinosa. Sin embargo, el pronunciamiento final fue completamente diferente.

En primera instancia, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi declaró fundada la denuncia efectuada y ordenó a la entidad bancaria la devolución de los montos descontados en exceso de la cuenta de sueldo de la denunciante, al

[103] Cfr. Resolución Indecopi 15 de Diciembre del 2011 {Resolución Nº 3448-2011/SC2-INDECOPI} [ubicado el 10-06-17, en: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-94/2011/Re3448.pdf

no superar los fondos de dicha cuenta el límite de 5 URP que constituye un monto inembargable según el inciso 6) del artículo 648° del Código Procesal Civil.

Esta decisión fue materia de impugnación y, en segunda instancia, el Tribunal del Indecopi revocó la Resolución de la Comisión, declarando infundada la denuncia, estableciendo que el banco procedió correctamente con los descuentos efectuados en la cuenta de remuneraciones de la denunciante, toda vez que esta había autorizado expresamente al banco a efectuar tales débitos.

Los argumentos en que sustentó una afirmación así, en que la compensación representa un beneficio para el consumidor y un incentivo para que las entidades bancarias otorguen créditos con mejores tasas y condiciones para los consumidores. Asimismo, en que los contratos en los que el cliente autoriza la aplicación de dicha figura sobre sus cuentas sueldo, son expresión de su libertad contractual.

El Tribunal del Indecopi efectúa un análisis económico sobre la base del cual concluye que, de no permitir la compensación de las obligaciones bancarias con las cuentas de sueldo de sus clientes, se perjudicaría a los propios consumidores, pues las tasas para los créditos se verían incrementadas.

Según este pronunciamiento la compensación asumida libre y voluntariamente por el consumidor para honrar las obligaciones que mantiene con una determinada entidad bancaria, constituye un acto de disposición patrimonial desplegado en el marco de la autonomía privada y libertad contractual, cuyo reconocimiento es dado por la propia Constitución, y por tanto, una interpretación opuesta a ello, importa desconocer la voluntad expresada por los consumidores en los negocios jurídicos que estos celebran.

2.2.10. ABUSO DEL DERECHO

Se denomina abuso del derecho a aquella situación que se genera cuando el titular de un determinado derecho subjetivo, actúa de forma tal que el despliegue de su conducta y ejercicio de su derecho es contrario a la buena fe, las buenas costumbres o los fines económicos y sociales del Derecho.

A decir del estudioso Torres Vásquez[104]: “Hay ejercicio u omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando su titular actúa contrariando los fines sociales, económicos, políticos o religiosos perseguidos por la norma jurídica que los confirió, o cuando el derecho es ejercido (por acción u omisión) antisocialmente ya sea con la intención de dañar a otro, o sin tener ningún interés apreciable y legítimo, o eligiendo entre varias alternativas, la que mayor puede causar a otro, o si la utilidad perseguida es mínima en comparación al perjuicio anormal o excesivo que causa, o violando la buena fe, la equidad, las buenas costumbres o el deber de solidaridad social”.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, mediante Resolución Nº 1 04-96-TDC, del 23.12.96, estableció las siguientes notas características del abuso del derecho: *"Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento, (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio, (iii) que al causar tal perjuicio el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica y (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe".*

Bajo las definiciones dadas, queda claro que el abuso del derecho opera como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, cuando estos terminan por afectar seriamente derechos ajenos.

[104] TORRES VÁSQUEZ, Anibal, *“Código Civil”.* Lima, Edición al cuidado de Alfredo Alpiste Bazalar, 3ra. Ed., 1996, p. 14.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

A continuación, se desarrollan los conceptos que guardan relación con el tema de la presente investigación:

- **Asimetría informativa:**

  Es la característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores[105].

- **Abuso de posición dominante:**

  El abuso de la posición de dominio en el mercado es una figura calificada por el Derecho de la Competencia como nociva para el correcto funcionamiento del mercado. En esencia es la descripción de una conducta prohibida, cuya realización podría determinar la imposición de una sanción. El carácter punitivo que acompaña a la realización de la conducta demanda también, como es obvio en un estado de derecho, la mayor de las precisiones en la interpretación de su contenido y alcance a los efectos de no generar indefensión en las personas que pudieran realizar la conducta, sin una clara conciencia previa del carácter prohibido de la misma[106].

- **Cláusula Abusiva:**

  Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato[107].

- **Cláusulas Generales de Contratación:**

  Las cláusulas generales de contratación son disposiciones predispuestas, generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos

[105] Artículo IV. Inciso 7 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.
[106] Ubicado el 23-06-17, en: http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/Juan%20 Francisco%20Rojas.pdf
[107] Artículo 46° del Reglamento de Transparencia de la SBS (Resolución SBS Nº 1765-2005, del 29 de noviembre de 2005).

individuales y que adquieren fuerza vinculante solo una vez celebrados los correspondientes contratos.[108]

- **Crédito Bancario:**

Operación financiera donde una entidad le concede a otra una cantidad de dinero en una cuenta a su disposición, comprometiéndose la segunda a devolver todo el dinero tomado, pagando además un interés por el uso de esa cantidad. Los créditos bancarios son otorgados por instituciones crediticias, típicamente los bancos, mediante la celebración de un contrato por el que nace la deuda[109].

- **Compensación:**

La compensación es el modo de extinguir las obligaciones vencidas cumplideras en dinero o cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras, y consiste en dar por pagada la deuda de cada uno en cuantía igual a la de su crédito, que se da por cobrado en otro tanto.[110]

- **Cuenta corriente:**

La cuenta corriente (cta. cte.) es un contrato bancario donde el titular efectúa ingresos de fondos. Con una cuenta corriente se puede disponer de los depósitos ingresados de forma inmediata a través de talonarios, cajeros automáticos o la ventanilla de la caja o banco. Una cuenta que no genera intereses a favor del titular[111].

- **Cuenta de Ahorro:**

Cuenta de ahorro es un contrato firmado entre una persona física o jurídica con una entidad financiera y por el que dicha persona puede ingresar en dicha entidad

---

[108] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas", En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 658, marzo-abril, 2000, p.1226.

[109] Ubicado el 20-05-17, en: http://concepto.de/credito-bancario/#ixzz4d1Q9aXPV

[110] ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. "*Efecto Automático de la Compensación*" en *Estudios de Derecho Civil en Honor al profesor Costan Tobeñas*. Vol IV, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1969, p. 37 – 38.

[111] https://es.wikipedia.org/wiki/Cuenta_corriente_(banca)

importes en efectivo que conforman un saldo a su favor del que puede disponer de forma inmediata, parcial o totalmente[112].

- **Derechos Humanos:**

Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional[113].

