



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

Derecho
Facultad de Derecho

INFORME SOBRE EXPEDIENTE No. 118-2013/ILN-PS0

**Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogado**

**Presentado por
Fabiana Marcela Alvarado Silva**

Asesor: José Antonio Tirado Barrera
[0000-0003-4877-0699](tel:0000-0003-4877-0699)

Lima, enero 2024

**REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO
FACULTAD DE DERECHO**

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional titulado **"Informe sobre expediente No. 118-2013/ILN-PS0"** presentado por la Srta. **FABIANA MARCELA ALVARADO SILVA**, con DNI 74910941, para optar el Título Profesional de Abogada, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 30 de enero del año 2024; obteniendo el siguiente resultado:



Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 30-ene.-2024 19:28 -05
Identificador: 2282473793
Número de palabras: 35698
Entregado: 1

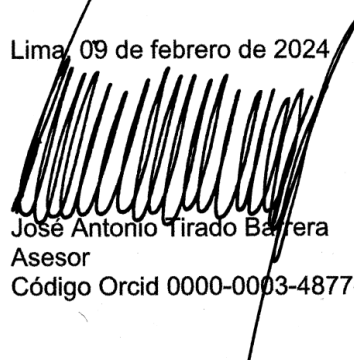
Alvarado,Fabiana_Trabajo de suficiencia profe...
Por Fabiana Marcela Alvarado Silva

Índice de similitud 15%	Similitud según fuente	
	Internet Sources:	15%
	Publicaciones:	3%
	Trabajos del estudiante:	6%

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece la interesada.

Lima, 09 de febrero de 2024


José Antonio Tirado Barrera
Asesor
Código Orcid 0000-0003-4877-0699

RESUMEN

El presente informe examina la legalidad de la compensación bancaria ejecutada por el Banco de Crédito del Perú (BCP) sobre una cuenta de depósito que contiene fondos por el concepto de pensiones correspondiente al Señor Flores. El análisis se concentra en la determinación del alcance del deber de idoneidad del BCP en la relación de consumo bancaria, para lo cual se verificará la existencia del uso del artículo 1290 del Código Civil y el artículo 648 del Código Procesal Civil como una garantía legal aplicable al servicio, así como la aceptación del Señor Flores de este derecho a través de la suscripción del contrato de depósitos del Banco el cual tiene la naturaleza de un contrato de adhesión. Es una tarea fundamental en el informe, analizar la naturaleza de la compensación bancaria, su finalidad en el derecho bancario y como se relaciona este con los derechos del consumidor.

Por otro lado, es parte del análisis jurídico del siguiente trabajo la evaluación de los problemas procedimentales como el alcance del principio de confianza legítima y sus consecuencias jurídicas en los pronunciamientos del órgano administrativo correspondiente. Así como determinar la validez en la del principio pro-consumidor que sostiene reiteradamente la Comisión de Protección al Consumidor en la controversia.

Finalmente, este informe con una perspectiva integral pretende contribuir en el esclarecimiento de los límites de la compensación bancaria la cual se mantiene en incertidumbre en la actualidad.

Palabras clave: derecho de compensación – Indecopi – SBS – límites a la libertad contractual – remuneraciones y pensiones – confianza legítima – cláusulas abusivas – contratos bancarios – embargabilidad – intangibilidad

ÍNDICE

RESUMEN	iii.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS Y ACTUACIONES JURÍDICAMENTE RELEVANTES DEL EXPEDIENTE	2
3.1 Antecedentes	2
3.2 Hechos y actuaciones jurídicamente relevantes del expediente	3
1.2.1 Primera instancia	3
1.2.2 Segunda instancia	7
1.2.3 Primer recurso de revisión del Banco.....	11
1.2.4 Segundo Pronunciamiento de la Comisión en Segunda Instancia	14
1.2.5 Segundo recurso de revisión del Banco	16
CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES DEL EXPEDIENTE	20
CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL EXPEDIENTE Y POSICIÓN PERSONAL.....	23
3.1 ¿Las acciones realizadas por el BCP respecto a realizar la compensación bancaria en la Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores infringieron el deber de idoneidad?	23
3.2 ¿El Banco utilizó el derecho de compensación bancaria determinado en el artículo 132 la Ley de Bancos de acuerdo con las limitaciones contempladas por el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil?	42
3.3 ¿La cláusula de compensación contenida en el contrato bancario configuraría una cláusula abusiva?	60
3.4 Respecto al primer recurso de revisión, ¿le correspondía a la Comisión aplicar el Principio de Confianza Legítima alegado por el BCP?	69
3.5 Respecto del segundo recurso de revisión, ¿la Comisión aplicó adecuadamente el Principio de Confianza Legítima al considerarlo dentro de la graduación de la sanción?	82

CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	91
Referencias Bibliográficas.....	93

INTRODUCCIÓN

La presente controversia suscitada entre el señor Andrés Avelino Flores Venegas (en adelante, el “Señor Flores”) y el Banco de Crédito del Perú S.A.A. (en adelante, el “BCP” o el “Banco”), que recae en el expediente No. 118-2013/ILN-PS0, consiste en la denuncia del primero ante el organismo de protección al consumidor (Indecopi), en donde señala que el Banco ha actuado de manera contraria a la ley al realizar una compensación bancaria por la deuda contraída a raíz del uso de su tarjeta de crédito sobre la cuenta de depósitos en donde el consumidor recibe su pensión como ex trabajador de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra.

Sobre ello, la Comisión de Protección al Consumidor decide emitir un pronunciamiento a favor del consumidor en donde se separa del criterio en materia de compensaciones bancarias establecido por su superior jerárquico, la Sala de Protección al Consumidor y atribuye responsabilidad al BCP por la vulneración al deber de idoneidad correspondiente en la relación de consumo. La nueva línea establecida se sustenta en los límites existentes a la libertad contractual de las partes, la protección de la remuneración y el carácter alimentario de esta. De la misma forma, en la atribución de la responsabilidad al Banco, la Comisión aplica el principio de confianza legítima como un factor atenuante en la graduación de la sanción.

Con lo cual, la problemática principal del presente informe será la determinación del deber de idoneidad del BCP, así como la evaluación de la existencia de una garantía legal en el caso que sirva como límite al derecho de compensación bancaria establecido en el artículo 132 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, “Ley de Bancos”) a favor del BCP. De la misma forma, será pertinente analizar la existencia de una garantía expresa en la relación de consumo, como el contrato de depósitos que suscribió el Señor Flores al momento de la contratación de este producto.

Por último, es materia de este informe analizar las resoluciones emitidas por la Comisión y la Sala de Protección desde la visión del derecho administrativo con la finalidad de establecer el alcance del principio de confianza legítima; así como entender la interacción de este con el principio pro-consumidor.

CAPÍTULO I. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS Y ACTUACIONES JURÍDICAMENTE RELEVANTES DEL EXPEDIENTE

En este capítulo se abordará el desarrollo fáctico de la controversia, para lo cual se realizará una descripción de decisiones fundamentales de los órganos administrativos competentes en la respectiva instancia y sus principales líneas argumentativas que sirvió como motivación para sus decisiones.

3.1 Antecedentes

El Señor Flores mantenía una cuenta de depósitos en el “BCP” en donde percibía su pensión de jubilación como ex empleado de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra. La referida cuenta pasiva era denominada comercialmente por el Banco como “Cuenta de Ahorros en Moneda Nacional”, identificada con el número 191-25016698-0-90 (en adelante, la “Cuenta de Depósitos - Pensión”).

Adicionalmente, el Señor Flores mantenía vigente con el BCP el contrato de Tarjeta de Crédito correspondiente a su Tarjeta Visa No. 4506-4615-0334-7630. Sobre este producto, al 9 de enero de 2013, el Señor Flores mantenía una deuda vencida con el BCP ascendente aproximadamente a S/ 3,706.75 (Tres Mil Setecientos Seis y 75/100 Soles) que correspondía a sus consumos personales con el referido producto activo. El Banco exigió el pago de la deuda mediante dos comunicaciones directas al domicilio del Señor Flores con fecha 26 de noviembre de 2012 y 09 de enero de 2013, por los importes ascendentes a S/3,811.75 (Tres Mil Ochocientos Once y 75/100 Soles) S/ 3,706.75 (Tres Mil Setecientos Seis y 75/100 Soles), respectivamente. En las referidas comunicaciones, se incluía la posibilidad de comunicación con un asesor de cobranza o visita en una de las agencias financieras del Banco.

A raíz de las comunicaciones directas del BCP, el Señor Flores contacta con el área de Cobranzas de Banca Minorista del BCP y alega la existencia de un acuerdo de pago, el mismo que establecía el pago mensual de S/ 105.00 (Ciento Cinco y 00/100 Soles) con cargo a su Cuenta de Depósitos - Pensión, hasta alcanzar el importe adeudado y sin intereses adicionales según se señala en la segunda comunicación directa al domicilio del Señor Flores.

El 29 de enero de 2013, la Municipalidad Distrital de Puente Piedra realiza un depósito en la Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores correspondiente a su pensión ascendente a S/ 2,497.45 (Dos Mil Cuatrocientos Noventa y Siete y 45/100 Soles). BCP registra este movimiento bajo el concepto “HABERES 5TA CAT”.

En la misma fecha, el Señor Flores procede a realizar el retiro de S/ 1,200.00 (Mil Doscientos y 00/100 Soles), que deja como saldo disponible en la Cuenta de Depósitos - Pensión la suma de S/ 1,497.45 (Mil Cuatrocientos Noventa y Siete y 45/100 Soles).

Finalmente, el 30 de enero de 2013, el Banco procede a realizar una compensación a raíz de la deuda vencida de la Tarjeta de Crédito sobre la Cuenta de Depósitos - Pensión a través de dos cargos ascendentes a S/ 1,296.41 (Mil Doscientos Noventa y Seis y 41/100 Soles) y S/ 1.04 (Un Sol y 04/100), respectivamente. La Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores queda sin saldo disponible luego de realizada la compensación.

3.2 Hechos y actuaciones jurídicamente relevantes del expediente

1.2.1 Primera instancia

a) Presentación de la denuncia del Señor Flores

El Señor Flores interpone denuncia administrativa en contra del BCP ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor de Lima Norte (en adelante, el “ORPS”), el 26 de febrero de 2013, por infracción a las normas de protección y defensa del consumidor según se detalla a continuación:

1. El 30 de enero de 2013, el BCP habría procedido a descontar de su Cuenta de Depósitos - Pensión las sumas de S/ 1,296.41 (Mil Doscientos Noventa y Seis y 41/100 Soles) y S/ 1.04 (Un Sol y 04/100), con la finalidad de cancelar una parte de la Deuda Vencida de su Tarjeta de Crédito, sin que medie una autorización expresa o consentimiento para dicha acción.
2. Los referidos cargos a su Cuenta de Depósitos - Pensión provenían del producto de la recepción de su pensión en el producto pasivo del BCP. De esta forma, el Señor Flores alega que el Banco ha dispuesto del monto de su pensión de forma arbitraria, ilegal, inconsulta y en su propio provecho.