- **Depósito Bancario:**

Figura en la cual el cliente depositante entrega al banco una determinada suma de dinero cuya propiedad adquiere y de la que por tanto puede disponer, pero que en todo caso ha de custodiar, con el compromiso de devolver una suma igual a la recibida en la moneda, tiempo y forma convenida.[114]

- **Libertad Contractual:**

La libertad contractual que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución, también conocida como libertad de configuración interna, es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato[115].

- **Normas Imperativas:**

Son aquellas que contienen mandatos que imperan independientemente de la voluntad de las partes, es decir, no pueden ser derogadas por los particulares al regular sus intereses mediante el acto jurídico, cualquiera sea el fin que se propongan alcanzar; están destinadas a tutelar intereses superiores a los relativos a la esfera jurídica de los que intervienen en la celebración del acto jurídico[116].

---

[112] *Guillermo Barral Varela*, En: http://www.expansion.com/diccionario-economico/cuenta-de-ahorro.html

[113] PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 7ma. Ed., 1998, p. 23.

[114] VALENZUELA GARACH, Fernando "La contratación de las entidades bancarias. Nociones preliminares", En: *Derecho Mercantil*. Barcelona, Editorial Arel, 1995, p. 446.

[115] STC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados).

[116] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op. cit., p. 994.

- **Nulidad:**

La nulidad es la manifestación de la sanción más radical de la invalidez del acto jurídico, prescrita por la ley, por adolecer de un elemento o requisito de validez, que se produce por una causa originaria, congénita, orgánica[117]. En este entendido, se denominará acto jurídico nulo a aquél que, por haberse celebrado faltando un requisito o elemento de validez o contraviniendo a normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, no es apto para producir los efectos jurídicos que le son propios[118].

- **Relación de consumo:**

Es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que la ley asigne a los elementos que la componen: sujetos objeto, fuentes. La relación de consumo es el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, por lo que debe comprender todas las situaciones posibles[119].

- **Remuneración:**

También denominado salario. Es la contraprestación del trabajo, es la prestación básica del empresario, correlativa con la prestación básica del trabajador. Asimismo constituye la causa por la que el trabajador contrata con el empleador[120].

- **Orden Público:**

Es el conjunto de principios fundamentales (públicos, privados, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos, positivizados o no en la ley) que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica[121].

---

[117] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Op. cit., p. 963.
[118] ALBALADEJO, Manuel. *Curso de derecho civil español.* Tomo I, Barcelona, Bosch, 1982, p. 535.
[119] MOSSET ITURRASPE, Jorge; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. *Ley 24.240.* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 85.
[120] OLEA, Manuel Alonso; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Op. cit., p. 329.
[121] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico". Vol. II, Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 5ta. Ed., 2015, p. 996.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DEL PROBLEMA

3.1. RESULTADOS DOCTRINARIOS

El desarrollo doctrinario de la presente investigación, brinda los siguientes resultados:

La obligatoriedad de los actos jurídicos, entre ellos el contrato, siempre dependerá del principio general que jurídicamente se adopte para la determinación o imposición de dicha obligatoriedad, sea el Principio de Autonomía de la Voluntad o el Principio de Autonomía Privada.

El Principio de Autonomía de la Voluntad, para diferentes autores como Gino Gorla[122], Jean Carbonier[123], Massimo Bianca[124] y Torres Méndez[125], considera que la obligatoriedad de los actos jurídicos proviene o emana de la voluntad humana, es decir, le da un poder normativo determinando que ésta es lo único que cuenta para que los actos jurídicos obliguen a los contratantes, circunstancia la cual, en términos económicos, significa la imposibilidad del intervencionismo estatal en la contratación. Bajo esta concepción, la Autonomía de la Voluntad, como potestad normativa propia de nuestra naturaleza humana, es un derecho natural que el Estado no nos lo puede recortar, porque no nos lo ha dado, sino simplemente debe reconocérnoslo respetándolo siempre íntegramente.

Por otra parte, como reacción a la consagración del Principio de Autonomía de la Voluntad, surgió posteriormente otro concepto para entender a la autonomía negocial y, en consecuencia, para determinar la fuente de obligatoriedad de los actos jurídicos como el contrato. Tal concepto sostiene que la fuente o justificación de esta obligatoriedad no es tanto la voluntad, sino la ley; y se trata del Principio de Autonomía Privada.

---

[122] GORLA, Gino. *El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico).* Tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, 1959, p. 95.

[123] CARBONIER, Jean. *Droit Civil.* Tomo IV, París, Presses Universitaires de France, 1979, p. 43.

[124] BIANCA, Massimo. *Derecho Civil.* Tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 47.

[125] TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Fundamentos de la nueva Teoría General del Contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico*. Lima, Editorial Grijley, 1ra. Ed., 2016, p. 100.

Diversos doctrinarios como Georges Ripert[126] y De La Puente y Lavalle[127], sostienen que esta otra manera de asumir o concebir la autonomía negocial de los seres humanos, así como la obligatoriedad de los actos jurídicos, que deriva de ella; se le conoce también con el nombre de teoría normativista. Lo principal de esta teoría consiste en que la ley no solo garantiza la autodeterminación mediante la contratación, sino que también es ella la que otorga obligatoriedad a la misma. Ahora bien, al ser la teoría normativista opuesta o antagónica, de la teoría voluntarista; ello es lo que hace antagónico al principio de autonomía privada del principio de autonomía de la voluntad.

Al surgir este nuevo Principio de Autonomía Privada, muy bien explica Torres Méndez[128], se produjo la pérdida del valor sacrosanto de la voluntad. Así es, este principio autonómico dejó de ser un dogma por el necesario intervencionismo estatal que debe haber en la contratación; con la finalidad de que el Estado combata la desigualdad económica de las partes de la contratación, realizando protección jurídica del consumidor, por ser la parte débil de la misma; dejando de lado el Principio de Autonomía de la Voluntad, que concebía al contrato desde una perspectiva subjetivista e individualista y admitía el establecimiento arbitrario de la voluntad, sin la menor restricción.

Ahora bien, teniendo en consideración las conceptualizaciones dadas, en la presente tesis se ha optado por realizar el análisis de los problemas e hipótesis formuladas, desde la perspectiva del Principio de Autonomía Privada. Ello pues, por la razón, de que a efectos de verificar la validez o invalidez de las cláusulas de compensación bancaria sobre todo tipo de cuentas, con inclusión de las cuentas sueldo, resulta sumamente importante establecer qué es lo que determina su obligatoriedad y, a partir de ello, la posibilidad de su restricción en tanto la concurrencia de determinados supuestos.

Queda claro que, si optáramos por analizar dichas cláusulas desde la óptica del Principio de la Autonomía de la Voluntad, la conclusión inmediata sería que las mismas son válidas por el simple hecho de que el contrato con la entidad bancaria, es aceptado y firmado por el consumidor; no obstante, ello no sería lo más justo.

---

126 RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Granada, Comares, 2002, p. 126.
127 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *¿Por qué se contrata?* Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001, p. 151.
128 TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Fundamentos de la nueva Teoría General del Contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico*. Lima, Editorial Grijley, 1ra. Ed., 2016, p. 103.

En este escenario, el Principio de Autonomía Privada de la Voluntad y su principio rector cual es la Libertad Contractual, nos permiten concluir que, si bien es cierto, las partes contratantes tienen derecho de poder fijar o determinar ellas, y solo ellas, libre y voluntariamente también, el contenido del contrato que ya han decidido celebrar previamente ejerciendo la libertad de contratar, sin que de por medio exista algún tipo de interferencia externa o ajena a los firmantes; cuando lo suscrito por las partes deriva en una desigualdad o injusticia contractual, producida por la desigualdad económica de las partes del contrato, se exige que jurídicamente, en el mercado, sea necesaria la corrección de esta injusticia por parte del Estado.

Entonces bien, ante una cláusula pre-redactada, que en esencia lo que logra es que el consumidor, con la finalidad de acceder a un préstamo crediticio, termine autorizando a la entidad bancaria a que pueda afectar cuentas que contienen fondos remunerativos; será necesaria una intervención, que se puede traducir en la declaratoria de nulidad (en instancia judicial) o sanción a la parte dominante de la relación contractual que impone tal condición (en instancia administrativa). En ambos casos, en aras de salvaguardar no solo el derecho de libertad contractual, o de intangibilidad de la remuneración que son derechos constitucionalmente protegidos, sino también derechos de los consumidores que se ven afectados al aceptar, en un escenario de desventaja y desinformación, situaciones de ninguna forma van a serle productivas; radicando en dichos puntos, la importancia de asumir una postura doctrinaria como la comentada.

3.2. RESULTADOS JURISPRUDENCIALES

3.2.1. Tribunal Constitucional

- **Expediente N.° 04922-2007-PA/TC**

El Tribunal Constitucional establece que la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado por el empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Agrega que dicho derecho posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

- **Expediente N.° 0020-2012-PI/TC**

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de referirse a la estructura del derecho fundamental a la remuneración, identificando su contenido esencial que es absolutamente intangible para el legislador. En ese entendido, el máximo intérprete de la carta magna, señala que la remuneración debe ser suficiente por constituir el *quantum* mínimo que garantiza al trabajador y su familia su bienestar. En el contexto descrito, es de afirmar que se producirá la vulneración del derecho a la remuneración, en la medida en que se vea afectada la antes aludida característica esencial.

- **Expediente Nº 4188-2004-AA/TC**

El Tribunal Constitucional señala que el reducir las remuneraciones de manera unilateral, vulnera el derecho a la intangibilidad de las remuneraciones y el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución. De este contenido también se puede desprender la conclusión de que la práctica a través de la cual el propio trabajador pone en riesgo la percepción de su remuneración, afecta la intangibilidad y, en consecuencia, resulta inconstitucional.

3.2.2. Corte Suprema

- **Casación N.° 924 – 2001- Lambayeque**

La Corte Suprema reafirma el carácter alimentario de la remuneración, pues señala que su pago es la contraprestación a cargo del empleador por el servicio prestado por el trabajador y está dirigida a cubrir necesidades vitales y familiares de este último.

- **Casación N.° 068 – 2005 – Huánuco –Pasco**

Dicho pronunciamiento estableció que de la interpretación del artículo 1° de la Constitución Política del Estado, se colige que la persona humana y el respecto de su dignidad constituyen el fin supremo del Estado, razón por la cual este debe velar por la tutela y respecto de derechos elementales como el trabajo, cuyo efecto inmediato es procurar la percepción de sus remuneraciones por parte del trabajador, en tanto estas tienen contenido y

carácter alimentario por constituir la fuente esencial de su manutención como el de su familia.

3.2.3. Indecopi

- **Resolución Nº 0199-2010/SC2-Indecopi**

El Tribunal de Indecopi ha desarrollado que para el usuario de entidades financieras, el crédito está constituido por los fondos de las cuentas que el Banco mantiene en su poder, respecto de los cuales este tiene derecho de aplicar la figura de la compensación. En ese sentido, las entidades financieras son deudoras respecto de los fondos de las cuentas de ahorro de titularidad de los usuarios, toda vez que el dinero depositado en ellas no es de propiedad del Banco, y son acreedoras respecto de las obligaciones que estos usuarios tienen pendientes de pago a su favor, por lo que tienen derecho a compensar la acreencia a su favor (que es la deuda del usuario), con el activo de éste (que es el dinero existente en su cuenta de ahorros).

- **Resolución N.° 078-2012/SC2 – Indecopi**

Puede verse como la entidad trata al respecto de las cláusulas abusivas, señalando que para determinar si nos encontramos frente a una debe constatarse un desequilibrio que presente dos características: que sea significativo y que se refiera a derechos y obligaciones de las partes, es decir, que tenga naturaleza jurídica, no económica. Agrega que para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario que: i. La cláusula ocasione una desventaja al consumidor; ii. La cláusula esté inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y, iii. La cláusula ocasione una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación entre la posición del proveedor y la posición del consumidor.

- **Resolución N.° 0199-2010/SC2-Indecopi**

El Tribunal de Indecopi, al resolver en segunda instancia la resolución que fuera emitida en derivada de la queja interpuesta por la señora María Aurora Gonzales Espinosa, cuyas cuentas remunerativas fueron afectadas porque el

banco compensó con las mismas el crédito o deuda que mantenía la consumidora en mención; sustentó su revocatoria en el hecho que, no obstante de la existencia de una cláusula contractual en la cual la consumidora quejosa autorizaba al Banco a efectuar el descuento de sus fondos depositados para el pago de sus deudas, aplicando de esta forma la figura de la compensación, dicha autorización, necesariamente, debía darse en concordancia con el ordenamiento legal.

En consecuencia, a criterio del Tribunal, si bien al amparo del artículo 132° de la Ley N.° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, las entidades financieras pueden aplicar la figura de la compensación, esta no puede reputarse como válida si transgrede los límites fijados por el artículo 648 del Código Procesal Civil en referencia a los bienes de carácter inembargable, dado que el artículo 1290 del Código Civil establece que la compensación se encuentra prohibida en los casos de créditos inembargables. Por lo cual concluyó que el Banco solo debió efectuar el débito de sus cuentas en la medida que hubiera fondos que ya no tuvieran el carácter de inembargable.