3. Asimismo, señala que la acción de compensación realizada por el BCP no fue a razón de un proceso judicial que ordenó a través de un mandato expreso, lo que resulta en un abuso y despojo arbitrario de su dinero.
4. Que, al 08 de febrero de 2013, según el documento de movimientos efectuados en la Cuenta de Depósitos - Pensión, el saldo contable y disponible se mantenía en negativo, a pesar de los reclamos planteados por el Señor Flores que para que se reponga el dinero.

De esta forma, el Señor Flores solicita al ORPS que inicie el procedimiento administrativo e imponga las medidas correctivas, reparadoras y sanciones que correspondan. En consecuencia, se realice la devolución de las sumas cobradas indebidamente.

b) Admisión a trámite de la denuncia del Señor Flores

El 5 de marzo de 2013, mediante Resolución No.1, el ORPS admitió a trámite la denuncia presentada por el Señor Flores en contra del BCP e imputó “una presunta infracción al deber de idoneidad previsto en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, “CPDC”), debido a que habría descontado de la Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores las sumas S/ 1,296.41 y S/ 1.04, para cancelar parte de la deuda que mantiene con dicha entidad, lo cual considera indebido por ser dinero proveniente de sus remuneraciones como pensionista” (INDECOPI, 2013).

c) Contestación del Banco a la denuncia del Señor Flores

El 25 de marzo de 2013, el BCP realizó su contestación a la denuncia del Señor Flores y argumentó principalmente lo siguiente:

1. El cargo en la Cuenta de Depósitos - Pensión por la suma de S/ 1,296.41 (Mil Doscientos Noventa y Seis y 41/100 Soles) y S/ 1.04 (Un Sol y 04/100) se realizó con la finalidad de pagar una parte de la Deuda Vencida de la Tarjeta de Crédito del Señor Flores. Se adjuntó pruebas de la acreencia en el BCP.
2. El derecho de compensación del Banco fue comunicado y aceptado voluntariamente por el Señor Flores en la aceptación de los documentos contractuales de la Cuenta de Ahorro y del Contrato de Tarjeta de Crédito aprobado administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la “SBS”).
3. La compensación realizada por el BCP al Señor Flores corresponde a un supuesto de compensación convencional. Este tipo no es objeto de la exclusión prevista en el

inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil ni por el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, debido a que *“las causales legislativamente previstas como supuestos de exclusión del derecho de compensación únicamente son aplicables a la compensación legal, es decir a la compensación que opera contra la voluntad del deudor”* (INDECOPI, 2013).

4. Además, señala que *“la compensación voluntaria en los contratos que se celebran con los titulares de cuentas de ahorros constituye una práctica habitual, estándar y perfectamente legítima reconocida pacíficamente en el Derecho comparado”* (INDECOPI, 2013). Sin perjuicio de que se mantenga vigente el derecho reconocido a las entidades financieras de compensación legal en la Ley de Bancos.
5. El Banco señala que el referido criterio argumentado en los numerales anteriores se habría replicado en pronunciamientos anteriores del Indecopi, como la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI (2011), la cual ya habría precisado el criterio aplicable a la casuística de compensaciones sobre cuentas que reciben remuneraciones o pensiones, el cual señala en los numerales 24 y 29 que *“la prohibición de afectación de remuneraciones o pensión contenida en el artículo 648 del Código Procesal Civil cobra sentido únicamente en el caso de embargos y no en la compensación libre y voluntariamente pactada con el consumidor [...] Así, la compensación es un acto de disposición patrimonial y toda persona es libre de disponer su patrimonio, por lo que cualquier limitación deber ser interpretada restrictivamente a fin de no afectar la esfera de la libertad propia de toda persona. -Cuando un consumidor decide que sus remuneraciones pueden servir para atender las obligaciones que mantiene con un banco, actúa en el marco de la autonomía privada que le es reconocida desde la propia Constitución”*.
6. A manera de complemento, el Banco habría señalado que la Sala Especializada de Protección al Consumidor de Indecopi (en adelante, la “Sala”) habría replicado este criterio en la Resolución No. 0696-2012/SC2-INDECOPI y la Resolución No. 3449-2011/SC2-INDECOPI.

De esta forma, el Banco solicita al ORPS que declare infundada la denuncia del Señor Flores, pues habría actuado de acuerdo con las obligaciones vigentes en materia de protección y defensa del consumidor.

d) Resolución del ORPS en Primera Instancia

El día 11 de abril de 2013, a través de la Resolución Final No. 218-2013/ILN-PSO, el ORPS **declaró infundada** la denuncia del Señor Flores y denegó las medidas correctivas solicitadas, de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. Sobre la existencia de la deuda: el ORPS señaló que el documento de “liquidación de la deuda a la fecha” presentado como evidencia por el Banco constituía un indicio respecto de la existencia de la deuda atribuida al Señor Flores. Adicionalmente, el ORPS enfatiza que la existencia de la deuda no ha sido cuestionada por el Señor Flores y, por el contrario, este ha presentado como medio probatorio los requerimientos de cobranza en los que se señala que, al 9 de enero de 2013, mantenía una deuda vencida con el BCP ascendente aproximadamente a S/ 3,706.75 (Tres Mil Setecientos Seis y 75/100 Soles).

2. Sobre el deber de idoneidad: En coherencia con el artículo 18 del Código de Protección al Consumidor, el ORPS analizó si es que en el presente caso el Banco actuó en correlación entre lo que el Señor Flores esperaba y efectivamente recibió, y lo que se le hubiese ofrecido. Es por ello que de la revisión del documento “Condiciones Generales de las Cuentas y Servicio del Banco” presentado como medioprobatario por el BCP, el ORPS verificó que *“el Banco contaba con la expresa autorización del Señor Flores para compensar sus adeudos en su cuenta de ahorros”* (INDECOPI, 2013). El extracto del documento de “Condiciones Generales de las Cuentas y Servicios del Banco” que señalaba la facultad poseía el siguiente tenor:

“Condiciones Generales

1. *EL CLIENTE autoriza de manera expresa al BANCO, respecto de sus cuentas, depósitos, tarjetas, bienes o valores, a:*
(...)
- b. *Cargar los montos de las obligaciones directas o indirectas que EL CLIENTE le adeude a EL BANCO, incluso aquella adquiridas de terceros acreedores de EL CLIENTE y/o derivadas de terceros que éste haya garantizado, ya sea por capital, intereses, comisiones o gastos, incluidos los gastos de cobranza directa o encargada a terceros, contra los montos de las obligaciones que EL BANCO mantenga a favor de EL CLIENTE por*

concepto de los créditos originados en depósitos efectuados por EL CLIENTE o a favor de EL CLIENTE en las cuentas que éste mantenga en ELBANCO, cualesquiera sea el origen, concepto o naturaleza de las sumas depositadas que originaron el crédito. Para estos efectos, EL CLIENTE autoriza al BANCO a bloquear temporalmente sus cuentas.” (INDECOPI, 2013)

3. Sobre el criterio previo de Indecopi: El ORPS argumentó que su decisión se fundamentó en el criterio esbozado por la Sala Especializada de Protección al Consumidor de Indecopi, a través de las Resoluciones 3448-2011/SC2-INDECOPI y 0199-2010/SC2-INDECOPI. En estos, la Sala estipulaba una diferencia entre el embargo sobre remuneraciones o pensiones con aquel supuesto en el que el consumidor decide afectar libre y voluntariamente su remuneración o pensión a través de una compensación voluntaria que puedan servir como pago de sus obligaciones crediticias.

Así, “la Sala concluyó que la compensación es un acto de disposición patrimonial y toda persona es libre de disponer su patrimonio, por lo que cualquier limitación debe ser interpretada restrictivamente a fin de no afectar la esfera de libertad propia de toda persona” (INDECOPI, 2013).

Por lo tanto, en consecuencia, con los puntos anteriores, en donde el ORPS verificó la existencia de la deuda y la aceptación del Señor Flores de la cláusula de compensación que se encontraba en el contrato de su Cuenta de Depósitos - Pensión, el ORPS **declaró infundada** la denuncia y la supuesta vulneración al principio de idoneidad.

1.2.2 Segunda instancia

a) Presentación del recurso de apelación del señor Flores

Con fecha 25 de abril de 2013, el Señor Flores decidió interponer un recurso de apelación en contra de la Resolución Final No. 218-2013/ILN-PSO ante la Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte (en adelante, la “Comisión”) de acuerdo con los siguientes principales fundamentos:

1. El ORPS debió analizar la totalidad de conductas infractoras señaladas por el Señor Flores en la denuncia, lo que no sucedió, pues no evaluó: (i) si el Banco utilizó métodos abusivos de cobranza, (ii) tuvo falta de atención a los requerimientos de

- información del Señor Flores y (iii) no consideró las medidas correctivas solicitadas para el Banco.
2. El Banco no habría presentado la liquidación detallada de la tarjeta de crédito correcta, ya que el número de su tarjeta es el No. 4634-0201-2746-7011 y no el No. 4506-4615-0334-7630.
 3. El ORPS no habría analizado ni valorado correctamente los medios probatorios presentados por el Señor Flores que acreditarían el acuerdo preexistente a la compensación bancaria de la deuda de la Tarjeta de Crédito y que desestimarían el acuerdo de compensación bancaria señalado por el Banco.
 4. El ORPS no ha analizado correctamente la facultad de compensación, en tanto el Señor Flores no considera que la autorización a la compensación convencional haya sido efectivamente demostrada. La presentación del contrato de Cuenta de Depósitos - Pensión no puede ser suficiente para acreditar el efectivo manifiesto de la voluntad del Señor Flores, ya que, de acuerdo con el numeral 18 de la Resolución No. 2251-2010/SC2-INDECOPI, el cual sostiene que *“la incorporación de cláusulas y condiciones generales de contratación a contratos ya suscritos requiere que éstos al menos contengan una referencia expresa que éstas serían empleadas”*, sería necesario que las condiciones de la compensación le hayan sido debidamente informadas por parte del Banco, de manera especial.
 5. Asimismo, el Señor Flores señala que *“la condición de compensación en el documento “Condiciones Generales” colisiona y contradice expresamente las prohibiciones expresas para compensar contenidas en el numeral 11 del artículo 132° de la Ley de Bancos y entidades Financieras, en el numeral 3 del artículo 1290° del Código Civil, y en el artículo 648° del Código Procesal Civil que define que bienes son inembargables”* (INDECOPI, 2013).
 6. El ORPS no tomó en consideración el numeral 30 de la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI (2011), el cual reconoce que *“podría objetarse la libertad del consumidor para aceptar la compensación con cargo a su remuneración o pensión, bajo el argumento que no existe voluntad plena cuando la aceptación viene incorporada en cláusulas generales de contratación”*. Con lo cual, el Señor Flores declara que él no suscribió ningún documento específico por el cual autorizara al Banco expresa e irrevocablemente para que se descontara de la Cuenta de Depósitos - Pensión.
 7. El ORPS no ha considerado que *“la autonomía de la voluntad tiene su límite en la ley. Así, entonces las prohibiciones y limitaciones expresas a efectuar*

compensaciones respecto de activos declarados legalmente intangibles del crédito inembargable, entre el que se encuentran las remuneraciones menores a 5 URP constituyen mandatos imperativos que la autonomía de la voluntad no puede transgredir” (INDECOPI, 2013). Por lo cual, el Señor Flores considera que la Resolución emitida en primera instancia es nula por ser contraria al texto expreso de normas sustantivas.