La Resolución comentada, si bien fue favorable al cliente, en el sentido de que argumentó la prohibición de la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, no desarrolló con la debida diligencia si las cláusulas que propiciaban la práctica abusiva antes mencionada, podían realmente considerarse como expresión de la libertad contractual; situación la cual motivó que con posterioridad, sea justamente este punto el que determinase el radical cambio en el criterio primigeniamente establecido, conforme se observa en la resolución que se comenta en las líneas siguientes.

- **Resolución N.° 3448-2011/SC2- Indecopi**

En un caso igual al descrito en la resolución anteriormente comentada, en segunda instancia, el Tribunal del Indecopi revocó la Resolución de la Comisión, estableciendo que el banco procedió correctamente con los descuentos efectuados en la cuenta de remuneraciones de la denunciante,

toda vez que esta había autorizado expresamente al banco a efectuar tales débitos, declarando infundada la denuncia de la consumidora.

Los argumentos en que sustentó una afirmación así, en que la compensación representa un beneficio para el consumidor y un incentivo para que las entidades bancarias otorguen créditos con mejores tasas y condiciones para los consumidores. Asimismo, en que los contratos en los que el cliente autoriza la aplicación de dicha figura sobre sus cuentas sueldo, son expresión de su libertad contractual. Queda claro que, el criterio sobre la base del cual las entidades bancarias no podían proceder a la compensación de las cuentas de sueldo de sus clientes, para hacer el pago de las deudas que mantenían frente al propio banco, quedó desvirtuado por el nuevo pronunciamiento del Tribunal del Indecopi.

En consecuencia, el comentario que emerge en el presente caso, es que, como máximo defensor de los derechos de los consumidores, el Tribunal debió centrar la discusión en la validez de las cláusulas que deben aceptar los consumidores para acceder a un crédito bancario, por las cuales se termina inobservando o desconociendo normas de carácter imperativo, como la prohibición de compensación sobre créditos inembargables como las remuneraciones; y si en el contexto en que dichas cláusulas son suscritas, el cliente realmente ejerce su libertad contractual; pues si bien, los sujetos privados, al gozar de autonomía privada, tienen entera libertad contractual para disponer de sus derechos, tal disposición no es irrestricta sino que encuentra sus límites en la normativa y principios que la Constitución o Ley reconocen.

3.3. RESULTADOS NORMATIVOS

3.3.1. Constitución Política del Estado

- **Artículo 2°, inciso 14**

  "Toda persona tiene derecho (…) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público (…)".

- **Artículo 24°**

  "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual".

- **Artículo 65°**

  "El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (…)".

3.3.2. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica

- **Artículo 132, inciso 11)**

  "Formas de atenuar los riesgos del ahorrista (…) 11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No pueden ser objeto de compensación los activos que han sido declarados legal o contractualmente intangibles o excluidos de este derecho".

3.3.3. Código Civil

- **Artículo V del Título Preliminar**

  "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

- **Artículo 219°, inciso 8)**

  "El acto jurídico es nulo (…) 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa".

- **Artículo 1288°**

  "Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra (…)".

- **Artículo 1290°, inciso 3)**

  "Se prohíbe la compensación: (…) 3. Del crédito inembargable (…)".

- **Artículo 1355°**

  "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

3.3.4. Código Procesal Civil

- **Artículo 648°, inciso 6)**

  "Son inembargables (…) 6. "Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte".

3.3.5. Código de Defensa y Protección del Consumidor

- **Artículo 48°**

  "En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, deben cumplirse los siguientes requisitos (…): c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas".

- **Artículo 49°, inciso 1)**

  "En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos".

3.3.6. Reglamento de Transparencia de la Superintendencia de Banca y Seguros

- **Artículo 46°**

  "Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (…)".

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS

4.1. VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

"Las cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo; adolecen de nulidad, al afectar gravosa y perjudicialmente el principio de libertad contractual y el carácter intangible de las remuneraciones, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil".

La libertad contractual, como parte de la autonomía privada, consiste en el derecho que tienen las partes contratantes, de poder fijar o determinar ellas, y solo ellas, libre y voluntariamente también, el contenido del contrato que ya han decidido celebrar previamente ejerciendo la libertad de contratar.

No obstante, en la actualidad, la masificación de bienes y servicios y la necesidad de simplificar y agilizar el tráfico comercial, han desencadenado en el surgimiento de la hoy denominada "contratación predispuesta" o "contratación de consumo", y con ello, en la generalidad de los casos, se ha subsumido la libertad contractual de los consumidores al simple hecho de su firma en aceptación de condiciones que se encuentra previamente redactadas, en tanto, lejos de ser la expresión de la voluntad de ambas partes suscriptoras, este tipo de contrataciones han pasado a convertirse en el instrumento comúnmente utilizado por actores económicos dominantes en el mercado para beneficiarse con la restricción o renuncia de derechos que la parte débil de la relación contractual, quien por urgencia en la satisfacción de determinadas necesidades, falta de información idónea, asimetría y otros factores importantes, termina autorizando en propio perjuicio.

Los casos más comentados de contrataciones predispuestas en las que la libertad contractual se ha visto seriamente conculcada e inclusive principios base que regulan el ordenamiento jurídico, son aquellos que tienen como protagonistas a las entidades bancarias, las cuales aprovechando un escenario de poder o preponderancia sobre la relación contractual, incluyen en contratos por servicios financieros, cláusulas que dada su implicancia negativa en la otra parte firmante, son consideradas "abusivas" o

leoninas. Una de estas cláusulas es la que se encuentra presente en los contratos de préstamos crediticios, consistente en que el cliente – consumidor, autoriza a la entidad bancaria a que pueda hacerse cobro del crédito pendiente de pago, con cualquier tipo de cuenta que el mismo tenga por cualquier concepto en la misma entidad, aplicando la figura de la compensación bancaria, aun cuando la cuenta a afectarse contenga fondos correspondientes a remuneraciones.

Evidentemente, esta práctica representa una grave transgresión en la libertad contractual, no solo por el hecho de que el cliente se encuentra en imposibilidad de negociar el contenido de una cláusula determinada, dado que esta se encuentra previamente redactada por la entidad y de no aceptarla sencillamente no podría acceder al crédito que por diversas circunstancias, solicita con apremio; sino también porque contratos que contienen disposiciones de esta naturaleza, son suscritos en contextos totalmente desfavorables para el consumidor, tales como la ausencia de información suficiente, ignorancia sobre puntos clave, tiempo limitado para la comprensión íntegra de las consecuencias de la aprobación de ciertas condiciones; las cuales en su conjunto, no permiten una decisión diligente, y por sobre todas las cosas, un correcto análisis de la validez de cláusulas que propician la renuncia de derechos que le han sido reconocidos por normas imperativas (como lo es la remuneración).

Empero, no solo la libertad contractual se ve lesionada con el establecimiento de cláusulas que autorizan a los bancos a compensar sobre cuentas sueldo de clientes con los que mantienen créditos pendientes de pago, sino que también se ve afectada una característica inherente a la remuneración, cual es la intangibilidad.

Ahora bien, a efectos de corroborar la afirmación realizada, resulta pertinente anotar, en primer lugar, que la intangibilidad a la que se hace referencia, significa que el derecho a la remuneración, dada su naturaleza contraprestativa y primordialmente alimentaria (al ser útil para satisfacer las necesidades primordiales del trabajador y su familia), no debe verse limitado o restringido injustificadamente; y por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto una serie de medidas para combatir cuatro supuestos en los que la efectiva percepción de la remuneración por parte del trabajador puede verse amenazada, cuales son: (i) frente al empleador, (ii) frente a los acreedores del empleador, (iii) frente los acreedores del trabajador, y (iv) frente al propio trabajador.

Por consecuencia del primer supuesto, el empleador se encontrará imposibilitado de negar la percepción de la remuneración al trabajador cuando aquél haya cumplido con la contraprestación a que está obligado, mientras que el segundo supuesto implicará que ante una concurrencia de acreedores de créditos diversos, se prefiera o prevalezca aquél de naturaleza remunerativa. Por su parte, para el cumplimiento del tercer supuesto, basta remitirnos al inciso 6) del artículo 648 del Código Procesal Civil, en tanto, dicho dispositivo prevé que el acreedor de un crédito con el trabajador, no puede embargar, para hacerse cobro de su deuda con fondos que correspondan a remuneraciones. Finalmente, en el cuarto supuesto, las medidas son tendentes a eliminar o desconocer prácticas desplegadas por el propio trabajador que ponen en riesgo su derecho de la remuneración y, por tanto, se encuentran estrechamente vinculadas con el principio protector y el principio de irrenunciabilidad a derechos laborales, cuyo objetivo en esencia es el logro de un equilibrio en las desigualdades existentes.

Cabe destacar que, justamente en razón de los dos últimos supuestos de protección (frente a acreedores del trabajador y frente a este mismo), el artículo 1290°, inciso 3) del Código Civil y artículo 648°, inciso 6) del Código Procesal Civil, prohíben la figura compensación sobre la remuneración; no obstante, ello se ve afectado cuando arbitrariamente entidades predisponen en sus contratos la autorización de la figura en mención, sobre fondos de cualquier naturaleza, incluyendo los remunerativos.

En el contexto descrito, queda claro que las cláusulas abusivas en mérito de las cuales el salario de un trabajador es afectado por aplicación de la compensación bancaria (sin respetar el estándar de intangilibidad de la remuneración hasta las 5 Unidades de Referencia Procesal), adolecen de nulidad absoluta, por cuanto, con la afectación del principio de libertad contractual, así como la intangibilidad de las remuneraciones, se incurre en la causal prevista en el inciso 8) del artículo 219° del Código Civil, consistente en que un acto jurídico es nulo cuando contraviene al orden público. Ello pues, en virtud de que último concepto en mención: Orden Público, que comprende el respeto de los derechos fundamentales (como el de la remuneración), así como los principios basilares de nuestro ordenamiento jurídico cuyo reflejo constituyen las normas jurídicas y que son imprescindibles para el mantenimiento y progreso de la sociedad (como el principio de libertad contractual), se ve afectado la práctica bancaria de compensar sobre cuentas sueldo.

4.2. VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- **Hipótesis Específica 1**

"El criterio último asumido por Indecopi frente a las cláusulas contractuales que autorizan la figura de la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, no es favorable a la protección del principio de libertad contractual y carácter intangible de las remuneraciones; en tanto, lejos de cuestionar esta mala práctica, avala su legalidad alegando fundamentos carentes de sustento".

Debido a la necesidad imperiosa de corregir la injusticia contractual, la fuente o justificación de la obligatoriedad de los actos jurídicos como el contrato, pasó de ser concebida bajo alcances del Principio de la Autonomía de la Voluntad – cuya perspectiva subjetivista e individualista admitía el establecimiento arbitrario de la voluntad sin la menor restricción-, a serlo desde la óptica del Principio de Autonomía Privada. Este último principio, a diferencia del que lo precedió, encontró su principal fundamento en la ley y no en la voluntad humana, así como en el necesario intervencionismo estatal que debía haber en la contratación, antes, durante y después, con la finalidad de que el Estado, sea dictando leyes, políticas o a través de una injerencia administrativa, combata la desigualdad económica de las partes de la contratación, realizando protección jurídica del consumidor, por ser la parte débil de la misma.

Por el mérito de este principio, si bien los particulares son libres de pactar el contenido de los contratos que celebran, en caso de que la posición económica dominante de una de las partes tuviera capacidad de limitar u afectar, indebidamente, derechos o principios de la otra, necesariamente el Estado deberá intervenir a efectos de evitar o erradicar prácticas de este tipo.

En este escenario, el Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, se presenta como una instancia administrativa estatal cuya función primordial es la de defender y proteger los derechos de los consumidores, mediante la prevención y fiscalización de prácticas restrictivas; y vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.

No obstante, lamentablemente en los últimos tiempos, este organismo del Estado ha sido objeto de críticas en cantidad considerable, dado que sus pronunciamientos no son concordantes con su rol protector.

Uno de estos comentados y criticados pronunciamientos, es el referido a la validez de las cláusulas contractuales obrantes en contratos de otorgamiento de préstamos crediticios, a través de las cuales el cliente termina autorizando a la entidad bancaria la aplicación de la figura de la compensación sobre cualquier tipo de cuentas, con inclusión de aquellas en las que se depositan fondos remunerativos, ante supuesto de retraso en el pago periódico de cuotas de crédito con la misma entidad; puesto que el Tribunal de Indecopi, máxima instancia administrativa de protección de los derechos del consumidor, ha emitido resoluciones contradictorias que han generado situaciones sumamente inconvenientes.

Así pues, tenemos que en la Resolución N.º 0199-2010/SC2-Indecopi, al analizar el caso de la denuncia interpuesta por María Aurora Gonzales Espinosa contra el Banco de Crédito del Perú y la empresa Soluciones en Procesamiento S.A., por compensar deudas con fondos de la cuenta de remuneraciones de la consumidora referida; el Tribunal de Indecopi, en segunda instancia administrativa, estableció que si bien al amparo del artículo 132° de la Ley N.° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, las entidades financieras pueden aplicar la figura de la compensación, esta no puede reputarse como válida si transgrede los límites fijados por el artículo 648 del Código Procesal Civil en referencia a los bienes de carácter inembargable, dado que el artículo 1290 del Código Civil establece que la compensación se encuentra prohibida en los casos de créditos inembargables; por lo cual, concluyó que el Banco solo debió efectuar el débito de las cuentas remunerativas en la medida que hubiera fondos que ya no tuvieran el carácter de inembargable.