De esta forma, el Señor Flores solicita a la Comisión que revoque la Resolución Final No. 218-2013/ILN-PSO, **declare fundada** la denuncia interpuesta en contra del BCP y aplique las medidas correctivas pertinentes.

b) Absolución del Banco al recurso de apelación presentado por el Señor Flores

El 03 de junio de 2013, el BCP realizó la absolución al recurso de apelación presentado por el Señor Flores y argumentó principalmente lo siguiente:

1. La autorización de compensación que cuestiona el Señor Flores se encuentra en la totalidad de los contratos de cuentas que mantiene el Banco con sus clientes, por ser una condición indispensable en la contratación. Asimismo, el documento “Condiciones Generales de las Cuentas y Servicios del Banco” incluye una declaración del cliente de lectura y conformidad de los documentos contractuales pertinentes, a la cual el Señor Flores brinda conformidad a través de su firma, según se adjunta como medio probatorio.
2. La compensación convencional no constituye un método abusivo de cobranza, por el contrario, *“es un instrumento plenamente reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que busca amparar al acreedor ante el incumplimiento del deudor, y que revierte especial importancia en el sector financiero, ya que además es una forma de protección al ahorro público, por lo que el Estado le otorga especial protección”* (INDECOPI, 2013).
3. La Comisión debe considerar en su análisis los pronunciamientos realizados por el INDECOPI, los cuales reconocen la existencia de la compensación convencional.

Por lo cual, solicita a la Comisión confirmar el recurso de apelación y **declarar infundada** la presente denuncia.

c) Resolución de la Comisión en Segunda Instancia

El día 26 de junio de 2013, a través de la Resolución Final No. 476-2013/ILN-CPC, la Comisión **declaró fundado** el recurso de apelación del Señor Flores, de acuerdo con los siguientes argumentos:

1. La Comisión sostiene que de acuerdo con el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”) es facultad de la autoridad -que conoce la denuncia- la tipificación. Asimismo, comparte la tipificación efectuada por el ORPS en su Resolución Final respecto de la supuesta vulneración por parte del BCP al deber de idoneidad. En consecuencia, la Comisión señala que, si bien el Señor Flores también imputó la conducta infractora del Banco por el uso de métodos abusivos de cobranza, esta infracción se refiere al medio utilizado por el proveedor para hacer cobro de sus acreencias y que pueda afectar la imagen del consumidor, de acuerdo con lo indicado por el artículo 62 del CPDC
2. La Comisión señaló que, en el caso de la compensación, esta se encuentra regulado por dos marcos normativos distintos. Por un lado, la normativa sectorial, a través del numeral 11 del artículo 132 de la Ley de Bancos; y de manera complementaria, el artículo 1290 del Código Civil (en adelante, “CC”), el cual establecería las excepciones de este derecho. De esta forma, concluye que *“la existencia de una norma legal especial no genera que las situaciones jurídicas sean reguladas únicamente por este de forma aislada de las otras disposiciones legales, pues ello generaría inobservar los principios de coherencia normativa y plenitud jurídica, que exige una interpretación conjunta de las normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente”* (INDECOPI, 2013).
3. En ese sentido la Comisión, enfatiza que las excepciones señaladas en el artículo 1290 del CC y -de manera complementaria- en el artículo 648 del Código Procesal Civil son aplicables a cualquier tipo de compensación, ya sea legal o voluntaria, pues la norma no contiene una limitación a un tipo en específico. Con lo cual, no puede ser objeto de compensación -en ninguna circunstancia- las remuneraciones y pensiones cuando no excedan de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal.
4. Sobre la autonomía privada, la Comisión argumenta que *“esta no es irrestricta y encuentra su límite en aquel ámbito regulado por normas de obligatorio cumplimiento o de carácter prohibitivo o sancionador, sin que los destinatarios de estas puedan pactar en contrario”* (INDECOPI, 2013). Este es el caso de la

compensación sobre la remuneración o pensión, pues estos últimos conceptos son protegidos constitucionalmente con el fin de velar por el bienestar “material y espiritual” del trabajador y sus dependientes (carácter alimentario).

5. La Comisión enfatiza que *“el pago de las remuneraciones que se efectúa transfiriendo depósitos a las cuentas de ahorros abiertas por los trabajadores tiene la misma naturaleza que el pago realizado directamente por el empleador, (que sin ninguna duda tiene naturaleza salarial), por lo que no puede sostenerse válidamente que la utilización de entidades del sistema financiero para el pago de salarios conlleve que dichos depósitos pierdan su carácter de remuneración”*. (INDECOPI, 2013)
6. Sobre el deber de idoneidad del servicio del BCP, la Comisión señaló que este deber también incluye la garantía legal que le asiste al consumidor. En ese sentido, se evidencia que el Señor Flores autorizó la compensación a través del contrato correspondiente al producto de Cuenta de Depósitos - Pensión, pero también es razonable para él pensar que dicha aceptación contempla las limitaciones normativas aplicables a la compensación señaladas en el artículo 1290 del CC y el artículo 648 del Código Procesal Civil.

En esa línea, al verificar que la compensación realizada por el Banco se efectuó por encima del límite legal permitido, la Comisión **declaró fundado** el recurso de apelación del Señor Flores y, (i) revocó la Resolución Final No. 218-2013/ILN-PSO, (ii) impuso una multa de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, (iii) ordenó al Banco como medidas correctivas el extorno a la Cuenta de Depósitos - Pensión del denunciante, la suma de S/ 1,081.63 (Mil Ochenta y Un y 63/100 Soles) y el cese de la aplicación de mecanismo de compensación sobre remuneraciones por encima del límite legal permitido, y (iv) el pago de las costas incurridas por el Señor Flores en el procedimiento.

1.2.3 Primer recurso de revisión del Banco

a) Presentación del recurso de revisión del Banco

El 16 de julio de 2013, el Banco interpuso un recurso de revisión en contra de la Resolución Final No. 476-2013/ILN-CPC ante la Sala de acuerdo con los siguientes principales fundamentos:

1. El BCP señala que la Resolución Final de la Comisión contraviene con el criterio preestablecido por la Sala en lo relacionado a cuentas de depósitos en las que se recibe el pago de remuneraciones, en el sentido que tanto a través de la Resolución No. 696-2012/SC2-INDECOPI y la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI, la Sala concluyó “*que en los casos que existan acreencias impagas, y siempre que el Banco cuenta con la autorización del cliente para ello, opera la posibilidad de una compensación convencional, la cual es irrestricta*” (INDECOPI, 2013). Por consiguiente, la Comisión ha afectado al principio de Predictibilidad y Uniformidad que rige el Derecho Administrativo.
2. De la misma forma, el Banco señaló que la Resolución Final de la Comisión no tuvo en consideración el Principio de Buena Fe de confianza y lealtad entre las partes evocado en el artículo V del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, pues el Banco desarrolló su conducta de compensación convencional en el mercado de acuerdo con las reglas que Indecopi había proporcionado para este supuesto de hecho.
3. En cuanto a las medidas correctivas reparadoras, el Banco sostiene que el procedimiento mediante el cual se originó la controversia fue realizado por la vía sumarísima, con lo cual y de acuerdo con las características especiales de esta vía, la cuantía perseguida no podía exceder las 3 UIT. En ese sentido, la Comisión habría emitido una medida correctiva reparadora (multa de 5 UIT) que excede la cuantía que corresponde en el presente procedimiento y ordenado otra medida (cese de la aplicación de mecanismo de compensación) con alcance general que solo es aplicable ante a un procedimiento de intereses colectivos.

De esta forma, el Banco solicita a la Sala que **declare fundado** el recurso de revisión y anule la Resolución Final No. 476-2013/ILN-CPC de la Comisión.

b) Respuesta del Señor Flores al recurso de revisión del Banco

El 04 de noviembre de 2013, el Señor Flores absuelve el recurso de revisión realizado por el BCP y fundamenta su argumentación según se señala a continuación:

1. La Comisión fundamentó adecuadamente con argumentos de hecho y derecho la necesidad existente para apartarse del criterio señalado en la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI. Además, el Señor Flores señala que esta resolución en ningún momento ha sido declarada precedente de observancia obligatoria que genere

predictibilidad, con lo cual la Comisión no tenía el mandato de resolver bajo el mismo sentido.

2. La Comisión interpretó adecuadamente que la autonomía de la libertad no es un derecho irrestricto y, por lo tanto, son aplicables los límites impuestos a través de normas imperativas, entre las que se encuentran los artículos 1290° del Código Civil y 648° del Código Procesal Civil.
3. En cuanto a la medida correctiva complementaria de cese de la aplicación de mecanismo de compensación, el Señor Flores alega que la Comisión actuó en concordancia con el artículo 116 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el sentido que esta institución se emplea para anular los efectos de la conducta infractora y prevenir su repetición en el futuro.

Por tanto, el Señor Flores solicita a la Sala que **declare improcedente** el recurso de revisión presentado por el BCP y consienta la Resolución Final No. 476-2013/ILN-CPC de la Comisión.

c) Resolución de la Sala al primer recurso de revisión

El día 18 de noviembre de 2013, la Sala emite la Resolución Final No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, y **declara improcedente** el recurso de revisión del Banco en lo que respecta a la falta de aplicación de un precedente de cumplimiento obligatorio y **declara fundado** el recurso en lo que respecta a la vulneración del principio de confianza legítima, de acuerdo con la siguiente argumentación:

1. La Comisión no vulneró el principio de predictibilidad, pues la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI no ha sido declarado como un precedente de observancia obligatoria para la administración.
2. La Sala sostiene que *“el principio de confianza legítima tiene como principal fundamento que los administrados no se vean afectados por el cambio de criterio, salvaguardando de esta forma la seguridad jurídica al otorgar al ciudadano un periodo de transición para que se adecúe su comportamiento a una nueva situación sin registrar cambios respecto de normas procesales”* (INDECOPI, 2013).
3. En ese sentido, el criterio establecido en la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI sobre compensaciones establecía que *“las entidades del sistema financiero cuentan con la posibilidad de compensar los adeudos de sus clientes con*

los activos que mantuvieran bajo su administración, siempre que así lo hayan autorizado previa y expresamente, criterio que fue reiterado por pronunciamientos posteriores, tales como la Resolución No. 696-2012/SC2-INDECOPI, donde el Banco fue parte denunciada” (INDECOPI, 2013).

4. La Sala determinó que el BCP mantuvo una conducta alineada a las normas del mercado que previamente fueron dictadas por la autoridad administrativa competente en materia de compensación bancaria. De esta forma, señala también que la Comisión habría vulnerado el principio de confianza legítima, pues inaplicó normas sustanciales destinadas a salvaguardar la seguridad jurídica y que afectan en la determinación de la responsabilidad.

En ese sentido, la Sala **declaró improcedente** el recurso de revisión del BCP en la parte aplicable a la omisión de uso de un precedente de observancia obligatoria y **declaró fundado** el extremo referido a la vulneración del principio de confianza legítima. En consecuencia, se declaró la nulidad de la Resolución No. 476-2013/ILN-CPC y exigió a la Comisión un nuevo pronunciamiento.

Al término del recurso de revisión precedente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor solicitó un Informe Técnico a la Gerencia Legal del Indecopi. En coherencia con el artículo 30 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, los procedimientos que se encontraban bajo la competencia del ORPS, podían verse interrumpidos si es que la Comisión o Dirección solicitaba un informe previo de algún otro órgano del Indecopi¹. De esta forma se decidió dar por **suspendido** el procedimiento hasta el 25 de abril del 2014, que la Comisión realiza el levantamiento de la suspensión, luego de recibir la respuesta a la consulta legal dirigida a la Gerencia Legal del Indecopi el 21 de abril de 2014.

1.2.4 Segundo Pronunciamiento de la Comisión en Segunda Instancia

a) Nueva resolución de la Comisión en Segunda Instancia

El 23 de julio de 2014, a través de la Resolución Final No. 932-2014/ILN-CPC, la Comisión **declaró fundado** el recurso de apelación interpuesto por el Señor Flores y declaró

¹ Mediante el Decreto Supremo No. 104-2021-PCM se derogó el artículo 30 de la referida normativa. De modo que, los procedimientos administrativos son ininterrumpidos.

improcedente la solicitud de pago de una indemnización a favor del denunciante, de acuerdo con la siguiente fundamentación:

1. La Comisión señala que según el artículo 145 de la LPAG es facultad de la autoridad - que conoce la denuncia- la tipificación. Asimismo, comparte la tipificación efectuada por el ORPS en su Resolución Final respecto de la supuesta infracción del BCP a su deber de idoneidad. En consecuencia, la Comisión señala que, si bien el Señor Flores también imputó la conducta infractora del Banco por el uso de métodos abusivos de cobranza, esta infracción se refiere al medio utilizado por el proveedor para hacer cobro de sus acreencias y que pueda afectar la imagen del consumidor, en coherencia con lo indicado por el artículo 62 del CPDC.
2. En lo que respecta al principio de confianza legítima, la Comisión señala que *“este principio no puede implicar una afectación a la esfera jurídica del consumidor o una desprotección a sus intereses”*. (INDECOPI, 2013) Con lo cual, la Comisión sostiene que un cambio de criterio en la línea interpretativa de la autoridad administrativa debe incidir en la graduación de la sanción a imponer al administrado, mas no en el aspecto de determinación de la responsabilidad de este (eximente).
3. En lo referente al deber de idoneidad correspondiente al Banco, la Comisión señaló que *“la buena fe constituye el elemento esencial que debe valorarse en todas las etapas de la relación de consumo, (...), el cual es aplicable no solo durante la contratación, sino también durante su ejecución”*. (INDECOPI, 2013)
Adicionalmente, la Comisión agrega que *“en el caso de la compensación bancaria sobre remuneraciones o pensiones, el proveedor debe definir y delimitar adecuadamente los alcances de la ejecución de su facultad, de modo que no perjudique al consumidor reteniendo un porcentaje de esta que no le resulte previsible, y así, afectar su subsistencia y la de su entorno”* (INDECOPI, 2013).
4. Es por ello que, la Comisión considera que la cláusula contractual de compensación debe contar con una autorización previa, clara, expresa y suficientemente acreditada por la que el consumidor acceda al descuento de su remuneración o pensión. Adicionalmente, la Comisión señaló a la entidad bancaria como la parte que se encuentra en una mejor posición sobre la información en la relación de consumo, y por lo cual considera pertinente que esta autorización y derecho de compensación sea informado a través de los distintos documentos contractuales del Banco, por ejemplo en la Hoja Resumen y la Cartilla informativa según corresponda con el producto

respectivo; o de sus canales complementarios de información en dónde se desarrolle las consecuencias de incumplimiento de las obligaciones crediticias del consumidor.

5. En el caso en concreto la Comisión, concluye que la presentación del contrato de cuentas de ahorros suscrito por el Señor Flores no es suficiente para acreditar la autorización expresa del mismo, en el sentido que *“no permite concluir que al momento de obtener el financiamiento tenía conocimiento claro e indubitable de la facultad de compensación que podría ejercer el Banco”*. (INDECOPI, 2013)
6. Sobre la solicitud de indemnización, la Comisión señaló que este tipo de pretensión solo es aplicable en la vía judicial o arbitral, con lo cual carece de competencia para pronunciarse.

En ese sentido, al verificar que la información sobre el derecho de compensación no fue especificada en los documentos contractuales del Banco, y, por lo tanto, no es previsible su actuación para el consumidor de buena fe, la Comisión **declaró fundado** el recurso de apelación del Señor Flores y, revocó la Resolución Final No. 218-2013/ILN-PSO. Del mismo modo, **declaró improcedente** la solicitud de indemnización del Señor Flores al no ser competente para dicha acción en la vía administrativa.

1.2.5 Segundo recurso de revisión del Banco

a) Presentación del segundo recurso de revisión del Banco

El 15 de agosto de 2014, el BCP interpuso un segundo recurso de revisión en contra de la Resolución Final No 932-2014/ILN-CPC ante la Sala, por vulnerar el Principio de Buena Fe recogido en el numeral 5 artículo V del Título Preliminar del Código de Protección del Consumidor y el Principio de Confianza Legítima recogido en el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, de acuerdo con los siguientes principales fundamentos:

1. El Banco alega que *“de una interpretación conjunta de los referidos artículos es posible concluir que tanto el Código de Protección de Consumidor y la LPAG pretenden cautelar a los administrados sujetos al ámbito de aplicación de estas normas (tal como en el caso de un proveedor) frente a cambios de criterios por parte de la Administración, garantizándose en dichos casos que su actuación resulta legítima y acorde a los preceptos de la buena fe”* (INDECOPI, 2013).
2. Con lo cual, el Banco habría actuado de manera legal de acuerdo con el criterio preestablecido en materia de compensaciones en reiteradas y consistentes resoluciones emitidas por la Sala en los últimos años e incluso en el presente

expediente a través de la Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, en donde la Sala ha reiterado “(...) *que las entidades del sistema financiero (cuentan) con la posibilidad de compensar los adeudos de sus clientes con los activos que mantuvieran bajo su administración, siempre que estos así le hubieran autorizado previa y expresamente*” (Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, 2013). Sin embargo, la Comisión se aparta de la posición de la Sala y sanciona al Banco por “compensación indebida” e infracción al CPDC.

3. Sobre la supuesta compensación indebida realizada por el Banco, la Comisión incorporó un requisito adicional a los contemplados en el criterio de la Sala vertido en las Resoluciones No. 3448-2011/SC2-INDECOPI y No. 0696-2012/SC2-INDECOPI, el cual pretende que “*la autorización sea previa, clara, expresa y suficientemente acreditada para que el interesado dispusiera afectar determinado porcentaje de su remuneración*” (INDECOPI, 2013). Lo cual a criterio del Banco es una vulneración directa a los Principios de Buena Fe y Confianza Legítima del administrado, pues el Banco “ha llevado a cabo una conducta al amparo de un criterio expreso y reiteradamente dictado por la Sala, sobre la base de acuerdos contractuales que la Sala ya ha tenido oportunidad de establecer se ajustan a los requisitos sentados en este criterio” (INDECOPI, 2013).
4. Adicionalmente, el BCP alega que “*el pretender emplear el principio de confianza legítima únicamente como un atenuante de una pena supone una grave vulneración al principio de seguridad jurídica (...), así como el principio de predictibilidad que debe regir todo el procedimiento administrativo*” (INDECOPI, 2013). Toda vez que los referidos principios “*buscan prevenir arbitrariedades por parte del Estado y que sus actuaciones y decisiones sean previsibles para los administrados, debiendo dicha previsibilidad regir con mayor razón, en cualquier procedimiento sancionador*” (INDECOPI, 2013).
5. Finalmente, la Comisión también habría vulnerado el principio de tipicidad, “*el cual persigue primordialmente que los administrados puedan conocer cuáles son las conductas que se encuentran sancionadas por el ordenamiento jurídico para poder así adecuar su comportamiento a derecho*” (INDECOPI, 2013). Con lo cual, lo que ha realizado Comisión es modificar un criterio preestablecido, y también utilizar este

nuevo razonamiento sobre la actuación del BCP, aun cuando la conducta se ha realizado de manera anterior al nuevo criterio establecido.

De esta forma, el Banco solicita a la Sala que **declare fundado** el recurso de revisión y anule la Resolución Final No 932-2014/ILN-CPC de la Comisión.

b) Presentación del Señor Flores al segundo recurso de revisión del Banco

El 27 de octubre de 2014, el Señor Flores absuelve el segundo recurso de revisión realizado por el Banco y fundamenta su argumentación según se señala a continuación:

1. El Señor Flores sostiene que *“el principio de Buena Fe rige la conducta de los consumidores y proveedores, en razón de su actividad en el mercado, pero que no regula como lo pretende señalar el Banco de Crédito del Perú S.A., el principio de confianza legítima respecto de lo que los proveedores, consumidores, esperan de las autoridades cuando resuelven procedimientos”* (INDECOPI, 2013).
2. Asimismo, el Señor Flores reitera que es imposible jurídicamente que el haya aceptado plenamente la facultad de compensación, pues no se le informó de forma expresa, precisa sobre los alcances de la facultad para compensar.