Empero, este primigenio criterio, que en su oportunidad defendió el Tribunal de Indecopi, fue completamente variado con posterioridad al emitirse la Resolución Nº 3448-2011/SC2- Indecopi, pues en un caso similar al anteriormente comentado, concluyó que la compensación representa un beneficio para el consumidor y un incentivo para que las entidades bancarias otorguen créditos con mejores tasas y condiciones para los consumidores, y que los contratos en los que el cliente autoriza la

aplicación de dicha figura sobre sus cuentas sueldo, son expresión de su libertad contractual.

Es decir, lejos de proteger el principio de libertad contractual, evaluando que el contexto en el cual son aceptadas las cláusulas de compensación bancaria que forman parte de los contratos de otorgamiento de préstamos crediticios, no dan mínima oportunidad a los consumidores de negociar su contenido o modificarlo, y la escasa información brindada a los mismos respecto a la implicancia de autorizar que cuentas como las que contienen fondos remunerativos sirvan para extinguir obligaciones contraídas con la entidad bancaria firmante; a través de un análisis económico débil, el Tribunal de Indecopi, defiende que esta sería una práctica al final "beneficiosa" para ambas partes. Y no solo esto es inaudito, sino también el hecho de que arriban a la conclusión antes mencionada, pese a que destacan en la propia resolución que emiten, que las remuneraciones cuentan con protección legal para su efectiva percepción.

Con todo ello, se verifica que la labor de esta instancia, no cumple verdaderamente los fines para la que fue creada, siendo tal circunstancia, sumamente perjudicial para los consumidores, pues su libertad contractual, como expresión de su autonomía privada, realmente no logra prevalecer ante injusticias contractuales como el caso que ocupa la presente investigación.

- **Hipótesis Específica 2**

> ***"El establecimiento de cláusulas que autorizan la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, apareja como principal efecto desde la perspectiva de las entidades financieras, un ejercicio abusivo del derecho, el cual generan un escenario perjudicial y de desventaja a la parte más débil en la relación contractual.***

Todo derecho subjetivo supone un deber correlativo, por lo que no es posible afirmar que existan derechos absolutos. Su ejercicio, entonces, será regular o normal, si y solo si, la acción u omisión se lleva a cabo dentro de los límites del respeto al derecho ajeno; por cuanto, si se sobrepasa estos límites se incurre en abuso del derecho que el ordenamiento jurídico condena. El abuso del derecho opera como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

Ahora bien, el derecho de compensar de las entidades bancarias, es un derecho que se encuentra plenamente reconocido en el inciso 11) del Artículo 132° de la Ley N.° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros-; y su importancia radica en el hecho que una economía de mercado como la nuestra, en cuyo interior las transacciones económicas son cada vez más numerosas y complejas a nivel bancario, requiere de la compensación como un instrumento indispensable y eficaz para facilitar el tráfico de dinero y bienes, y convertir la densa trama de las obligaciones en simples operaciones de contabilidad, mediante la eliminación de todo aquello que resulta común, minimizando así el uso de los mecanismos tanto de liquidación como de cobranza.

No obstante, dicho derecho no es absoluto y, en consecuencia, su ejercicio tiene limitaciones cuando derechos ajenos pueden verse afectados. Por tal razón, el pre-establecimiento de cláusulas contractuales por parte de entidades bancarias, con la finalidad de lograr que el cliente suscriptor de un contrato de otorgamiento de préstamo crediticio, autorice que incluso cuentas en las cuales son depositados fondos remunerativos, sean materia de compensación, representa, a todas luces, un ejercicio abusivo del derecho, toda vez que al operar esta figura especial de extinción de obligaciones, se ven seriamente comprometidos derechos ajenos a los bancos, esto es, de los consumidores firmantes, cuales son primordialmente, el derecho a la remuneración y la libertad contractual, como ampliamente ha sido desarrollado con la validación de la hipótesis general de la presente tesis.

Pasa por inadvertido, pues, que no existe una verdadera negociación y libre manifestación de voluntad del cliente financiero, en tanto éste se encuentra en una situación desigual o de desventaja, ya que de no aprobar las condiciones de que el banco pueda descontar de cualquier cuenta sueldo el pago de cuotas atrasadas producto de un crédito otorgado, simplemente éste no podría acceder al préstamo que solicita.

Este ejercicio abusivo del derecho, no solo se ve reflejado en que con prácticas como la compensación bancaria sobre cuentas sueldo, se termina por permitir por vía indirecta, lo que por vía directa se encuentra prohibido a través de leyes expresas que así lo determinan (tanto para los casos de embargo, como de compensación), sino en el hecho de que para avalar este tipo de situaciones, ciertas entidades bancarias,

respaldadas en opiniones de estudiosos en materia de derecho y comercio y el pronunciamiento de la Superintendencia de Banca y Seguros en su Oficio Nº 34376-2009-SBS, alegan argumentos como que la figura jurídica comentada, mitiga los riesgos del ahorrista, o que el abono de las remuneraciones en cuentas bancarias, determinan que aquellas pierdan su naturaleza de tal, convirtiéndose en depósitos irregulares y en consecuencia, al ser plenamente embargables, también son compensables; argumentos que en definitiva, por todo lo antes desarrollado, son carentes de sustento alguno.

Finalmente, cabe agregar que al ser la remuneración un derecho necesario para la supervivencia del trabajador y su familia, una práctica con la cual se termine afectando su percepción, sin lugar a dudas, representa un serio atentado a su naturaleza alimentaria, y a todas aquellas normativas que el ordenamiento jurídico prevé con la finalidad de garantizar la protección de la mencionada naturaleza.

V. CONCLUSIONES

1. La masificación de bienes y servicios y la necesidad de simplificar y agilizar el tráfico comercial, han desencadenado en el surgimiento de la hoy denominada "contratación predispuesta" o "contratación de consumo", la cual, ha pasado a convertirse en el instrumento comúnmente utilizado por actores económicos dominantes en el mercado para beneficiarse con la restricción o renuncia de derechos que la parte débil de la relación contractual, quien por urgencia en la satisfacción de determinadas necesidades, falta de información idónea, asimetría y otros factores importantes, termina autorizando en propio perjuicio.

2. Las prácticas abusivas más usualmente empleadas en estos tiempos, son las que tiene como protagonistas a las entidades bancarias; pudiendo destacar en dichas prácticas, el establecimiento de cláusulas pre-redactadas en contratos de otorgamiento de préstamos crediticios y de apertura de cuentas, con el objetivo de que el cliente firmante autorice la compensación bancaria sobre todo tipo de cuentas, con inclusión de aquellas que contienen fondos de naturaleza remunerativa; cuya declaratoria de nulidad, se encuentra plenamente justificada.