Por tanto, el Señor Flores solicita a la Sala que **declare improcedente** el recurso de revisión presentado por el Banco y modifique la Resolución Final No 932-2014/ILN-CPC, en el sentido que solo amonesta al Banco y debería imponerse adicionalmente una medida correctiva, reparadora, complementaria para que se abstenga a seguir compensando con cargo a los depósitos de ahorros de los consumidores, así como se le imponga como sanción una multa.

c) Resolución de la Sala al segundo recurso de revisión

El día 25 de noviembre de 2014, a través de la Resolución No. 4036-2014/SPC-INDECOPI, la Sala declaró fundado el recurso de revisión interpuesto por el Banco, de acuerdo con la siguiente argumentación:

1. La Comisión trasgredió el principio de confianza legítima, pues entiende que el uso de este principio no debe desproteger al consumidor ni sus intereses. Ello se encontraría alineado con lo dispuesto por el principio pro-consumidor y por lo que no debe considerar a este principio como un eximente de responsabilidad. la aplicación de este principio no constituía una eximente de responsabilidad (INDECOPI, 2013). Sin

embargo, la Sala difiere y sostiene que el principio de confianza legítima incide en la determinación de la responsabilidad del administrado.

2. En cuanto a la afectación al principio de debido procedimiento, la Comisión habría vulnerado este, específicamente el deber de motivación, pues se apartó del criterio preestablecido por la Sala en materia de compensaciones bancarias sobre cuentas remunerativas y exigió un requisito adicional al previamente contemplado por la Sala en resoluciones anteriores. Este requisito consistiría en *“exigir al denunciado (...) la fijación expresa por parte de los usuarios del sistema financiero del porcentaje disponible para oponer a los saldos deudores pendientes que mantuviesen frente que mantuviesen frente a las entidades financieras, a fin de amortizarlos o, de ser el caso, cancelar tales obligaciones, vía la figura de compensación”* (INDECOPI, 2013)

En ese sentido, la Sala **declaró fundado** el recurso de revisión del Banco por (i) la vulneración de la Comisión al principio de confianza legítima al considerarlo como un factor atenuante; y (ii) la vulneración al principio de debido procedimiento con relación al deber de motivación, pues la Comisión se alejó del criterio de la Sala en materia de compensación y exigió la concurrencia de un requisito adicional a los contemplados, en virtud sobre el que determinó responsabilidad del proveedor por la conducta infractora. En consecuencia, la Sala **revocó** la Resolución Final No 932-2014/ILN-CPC y **declaró infundada** la denuncia interpuesta por el Señor Flores contra dicha entidad financiera.

CAPÍTULO II. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES DEL EXPEDIENTE

En este capítulo se identificarán los problemas jurídicos centrales y materia de discusión del presente informe, así como una breve descripción de cada uno de los mismos. Para ello, se ha procedido a hacer una segmentación entre los problemas procedimentales y sustanciales del expediente según se expone a continuación:

2.1 Problemas sustanciales del expediente:

2.1.1 ¿Las acciones realizadas por el BCP respecto a realizar la compensación bancaria en la Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores infringieron el deber de idoneidad?

Como primer problema de relevancia jurídica se analizará si el BCP vulneró el deber de idoneidad al realizar la compensación de la deuda existente de la tarjeta de crédito del Señor Flores con el saldo disponible en la Cuenta de Depósitos - Pensión del referido titular. Ello, con la consideración de que los fondos disponibles en la Cuenta de Depósitos - Pensión correspondían al pago por el concepto de pensiones que recibía el Señor Flores como ex empleado de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra.

Para lo cual, de acuerdo con el artículo 18 del Código de Protección al Consumidor, se analizará el deber de idoneidad al cual estaba obligado el Banco en el presente caso según la información transmitida al Señor Flores, durante la contratación -y de manera posterior- de los referidos productos bancarios, sobre el derecho de compensación que le asistía a la entidad bancaria. Asimismo, conforme con el artículo 20 del referido cuerpo normativo, también será necesario determinar si el Banco estaba obligado a aplicar una garantía legal que impidiera o limitase su derecho de compensación bancaria.

2.1.2 ¿El Banco utilizó el derecho de compensación bancaria determinado en el artículo 132 la Ley de Bancos de acuerdo con las limitaciones contempladas por el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil?

El expediente plantea una relevante discusión teórica sobre el tipo de derecho de compensación que actualmente aplican las entidades bancarias en sus contratos bancarios. Demodo que, en el presente apartado se pretende analizar la diferencia entre (i) la compensación como medida de protección de ahorro del público según el artículo 132 de la Ley de Bancos; y (ii) la compensación como acuerdo bilateral recogido en el artículo 1288 del Código Civil. Además de la presunta limitación aplicable al derecho de compensación que se detalla en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, cuya finalidad es proteger el carácter alimentario de la remuneración.

Todo ello con la finalidad de determinar si el Banco se encontraba en la posibilidad de realizar una compensación por la totalidad de la deuda existente de la tarjeta de crédito del Señor Flores con los fondos disponibles en la Cuenta de Depósitos - Pensión en donde este último recibía su pensión o si el Banco solo podía compensar la acreencia si en la Cuenta de Depósitos - Pensión el saldo disponible se encontraba por encima de las 5 Unidades Referenciales Procesales.

2.1.3 ¿La cláusula de compensación del contrato bancario configuraría una cláusula abusiva?

Como tercer problema de relevancia jurídica se analizará a mayor detenimiento la cláusula de compensación bancaria que el BCP dispone de manera unilateral en sus contratos bancarios de depósitos o tarjeta de crédito. Como es de conocimiento, dentro de la contratación de cualquier producto bancario, el cliente se adhiere a las cláusulas generales de contratación - correspondientes al producto en cuestión- y que han sido previamente aprobadas administrativamente por el ente regulador (la “SBS”).

En ese caso, el Señor Flores alega en la totalidad de sus escritos de defensa que en ningún momento ha consentido para que se realice la compensación de la deuda actual y vencida de su tarjeta de crédito con los fondos disponibles en la Cuenta de Depósitos - Pensión, pese a que dicha autorización se encontraba literalmente plasmada en el Contrato correspondiente a su producto pasivo y cuya contratación no es cuestionada. Por lo cual, resulta pertinente evaluar si la cláusula de compensación del Banco configura una cláusula abusiva bajo la luz del derecho de protección al consumidor y la norma sectorial bancaria. Ello, en consideración

con el criterio señalado por la Sala sobre la exigencia de la aceptación del Cliente para la compensación convencional.

2.2 Problemas procedimentales:

2.2.1 Respecto al primer recurso de revisión, ¿le correspondía a la Comisión aplicar el Principio de Confianza Legítima alegado por el BCP?

En el presente problema procedimental se analizará si la Comisión en su pronunciamiento en segunda instancia cometió un error de Derecho al inaplicar el principio de confianza legítima y buena fe en su decisión y, por consecuencia, en la determinación de la responsabilidad del proveedor. Ello, bajo la premisa de que la compensación de la deuda del Señor Flores efectuada por el Banco se realizó de buena fe de acuerdo con el criterio interpretativo que la Sala había dispuesto previamente en una resolución anterior en materia de compensaciones bancarias, pero que no configura un precedente de observancia obligatoria.

Para lo cual será sumamente importante conocer si existe un límite en la autonomía y discrecionalidad que poseen los órganos resolutivos del Indecopi para establecer un nuevo criterio interpretativo y su interacción con el referido principio de confianza legítima.

2.2.2 Respecto del segundo recurso de revisión, ¿la Comisión aplicó adecuadamente el Principio de Confianza Legítima al considerarlo dentro de la graduación de la sanción?

En el último problema procedimental se analizará si la Comisión en su segundo pronunciamiento en segunda instancia cometió un error de Derecho al considerar el principio de confianza legítima y buena fe como un factor atenuante influyente en la graduación de la sanción del Banco. Ello, bajo la consideración del principio pro- consumidor, el cual asegura que la aplicación del principio de confianza legítima no implique una vulneración de la esfera jurídica del consumidor y la desprotección de sus intereses.

CAPÍTULO III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL EXPEDIENTE Y POSICIÓN PERSONAL

En este capítulo se desarrollará a mayor profundidad los problemas jurídicos previamente identificados, con la finalidad de determinar y argumentar mi posición personal sobre los mismos.

3.1 ¿Las acciones realizadas por el BCP respecto a realizar la compensación bancaria en la Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores infringieron el deber de idoneidad?

En el siguiente problema se analizará si el BCP vulneró el deber de idoneidad al realizar la compensación de la deuda actual caduca de la tarjeta de crédito del Señor Flores con los fondos disponibles en la Cuenta de Depósitos - Pensión del referido titular según la normativa aplicable de protección al consumidor. Para lo cual, el análisis se enmarcará en los siguientes hitos: Primero, partiré de la definición del deber de idoneidad y el responsable de este. En seguida, analizaré cómo se determina la idoneidad de un producto o servicio en base al Modelo de Referencia de Idoneidad. Luego, se analizarán las garantías aplicables al caso, especialmente si existió una garantía legal aplicable a la controversia. Además de revisar la línea jurisprudencial del Indecopi sobre la garantía legal y otros órganos administrativos de justicia relevantes para determinar cuál es el criterio aplicable al caso. Finalmente, determinaré mi postura personal

3.1.1 ¿Qué es el “deber de idoneidad”?

Para determinar la responsabilidad del Banco en materia de idoneidad, es sumamente importante comenzar con la definición del referido deber, sus alcances y limitaciones. Desde el plano normativo, podemos encontrar al deber de idoneidad en el artículo 18° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual sostiene literalmente lo siguiente:

“Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.” (Énfasis agregado)

De una interpretación literal del artículo precedente, podemos concluir que la idoneidad está referida a las expectativas que un consumidor posee del servicio o producto contratado, en función de los datos recibidos por el proveedor a lo largo de la contratación y/o ejecución del servicio (si corresponde), y lo que finalmente recibe.

De esta forma, encontramos en la doctrina que el deber de idoneidad según la definición del CPDC parte de tres (3) consideraciones fundamentales. Para Tirado Barrera (2021), estas serían las siguientes:

1. Alcance amplio: el alcance de la idoneidad exigible a los proveedores es amplio y no limitado exclusivamente a la información proporcionada por él, sino que comprende todas aquellas prestaciones habituales o propias de los productos y servicios ofertados.
2. Consideración del producto o servicio: *“establece como criterio interpretativo de la extensión de la idoneidad la naturaleza y finalidad del producto o servicio puesto en el mercado”* (Tirado Barrera, 2021).
3. Obligación de tracto sucesivo: *“El contar con una autorización administrativa para la producción de bienes o la prestación de servicios no exime al proveedor del cumplimiento del deber de idoneidad, lo que supone el deber de idoneidad es de naturaleza permanente y es una obligación de tracto sucesivo que no se limita únicamente al momento en que se pretende obtener la autorización administrativa”* (Tirado Barrera, 2021).