3. La autorización de la práctica de compensación bancaria sobre cuentas sueldo (sin respetar el estándar de intangilibidad de la remuneración hasta las 5 Unidades de Referencia Procesal), representa un serio atentado a la libertad contractual, no solo por el hecho de que el cliente se encuentra en imposibilidad de negociar el contenido de una cláusula determinada; sino también porque contratos que contienen disposiciones de esta naturaleza, son suscritos en contextos totalmente desfavorables para el consumidor, tales como la ausencia de información suficiente, ignorancia sobre puntos clave, tiempo limitado para la comprensión íntegra de las consecuencias de la aprobación de ciertas condiciones; las cuales en su conjunto, no permiten una decisión diligente, y por sobre todas las cosas, un correcto análisis de la validez de cláusulas que propician la renuncia de derechos que le han sido reconocidos por normas imperativas (como lo es la remuneración).

4. Este tipo de compensación, afecta el carácter intangible del derecho a la remuneración, en la medida que termina afectando la suficiencia del mismo,

necesaria para cumplir el rol alimentario que tiene este derecho para el trabajador y su familia; así como desconociendo, los diversos legales que han sido dictados precisamente en aras de lograr su protección.

5. Si bien es cierto las entidades tienen derecho de compensar sus deudas, dicho derecho no es absoluto y, en consecuencia, su ejercicio tiene limitaciones cuando derechos ajenos pueden verse afectados. Por tal razón, el pre-establecimiento de cláusulas contractuales por parte de entidades bancarias con contenido como el comentado, representa un ejercicio abusivo del derecho, toda vez que, al operar esta figura especial de extinción de obligaciones, se ven seriamente comprometidos derechos ajenos a los bancos, esto es, de los consumidores firmantes, cuales son primordialmente, el derecho a la remuneración y la libertad contractual.

6. El último criterio asumido por el Tribunal de Indecopi en la Resolución Nº 3448-2011/SC2, al pronunciarse respecto a la validez de las cláusulas que autorizan la compensación sobre cuentas sueldo; lejos de proteger el principio de libertad contractual, defiende que estas serían una práctica al final "beneficiosa" para ambas partes, realizando un análisis "económico" débil en su sustento. Con ello se verifica que la labor de esta instancia, no cumple verdaderamente los fines para la que fue creada, siendo tal circunstancia, sumamente perjudicial para los consumidores, pues su libertad contractual, como expresión de su autonomía privada, realmente no logra prevalecer ante injusticias contractuales como la renuncia a su derecho a la remuneración.

7. Las tareas que el Estado tiene que encarar con determinación, son, entre muchas otras, la educación para el consumo, la difusión de derechos y mecanismos de implementación, recursos humanos suficientes para atender consultas y quejas, brindar una atención integral de acceso a la justicia.

VI. RECOMENDACIONES

1. El Estado debe iniciar una protección integra, que involucre la acción de los tres poderes del Estado en forma coordinada. Esta protección debe ser idónea, de modo de brindar soluciones reales de acuerdo con la trascendencia social, contemplando respuestas que abarquen el conjunto de personas involucradas, se ponga énfasis en procedimientos preventivos y marcar como objetivo la corrección enérgica de las conductas contractualmente antiéticas; y a su vez, debe ser moderna, provista de recursos técnicos y tecnológicos acordes a la evolución que ha tenido el mercado de consumo.

2. El Ordenamiento Jurídico nacional debería contar con instituciones con facultades no sólo de naturaleza resolutiva en la vía administrativa, sino también, resarcitoria e inhibitoria; pues, en la actualidad, el tipo de tutela que se viene brindando a los consumidores en el caso que da lugar a la presente investigación, se encuentra limitado en sus funciones y facultades, por la razón de que pese a ser afectados con prácticas abusivas, como lo es que deudas pendientes sean compensadas con fondos correspondientes a cuentas sueldo, poco o nada obtienen por concepto de resarcimiento de su daño.

3. El Estado a través de los órganos competentes, debe elaborar políticas públicas en materia de protección de consumidores y usuarios, de esta forma sugiero que una política estatal en materia de cláusulas abusivas en la contratación masiva, debería contener por lo menos, políticas de: a) educación e información al consumidor y promoción de las asociaciones de consumidores b) solución de conflictos y sanción de abusos c) fiscalización del cumplimiento de las normas y leyes especiales por parte de los proveedores. Como políticas puntuales, mencionamos las siguientes: a) vigilancia permanente de los proveedores, quienes utilizan cláusulas generales de contratación en sus relaciones comerciales; b) la formulación de programas generales de educación para usuarios y consumidores, que serán incorporados dentro de la currícula de educación y capacitación a los educadores; c) estudio constante de las modificaciones del mercado de consumo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALBALADEJO, Manuel. Curso de derecho civil español, T.I [Introducción y Parte General]. Bosch, Barcelona, 1982.
- ALONSO OLEA, Manuel; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. 20va. Ed., Civitas Ediciones SL, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. "Efecto Automático de la Compensación", En: Estudios de Derecho Civil en Honor al profesor Costan Tobeñas. Vol IV, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1969.
- BIANCA, Massimo. Derecho Civil. Tomo III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONIER, Jean. *Droit Civil*. Tomo IV, París, Presses Universitaires de France, 1979.
- CARRO IGELMO, Alberto José. Curso del Derecho del Trabajo. Barcelona, Bosh Casa Editorial S.A., 2da. Ed., 1991.
- CASTAÑEDA PERALTA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones. Tomo III, Lima, 1957
- CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol VI, Santiago, Editora Jurídica de Chile, 1979.
- CORNU, Gérard. Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés Libro III, títulos III y XX. Lima, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1999.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. ¿Por qué se contrata? Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Tomo III, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI, Tomo II, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo I, Lima, Palestra Editores, 2001.
- FERRI, Luigi. La autonomía privada. Granada, Comares, 2001.
- GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Cecilia. Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Buenos Aires, La Ley, 2015.
- GONZALES BIEDMA, Eduardo. "Concepto del Derecho del Trabajo" en *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1998.
- GORLA, Gino. El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico). Tomo I, Barcelona, Bosch, 1959.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. Metodología de la Investigación. México, Editorial McGrawHill, 2010.
- JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Tomo II, Buenos Aires, Bosch y Cía Editores, 1952.
- Jurisprudencia de Defensa de la Competencia 1996 INDECOPI, Lima, Primera Edición, 1999.
- KIELMANOVICH, Jorge Leonardo. Medidas Cautelares. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2000.
- LARROUMET, Christian. Teoría General del contrato. V.I, Bogotá, Temis, 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios. Madrid, Dykinson, 2003.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Consumidores. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2da. Ed., 2009.
- MACPHERRSON, Crawford Brougth. "Ascenso y caída de la Justifica Económica", En: *Ascenso y caída de la Justicia Económica y otros ensayos. El papel del estado, las clases y la propiedad en la democracia del siglo XX*. Buenos Aires, Manantial, 1991.
- MARTINEZ MUÑOZ, Juan Antonio. "Autonomía y Responsabilidad", En *Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación*. Madrid, Dykinson, 2008.
- MESSINEO, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