Ahora, ya sobre lo expuesto hasta este punto, es sencillo dilucidar que el deber de idoneidad será responsabilidad del proveedor del producto o servicio si así se probase. Aunque para evitar cualquier tipo de duda, el Código de Protección y Defensa de Consumidor, Art. 19 (2010) señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.” (Énfasis agregado)

De igual manera, el artículo 104° del mismo texto normativo enmarca aquella responsabilidad del proveedor al fuero administrativo y sostiene lo siguiente:

“Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.” (Énfasis agregado)

En conclusión, según se ha señalado en este apartado, el deber de idoneidad es la “correspondencia entre las expectativas del consumidor y las prestaciones realizadas por el proveedor” (Tirado Barrera, 2021). De esta forma, el proveedor será el responsable por el deber de idoneidad en una relación de consumo, si así fuese probado. En el siguiente apartado, se analizará con mayor detenimiento el modelo objetivo que sigue nuestro ordenamiento jurídico para la atribución de responsabilidad en materia de idoneidad y cómo se relaciona con las garantías legales, explícitas e implícitas.

3.1.2 ¿Cómo se determina la idoneidad de un producto o servicio?

Una vez definido -en el numeral anterior- el concepto del deber de idoneidad al que están obligados los proveedores, corresponde conversar sobre cómo se determina este y las consideraciones que existen. Para ello, será importante conocer la relación entre el deber de idoneidad y el derecho a la información que le asiste al consumidor.

La doctrina recurrentemente señala que el deber de idoneidad y el derecho a la información son dos caras de la misma moneda. De hecho, Fuentes Chávez aprovecha en realizar una precisión de la diferencia de los referidos derechos, pues para este autor:

“el deber de idoneidad no constituye un supuesto especial o especie del deber de informar, ni este es una especie y aquel el género, sino que desde el criterio subjetivo el deber de idoneidad se relaciona con el deber de informar, en tanto que lo que el consumidor espera, en el caso concreto, depende de la información que el proveedor le brindó. Es decir, es este último supuesto donde la idoneidad es vinculada con el deber de información.” (Fuentes Chávez, 2010)

Así también lo señala Bullard al manifestar que *“los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma moneda. La idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que recibe. Pero, a su vez, lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido.”* (Bullard González, 2010)

Entonces, de lo expuesto hasta este punto es bastante claro concluir que las expectativas del consumidor (deber de idoneidad) no provienen de ideas, deseos o especulaciones que el consumidor podría tener al momento de realizar la contratación de un producto o servicio. Por el contrario, las expectativas del consumidor se construyen con base en los datos que otorga o no, el proveedor. De modo que, la responsabilidad de este último en materia de idoneidad versará sobre qué tan cierto fue lo que ofreció y lo que efectivamente prestó según los términos y condiciones que el mismo se hubiese comprometido a realizar o no, o de acuerdo con lo que la ley le exija o prohíba.

En esa línea, Espinoza señala que *“una de las maneras de cubrir estas expectativas se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas antes mencionadas.”* (Espinoza Espinoza, 2007)

Con ello en consideración, nuestro CPDC (2010) a través del artículo 20° incorpora un modelo objetivo para la determinación de la idoneidad del proveedor. Este modelo se sostiene en el concepto de garantías el cual se categoriza y detalla a continuación:

“Artículo 20.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

*Las garantías pueden ser **legales, explícitas o implícitas**:*

- a. Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.*
- b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.*
- c. Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.” (énfasis agregado)*

Tal parece que la doctrina y la legislación han llegado a un consenso con respecto a la determinación de la idoneidad. Por ejemplo, Maraví Contreras (2013) señala que “*para determinar la idoneidad de un producto o servicio debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado.*”

Bullard (2010) complementa lo anterior y señala que para la atribución del adecuado nivel de idoneidad será necesario construir un modelo basado en las características del bien o servicio que son esperadas por un “consumidor razonable” y comparar el modelo con las atribuciones del bien o servicio que efectivamente se prestó. De esta forma, si existiese una diferencia entre ambos conceptos, entonces habría una responsabilidad del proveedor.

Para mayor entendimiento, se presenta el siguiente gráfico que contiene el modelo de referencia planteado por el citado autor y que para fines de este trabajo será denominado como “Modelo de Referencia de Idoneidad”:

“Cumple el modelo de idoneidad si:

$$\begin{array}{ccc} \textbf{MODELO DE IDONEIDAD} & & \textbf{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+Z \end{array}$$

Donde X, Y, Z son las características del bien y servicio.

No hay idoneidad sí:

$$\begin{array}{ccc} \textbf{MODELO DE IDONEIDAD} & & \textbf{REALIDAD} \\ X+Y+Z & = & X+Y+H \end{array}$$

Donde X, Y, Z son las características del bien y servicio esperadas por el consumidor y X, Y, H es lo que recibió en realidad, siendo H menos que Z. Constituyéndose así un incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.”

Gráfico 1: Modelo de Referencia de Idoneidad (Bullard Gonzáles, 2010)

Por su lado, Rodríguez García (2014) añade que el Modelo de Referencia de Idoneidad consta de tres etapas, según se detalla a continuación:

“En la primera etapa, se construye un “Modelo de Referencia de Idoneidad” sobre la base de ciertas variables (garantías). En segundo término, se organiza aquello que ocurrió en la realidad, es decir, lo que el consumidor recibió en los hechos. Finalmente, se compara lo que se aprecia en la realidad con el contenido del Modelo de Referencia de Idoneidad.

Si existe identidad entre lo real y el modelo de referencia, no existirá infracción al deber de idoneidad. Si existen discrepancias, el consumidor razonable no habrá recibido lo que razonablemente esperaba y eso acarreará las responsabilidades que correspondan en el proveedor.” (Rodríguez García, 2014)

Para Rodríguez García y Alfredo Bullard, el Modelo de Referencia de Idoneidad se construye en base al estándar de consumidor razonable y sus expectativas según las garantías que establezca el proveedor. Este modelo deberá ser comparado con lo efectivamente recibido por el consumidor en la ejecución del servicio o en el uso del producto y lo que razonablemente se esperaría de este último según su naturaleza. La diferencia entre la realidad y el modelo de idoneidad - que genere perjuicio para el consumidor- implicaría una responsabilidad del proveedor en el deber de idoneidad del producto o servicio.

En conclusión, nuestro ordenamiento de protección al consumidor relaciona directamente al deber de idoneidad con las garantías de los productos o servicios que ofrecen los proveedores, sobre la base de la información propuesta en la relación de consumo. Es por ello que, en el siguiente apartado se analizará las garantías que se constituyeron o debieron

constituir en el caso específico del Señor Flores en contra del BCP, con el fin de determinar la responsabilidad del Banco según el modelo de referencia de Idoneidad.

3.1.3 ¿Cuáles son las garantías aplicables a la controversia entre el Banco y el Señor Flores?

Recordemos que la presente controversia inició a raíz de que el BCP realizó la compensación de la deuda existente de la tarjeta de crédito del Señor Flores con el saldo disponible en la Cuenta de Depósitos - Pensión del referido titular. Ello, con la consideración de que la Cuenta de Depósitos - Pensión correspondía a aquella en donde el Señor Flores recibía su pensión.

Es pertinente señalar que, en el ámbito bancario, y de acuerdo con el ítem anterior, el deber de idoneidad en nuestro ordenamiento jurídico también se analiza sobre la base de las garantías constituidas en la relación de consumo. Las cuales podrán ser garantías implícitas, explícitas y legales según lo detalla el artículo 20 del CPDC.

Según la argumentación presentada por cada una de las partes (y que se resume a continuación) podemos evidenciar a las garantías existentes en la controversia.

a. Garantía explícita:

- Primero, el Señor Flores argumentaba una vulneración al deber de idoneidad correspondiente al Banco, pues la referida facultad de compensación de la entidad bancaria no fue informada, ni mucho menos aceptada por él en ningún momento de la contratación de la Cuenta de Depósitos - Pensión o de la Tarjeta de Crédito.
- Por el contrario, para el BCP la información sobre la facultad de compensación del Banco fue dispuesta en el documento "Condiciones Generales de las Cuentas y Servicio del Banco", el cual es un documento obligatorio para la contratación y aplicable a todos los contratantes.

b. Garantía legal:

- Asimismo, el Señor Flores fundamentó que incluso cuando haya sido informada y aceptada la facultad de compensación, este acuerdo se ve limitado al existir una prohibición legal para compensar los activos legalmente declarados como

intangibles o inembargables, conforme se establece en el numeral 11) del artículo 132° de la Ley de Bancos y el numeral 3) del artículo 1290 del CC.

- Por su lado, el BCP alegó que la facultad de compensación se encuentra reconocida por la Ley de Bancos como medida de protección del ahorro del público. Asimismo, no le es aplicable una prohibición legal, pues la compensación correspondería al acuerdo de ambas partes al momento de la contratación (compensación convencional).

La presencia de garantías legales y explícitas en la controversia es sumamente común en un servicio bancario, tal cual lo señalan Stucchi, Bezada y García (2021, pág. 89): *“como resulta natural en un sector intensamente regulado como el bancario, las garantías legales se presentan en una mayor proporción que las garantías implícitas. Asimismo, como se desprende de la naturaleza de las garantías explícitas, la idoneidad del servicio bancario se relaciona directamente con la información que brinda la empresa a los consumidores pues, además de las exigencias legales aplicables a lo esperado sobre un servicio bancario, las expectativas del consumidor sobre este se encontrarán delineadas por aquella información que la empresa bancaria haya puesto a disposición o pactado.”*

Ahora bien, una vez identificadas las garantías aplicables a la controversia y de manera previa a realizar un análisis exhaustivo de éstas, es pertinente establecer el orden de prelación que existe en las referidas garantías. En primer lugar, la garantía legal; luego, la garantía explícita; y, por último, la garantía implícita.

El orden de prelación es razonable, una garantía legal no podrá ser reemplazada por *“cualquier garantía explícita o implícita, atendiendo a que ningún pacto contractual ni algún uso o alguna costumbre ‘contra legem’ pueden prevalecer sobre una norma positiva en el ámbito de protección al consumidor”*. (Stucchi López Raygada, Bezada Alencastre, & García Tipismana, 2021) o como lo señala Rodríguez García (2014), *“no cabe pactar en contra de lo que el sistema legal establece salvo que la propia normativa así lo permita”*.

Asimismo, *“una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita. En tal medida, la garantía explícita puede, por ejemplo, limitar temporalmente la obligación de la garantía o excluir ciertos problemas que, en otras condiciones, serían responsabilidad del proveedor”*. (Maraví Contreras, 2013)

En síntesis, Cavero Safra (2016) señala que *“la regla de idoneidad establece una garantía implícita de razonabilidad en todos los contratos de consumo, salvo que se haya pactado en contrario, y hay otras reglas que establecen garantías legales contra las cuales no es posible pactar”*.

Con lo cual, para la determinación de la responsabilidad del Banco, será sumamente importante resolver si es que existe una garantía legal aplicable a la presente controversia que prohíba la compensación del importe adeudado en la Tarjeta de Crédito del Señor Flores con el saldo disponible en su Cuenta de Depósitos - Pensión (este saldo disponible corresponde al pago por el concepto de pensiones). De ser así, la garantía explícita no podría desplazar a la garantía legal y se encontraría justificada la responsabilidad por infracción al deber de idoneidad del Banco.