- MOSSET ITURRASPE, Jorge; LORENZETTI, Ricardo Luis. Defensa del consumidor. Ley 24.240. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.
- NICOLAU, Noemí; HERNÁNDEZ, Carlos; FRSTAGLI, Sandra. Comentarios al libro: 'Derecho Civil-Contratos de Héctor LAFAILLE. Tomo I, Buenos Aires, La Ley – Ediar, 2009.
- OLEA, Manuel Alonso; CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del trabajo. Madrid, Civitas Ediciones S.L., 20va., 2002.
- OSORIO Y FLORIT, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L., 1984.
- OSTERLING PARODI, Felipe; CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de Derecho de las Obligaciones. Volumen IV, Lima, ECB Ediciones S.A.C., 2da. Edición, 2014.
- OSTERLING PARODI, Felipe. Tratado de las Obligaciones. Vol IX, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El principio Protector en el proceso Laboral" En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 7ma. Ed., 1998.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo II, Habana, Cuba: Cultural S.A., 1945.
- POLO, Eduardo. Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos. Madrid, Civitas, 1990.
- PUIG BRUTAU, José. Introducción al Derecho Civil. Barcelona, Bosch, 1981.
- RAMIREZ BOSCO, Luis. Para una introducción al Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Universidad S.R.L., 2000.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual. Lima, Ediciones Edial, 3ra Ed., 1994.
- REZZÓNICO, Luis María. Estudio de las Obligaciones en Nuestro Derecho Civil. Vol. II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1961.
- RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno. Granada, Comares, 2002.

- ROBLES TREJO, Luis y otros. Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Lima, Editorial Fecatt, 2012.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos bancarios. Bogotá, Editorial ABC, 1999.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. "Remuneraciones" en: *Tratado de derecho del trabajo*. Tomo IV, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983.
- ROPPO, Vincenzo. El contrato. Lima, Gaceta Jurídica, 2009.
- SALVAT, Raymundo Miguel. Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General. Tomo III, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1952.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría general del contrato. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Transformación del Derecho de Contratos. Lima, Grijley, 2005.
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Las Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código de Defensa y Protección del Consumidor. Lima, Gaceta Jurídica, 2011.
- TORRES MÉNDEZ, Miguel. Fundamentos de la nueva Teoría General del Contrato. Estudio interdisciplinario institucional, exegético y casuístico. Lima, Editorial Grijley, 1ra. Ed., 2016.
- TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Código Civil. Lima, Edición al cuidado de Alfredo Alpiste Bazalar, 3ra. Ed., 1996.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico. Vol. II, Lima, Instituto Pacífico S.A.C, 5ta. Ed., 2015.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Contratación Masiva Protección al Consumidor. Lima, Motivensa, 2009.
- VALENZUELA GARACH, Fernando. "La contratación de las entidades bancarias. Nociones preliminares", En: Derecho Mercantil. Barcelona, Editorial Arel, 1995.
- VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Granada, Comares, 2006.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro. Metodología de la investigación jurídica. Lima, Ediciones Jurídicas, 2000.

Revistas jurídicas consultadas

- AMAYA AYALA, Leoni Raúl. "¿Está protegido el acreedor en el Perú?", En: Actualidad Jurídica, Nº 197, Lima, abril 2010.
- BIANCA, Massimo, "Técnicas de formación del contrato y nuevas tutelas: a la búsqueda de un Derecho privado europeo", En: Ius et veritas, N.° 38, Lima, julio 2009.
- CARBONELL O' BRIEN, Esteban, Cláusulas abusivas y la relación con el consumidor, En: Actualidad Civil, N.° 27, Lima, Setiembre 2016.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 658, marzo-abril 2000.
- CASTRO SALINAS, Javier. "Algunos aspectos referentes al contrato de cuenta corriente bancaria". En: Thémis. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N.° 35, Lima, junio de 1997.
- FIGA FAURA, Luis. "El nuevo título preliminar del Derecho civil y el Derecho catalán", En: Documentación Jurídica, N.° 4, Madrid, octubre-diciembre 1974.
- HERENCIA ORTEGA, Inés Gabriela. "Los supuestos de Inembargabilidad: Análisis del artículo 648 del Código Procesal Civil", En: Actualidad Jurídica, N° 148, Lima, marzo 2006.
- PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de Derechos laborales", En: Asesoría Laboral, N° 249, Setiembre del 2011.

Webgrafía:

- http://tesis.usat.edu.pe/handle/usat/279
- https://luzpacheco.files.wordpress.com/2011/11/caracterc3adsticas-de-la-irrenunciabilidad-de-los-derechos-laborales-en-el-perc3ba-y-en-el-derecho-comparado.pdf
- http://aempresarial.com/web/revitem/43_13279_08027.pdf
- http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2012/02/he_av_es_posible_la_compesacion_bancaria_en_cuentas_de_haberes.pdf
- http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1185/1/Cordova_cy.pdf
- http://www2.sni.org.pe/servicios/legal/reportelegal/content/view/4194/29/
- https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/juris_doctrina_constlaboral.pdf
- http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04922-2007-AA.pdf
- http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf
- http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1364/SARZO_TAMAYO_VICTOR_CONFIGURACION_DERECHO.pdf?sequence=1
- http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04188-2004-AA.html
- http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html
- http://www.bn.com.pe/transparenciabn/transparencia-financiera/ResolucionSBS1765-2005-SBS.pdf
- http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2007/rivera_ma/pdf/rivera_ma.pdf
- http://e.gestion.pe/128/doc/0/0/1/1/8/118473.pdf
- http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-94/2011/Re3448.pdf
- http://concepto.de/credito-bancario/#ixzz4d1Q9aXPV
- https://es.wikipedia.org/wiki/Cuenta_corriente_(banca)
- http://www.expansion.com/diccionario-economico/cuenta-de-ahorro.html
- http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04188-2004-AA.html
- http://e.gestion.pe/128/doc/0/0/1/1/8/118473.pdf
- http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/Juan%20 Francisco%20Rojas.pdf
- http://www.castillofreyre.com/biblio-arbitraje/vol5/DIA-2 3.pdf, p.176.