Por lo tanto, en el siguiente apartado se analizará si el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil configuran una garantía legal aplicable a la controversia, ello a la luz de la línea (o líneas) jurisprudencial(es) previas esbozada(s) por la Sala Especializada de Protección al Consumidor de Indecopi sobre la figura de compensación en cuentas remunerativas.

3.1.4 Para Indecopi, ¿el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil configuran una garantía legal a favor del Señor Flores?

Es bastante curioso que, a pesar del transcurso de una década desde el inicio del presente expediente, aún existe duda sobre la aplicación del inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil como una garantía legal que prohíba la compensación total de las cuentas remunerativas.

La referida duda se mantiene en el tiempo debido a la falta de un criterio uniforme de aplicación de la Sala sobre este extremo. Por lo cual, en el siguiente apartado se analizará la línea (o líneas) jurisprudencial(es) esbozada(s) por la Sala, su argumentación principal y la posible influencia de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (en adelante, la “Corte Suprema”) y el Tribunal de Constitucional (en adelante, el “TC”).

a. Pronunciamientos de la Sala a favor de la presencia de una garantía legal que prohíbe la compensación total de las cuentas remunerativas

Resolución No. 0199-2010/SC2-INDECOPI de fecha 29 de enero de 2010: En el marco del procedimiento seguido por María Aurora Gonzales Espinosa (la “Señora Gonzales”) en contra de Soluciones en Procesamiento S.A. (“Soluciones en Procesamiento”) y el BCP; la Sala determinó que existió una infracción al deber de idoneidad, al considerar al artículo 1290 del Código Civil y el artículo 648 del Código Procesal Civil como una garantía legal que prohíbe la compensación en cuentas remunerativas cuando éstas sean menores a 5 URP.

La Sala habría fundamentado esta decisión en base a los siguiente principales argumentos:

- **El artículo 132 de la Ley de Bancos tiene límites**: El numeral 15 de la decisión señala que *“si bien la referida norma establece que las empresas del sistema financiero tienen derecho a realizar la compensación entre sus acreencias y los activos del deudor, existen activos excluidos de este derecho, conforme lo indica la misma norma:*

“LEY 26702. Artículo 132°.- Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista. -En aplicación del artículo 87° de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el 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 serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho. (...)” (énfasis agregado) (Resolución No. 0199-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

- **El límite es el crédito inembargable señalado por el Código Civil²**: El numeral 18 de la decisión señala que *“El Código Civil define a la compensación como un*

² Código Civil (1984)

“Artículo 1290°.- Se prohíbe la compensación:

modo de extinción de obligaciones y establece de manera taxativa, los supuestos en los que se encuentra prohibido realizar la compensación, incluyendo entre ellos, al crédito inembargable. De acuerdo a ello, el crédito inembargable constituirá un activo excluido del derecho de compensación de las entidades del sistema financiero.” (...)” (énfasis agregado) (Resolución No. 0199-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

- **La remuneración es un bien inembargable** cuando no excedan las 5 URP según lo señala el Código Procesal Civil³ y se señala en el numeral 21 de la decisión.
- **La remuneración es protegida por su carácter alimentario**, así lo señala el numeral 23 de la decisión el cual señala que *“La protección que el sistema normativo otorga a la remuneración, al considerarla inembargable e incompensable, se justifica en que ésta tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de los trabajadores, por lo que, de permitirse su afectación, se pondría en riesgo incluso la subsistencia de éstos.”* (Resolución No. 0199-2010/SC2-INDECOPI, 2010)

Resolución No. 2321-2011/SC2-INDECOPI de fecha 1 de septiembre de 2011: En el marco del procedimiento seguido por Walter Antonio Chuman Carmen en contra de Scotiabank Perú S.A.A.; la Sala ratifica su criterio argumental (esbozado hace poco más de un año y medio) en contra de las compensaciones en cuentas remunerativas. De esta forma, considera al artículo 1290 del Código Civil y el artículo 648 del Código Procesal Civil como una garantía legal que prohíbe la compensación en cuentas remunerativas cuando éstas sean menores a 5 URP, **a pesar de su pacto contractual en contrario**. De esta forma, el numeral 20 de la decisión agrega que *“Así, un consumidor que pacta la posibilidad de una compensación espera que ésta sea efectuada conforme al marco legal vigente, el mismo que en el presente caso, establece expresamente las limitaciones para su aplicación a las remuneraciones, no*

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.”*

³ **Código Procesal Civil. Artículo 648°** (Código Procesal Civil, 1993)

Bienes inembargables. - Son inembargables:

(...)

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

admitiéndose pacto en contrario.” (Resolución No. 2321-2011/SC2-INDECOPI, 2011)

Las siguientes resoluciones y sentencias son posteriores a la controversia del presente expediente.

Casación No. 11823-2015 de fecha 4 de mayo de 2017: Interpuesta por el Indecopi frente a la sentencia del Poder Judicial - Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima que sostiene que los límites del artículo 1290 inciso 3 del Código Civil y el artículo 648 inciso 6 del Código Procesal Civil no son aplicables ante la compensación que ha sido pactada entre las partes. De esta forma, la Corte Suprema sostiene la existencia de una infracción normativa al artículo 1290 inciso 3 del Código Civil y el artículo 648 inciso 6 del Código Procesal Civil de acuerdo con la siguiente argumentación:

- **La remuneración es irrenunciable**, así lo señala el numeral 3.8 de la Casación que expresa que *“la remuneración que percibe el trabajador le sirve de sustento no solamente a él sino también a su familia y que tiene naturaleza alimentaria, ha merecido especial protección, a nivel constitución, confiriéndosele la calidad de “irrenunciable”⁴ gozando de un derecho de prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador, esto es, tiene primer orden de prioridad en la jerarquía de acreedores del empleador”*. (Casación No. 11823 – 2015, 2017)
- **La remuneración mantiene su calidad de inembargable e intangible cuando es depositada en una cuenta bancaria**. Para llegar a esta conclusión la Corte Suprema en el numeral 3.9 de la Casación realiza una referencia al expediente No. 0691-2004- AA/TC que señala *“no puede ni debe obviarse que la inembargabilidad de las remuneraciones está referido cuando estas están en poder del empleador, pero una vez que ellas son abonadas en las cuentas*

⁴ **Constitución Política del Perú**. (1993)

Derechos del Trabajador

Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia.

Constitución Política del Perú (1993)

“Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)2. *Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...).*”

bancarias, esos depósitos tienen igual tratamiento que cualquier otro (...), 7. De lo expuesto, queda acreditado que se vulneraron los derechos constitucionales del accionante, pues el hecho de que el recurrente haya contraído obligaciones tributarias, las cuales se encuentran pendientes de pago, no autoriza una actuación al margen de la ley por parte de la Administración Tributaria, a fin de garantizar el cobro de la deuda sobre depósito de naturaleza intangible.” (Casación No. 11823 – 2015, 2017)

De esta forma concluye que las remuneraciones mantienen su carácter inembargable aun cuando ésta se encuentra en una cuenta bancaria y que cualquier pacto contractual que afecte a la remuneración debe respetar los límites legales establecidos en los artículos del Código Civil y el Código Procesal Civil.

Casación No. 18161-2015 de fecha 27 de junio de 2017: Interpuesta por el Indecopi en contra de la sentencia emitida el 24 de septiembre de 2015 por el Poder Judicial - Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima que sostiene que los límites del artículo 1290 inciso 3 del Código Civil y el artículo 648 inciso 6 del Código Procesal Civil no resultan aplicables en el supuesto de compensación previsto de manera contractual.

La Corte Suprema sostuvo la existencia de una infracción normativa al artículo 1290 inciso 3 del Código Civil y el artículo 648 inciso 6 del Código Procesal Civil según el mismo razonamiento que en la Casación No. 11823-2015 descrita previamente.

En este punto es pertinente señalar que ninguna de las casaciones citadas obtuvo la calidad de precedente judicial, pues no cumplió con los requisitos formales señalados en el artículo 400 del Código Procesal Civil⁵.

⁵ **Código Procesal Civil.** (1993)

“Artículo 400.- Precedente judicial: La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

Resolución No. 3441-2017/SC2-INDECOPI de fecha 11 de diciembre de 2017: En consecuencia del mandato de la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre el procedimiento seguido por Nelly Judith Herrera Nieva en contra de Scotiabank Perú S.A.A.; la Sala emite un nuevo pronunciamiento que sigue el criterio argumental del Poder Judicial y su postura inicial esbozada el 2010, el cual sostiene que *“la compensación irrestricta no es posible, sino que, en todo caso, se requiere un acuerdo específico y actual, para que los créditos y deudas que las partes mantienen entre sí, puedan ser compensados si se encuentran en el supuesto de hecho mencionado.*

No puede considerarse que una autorización general de compensación que, finalmente, solo repite el texto de la regla de compensación legal pueda dejar sin efecto la prohibición expresa prevista por la ley, pues, nuevamente, una interpretación en tal sentido liquidaría el fin protector que inspira a dicha disposición.

[...]

Por tanto, no puede afirmarse que el pacto contractual de compensación haya excepcionado la prohibición prevista en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil.”
(Resolución No. 3441-2017/SPC- INDECOPI, 2017)

Esta resolución de la Sala corresponde al grupo que apareció inmediatamente después de los pronunciamientos en materia de compensación de la Corte Suprema, citados previamente. Es sorprendente que, la argumentación no incluya alguna referencia a las casaciones, a pesar de que siguen la misma línea jurisprudencial.

Sentencia 670/2021: Finalmente, la posición a favor de la aplicación del inciso 3 del artículo 1290 del CC y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil como una garantía legal que prohíba la compensación total de las cuentas remunerativas llegó a instancia constitucional a través de un recurso de amparo que interpuso el Señor Mario Humberto Ortiz Nishihara en contra del Banco de la Nación. En dicho

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.”

proceso, el TC el 1 de julio de 2021 indicó su postura a favor del límite legal a la compensación en cuentas remunerativas a través de los siguientes argumentos:

- **La autonomía de la libertad no es absoluta.** Para ello cita su pronunciamiento en el Expediente 03682-2012-PA/TC en donde señala que *“la autonomía privada no puede justificarse la vulneración de otros derechos fundamentales ya que, como cualquier otro derecho, tiene límites. En tal sentido, un pacto contractual no puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales”*. (Sentencia No. 670/2021, 2021)
- **La remuneración mantiene su calidad de inembargable e intangible cuando es depositada en una cuenta bancaria.** *“Es decir, entiende que el dinero depositado en la cuenta bancaria del trabajador por la realización de un trabajo o servicio no pierde la característica de ser remuneración”*. (Sentencia No. 670/2021, 2021)
- **La remuneración es protegida por su carácter alimentario** a través del artículo 24 de la Constitución del Perú⁶.

Es preciso agregar que el TC no constituyó como precedente vinculante a la presente sentencia de acuerdo con los requisitos que impone el Código Procesal Constitucional en el Artículo VI⁷. Con lo cual, limita su obligatoriedad y no zanja el problema de interpretación referido a la compensación en cuentas remunerativas.

b. Pronunciamientos de la Sala en contra de la existencia de una garantía legal que prohíbe la compensación total de las cuentas remunerativas

Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI (2011) de fecha 15 de diciembre de 2011:

En el marco del procedimiento seguido en contra de Scotiabank Perú S.A.A. y

⁶ **Constitución Política del Perú** (Constitución Política del Perú, 1993).

Derechos del Trabajador

Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia.

⁷ **Código Procesal Constitucional**

Artículo VI. Precedente vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

Servicios, Cobranzas e Inversiones S.A.C.; la Sala determinó que no existió una infracción al deber de idoneidad, pues el artículo 1290 del Código Civil y el artículo 648 del Código Procesal Civil no constituyen una garantía legal en el marco de la compensación en cuentas remunerativas de acuerdo con los siguiente principales argumentos:

- **No existe disposición con una prohibición expresa:** Según el numeral 14 de la decisión, *“Se puede apreciar que no existe una disposición que de manera expresa y suficiente prohíba a las entidades del sistema financiero a compensar sus acreencias con las remuneraciones o pensiones menores a 5 URP, sino que esta conclusión es producto de una interpretación concordada de leyes ubicadas en cuerpos normativos distintos, con ámbitos de aplicación y fines diferentes (2011).”*
- **La compensación es un acto de disposición patrimonial,** así lo señala el numeral 24 de la decisión, *“y toda persona es libre de disponer su patrimonio, por lo que cualquier limitación debe ser interpretada restrictivamente a fin de no afectar la esfera de libertad propia de toda persona. Cuando un consumidor decide que sus remuneraciones pueden servir para atender las obligaciones que mantiene con un banco, actúa en el marco de la autonomía privada que le es reconocida desde la propia Constitución”.* (2011)
- **La compensación bancaria es una medida dispuesta para mitigar el riesgo crediticio**
- **La compensación no es igual a la figura de embargo.** El numeral 29 de la decisión sostiene que *“la prohibición de afectación de remuneraciones o pensiones contenida en el artículo 648° del Código Procesal Civil cobra sentido únicamente en su literalidad; esto es, en el caso específico de embargos, mas no en la compensación libre y voluntariamente pactada con el consumidor.”* (2011)

Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI de fecha 18 de noviembre de 2013:

En el marco del procedimiento del presente expediente entre el Señor Flores y el BCP; la Sala ratificó la nueva línea jurisprudencial esbozada por la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI y su argumentación. Así señaló que, a pesar de que el referido pronunciamiento no es considerado un precedente de observancia obligatoria y que conoce el principio de autonomía y discrecionalidad que poseen los órganos resolutivos

del Indecopi, la actuación del BCP se encontró fundamentada en aquel criterio de argumentación, eso generó confianza legítima y una actuación de buena fe del proveedor.

Las siguientes resoluciones son posteriores a la controversia del presente expediente.

Resolución No. 1706-2014/SPC-INDECOPI de fecha 27 de mayo de 2014: En el marco del procedimiento seguido por Norma Lelis de Jesús García (la “Señora García”) en contra del BCP, la Sala ratifica la nueva línea jurisprudencial esbozada por la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI y agregó a través del numeral 23 de la decisión que *“el embargo deriva de una actuación jurisdiccional que se dispone a cautelar, in audita parte, determinados valores del obligado para la satisfacción del crédito del acreedor.”* (Resolución No. 1706-2014/SPC-INDECOPI, 2014)

Con el paso del tiempo, las resoluciones en contra de la existencia de una garantía legal que prohíbe la compensación total de las cuentas remunerativas han replicado el criterio esbozado en la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI. De esta forma, se puede visualizar el referido criterio en resoluciones más cercanas a la actualidad, como es el caso de la Resolución No. 1097-2018/SPC-INDECOPI de fecha 14 de mayo de 2018, la Resolución No. 3684-2019/SPC-INDECOPI de fecha 27 de diciembre de 2019, la Resolución 1690-2021/SPC-INDECOPI de fecha 27 de julio de 2021 y la Resolución No. 2719-2022/SPC-INDECOPI de fecha 19 de diciembre de 2022.

Ahora, es pertinente agregar que esta línea jurisprudencial se ha mantenido incluso luego de los pronunciamientos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. De hecho, la Resolución Final No. 0091-2021/CC1-INDECOPI de fecha 15 de enero de 2021 emitida por la Comisión, aprovechó para seguir la postura en contra de la constitución de una garantía legal y agregó que *“De otro lado, si bien la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte, en el marco del proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 2321-2011/SC2-INDECOPI, mediante la Casación N° 11823-2015-Lima del 4 de mayo de 2017, ha establecido que las remuneraciones, al tratarse de créditos inembargables, no podían ser materia de compensación —excepto la tercera parte del excedente de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (en adelante, URP)— lo cierto es que no ha*

indicado que dicho pronunciamiento sea aplicable para la generalidad de los casos referidos a compensaciones.” (Resolución Final No. 0091-2021/CC1, 2021) Así como la Resolución Final No. 0409-2021/CC1 de fecha 17 de febrero de 2021 emitida por la Comisión enfatiza en el numeral 34 que “*este órgano colegiado entiende que no corresponde modificar el criterio bajo el cual resolvía los casos de compensaciones, en tanto la Corte Suprema no ha señalado que el pronunciamiento emitido constituya un precedente de observancia obligatoria, ni aplicable para la generalidad de los casos*”. (Resolución Final No. 0409-2021/CC1, 2021)

3.1.5 Posición Personal: Modelo de Referencia de Idoneidad aplicado al caso en concreto

Cómo se ha demostrado en el numeral anterior, no existe un criterio uniforme de la Sala sobre la existencia de una garantía legal que prohíba la compensación total de las cuentas remunerativas. De la misma forma, las posiciones sobre el referido tema por otros órganos jurisdiccionales no han alcanzado la obligatoriedad de aplicación por no contar con los procedimientos específicos para ser considerados como “precedentes vinculantes” o “precedentes de observancia obligatoria”. Lo que considero como una falta de convicción de su interpretación para que sea generalizada y aplicable a otros casos similares.

En todo caso, mi posición personal se alinea con la postura de que la compensación bancaria sobre las cuentas de depósitos que reciben remuneraciones es posible debido a que normativamente la compensación bancaria responde a límites sobre (i) activos intangibles y (ii) activos excluidos del derecho de compensación expresamente. Aunque este razonamiento será argumentado y sustentado con mayor detalle en el desarrollo del siguiente problema jurídico, mencionaré las premisas que me llevan a dicha conclusión a continuación:

1. Los activos intangibles deben ser declarados por ley, debido a que implican una limitación al derecho de propiedad del ciudadano. Con lo cual, la remuneración (ni la pensión) ostentan dicha característica de manera positiva y ello se debe a que su naturaleza es de libre disposición para el trabajador para los usos que el convenga a mejor parecer.
2. No es posible atribuírsele supletoriamente las limitaciones de la compensación civil a la compensación bancaria, pues si bien estas instituciones comparten el nombre, ellas difieren en el propósito para el que fueron creadas. Es así como la compensación

bancaria responde a una regulación destinada a la protección del ahorro del público, el cuál es un interés general y protegido constitucionalmente.

3. Aun cuando se trasladara la normativa civil a la compensación bancaria, y por lo tanto, la prohibición de una compensación a créditos que son considerados como inembargables (las remuneraciones y pensiones), ello no sucedería en la relación bancaria porque las atribuciones de la remuneración (como la inembargabilidad) se enmarcan en la relación laboral, y por tanto una vez que es dispuesta a favor del trabajador, esta se convierte en un activo de libre disposición o simplemente dinero en cuenta.
4. Adicionalmente, es un error trasladar la limitación establecida sobre las remuneraciones y pensiones en la tutela jurisdiccional y la posibilidad de ser embargado por un juez de forma arbitraria a un acuerdo de compensación bancaria que en el caso en concreto es la materialización del consentimiento voluntario de ambas partes.
5. La autonomía de la libertad es uno de los argumentos de la validez de la facultad compensación bancaria. No existe una afectación a otro derecho fundamental, como la remuneración, pues la posibilidad de la compensación de este activo le permite obtener el valor real en el mercado de su activo. Como lo es el acceso a mejores condiciones de financiamiento bancario para asegurar su subsistencia.

Con lo cual, debido a que las limitaciones de compensación de los artículos 1290 del Código Civil y el 648 del Código Procesal Civil no son aplicables a la compensación bancaria, no existe una garantía legal que le asista al consumidor en la relación de consumo con el BCP.

Ahora, en cuánto a la afirmación del BCP por el que se señalaba que la compensación ha sido aceptada por el Señor Flores al momento de la contratación de la Cuenta de Depósitos - Pensión, ello se considera como una garantía expresa. La cual es coherente con la normativa vigente sobre compensaciones bancarias según lo expuesto previamente. Aunque el Señor Flores manifiesta constantemente su disconformidad con que la cláusula de compensación provenga de un contrato por adhesión y su categorización como una cláusula abusiva. Aunque en el expediente, ni la Comisión ni la Sala discuten la validez de la suscripción de los términos y condiciones aplicables a la Cuenta de Depósitos - Pensión por parte del Señor Flores, en el problema 3 se analiza a detalle la validez de la misma y su coherencia con la regulación sectorial y de protección al consumidor.

En conclusión, según el modelo de referencia de idoneidad, para atribuirle responsabilidad al BCP por infracción a su deber de idoneidad, el servicio prestado deberá ser menor al estándar definido por el modelo para dicho servicio. El modelo son las características con las que se ofreció el servicio. Lo que le fue ofrecido al Señor Flores al momento de contratar la Cuenta de Depósitos - Pensión fue dicha cuenta de depósito con la facultad bancaria de realizar una compensación de la deuda en su Tarjeta de Crédito sobre el saldo disponible de la referida cuenta (condición especificada contractualmente). Dicha facultad se encuentra de acuerdo con la normativa vigente.

Por tanto, dado que el BCP actuó según el estándar establecido para la presente relación de consumo, no es posible atribuírsele una infracción al deber de idoneidad. Además, el actuar del Banco se encontraba de acuerdo con el criterio sostenido por la Sala sobre las compensaciones bancarias el que fue dispuesto a través la Resolución No. 3448-2011/ SC2- INDECOPI, el cual no considera a los límites de la compensación civil como aplicables a la compensación bancaria.

3.2 ¿El Banco utilizó el derecho de compensación bancaria determinado en el artículo 132 la Ley de Bancos de acuerdo con las limitaciones contempladas por el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil?

El problema anterior ya visibilizaba la necesidad de analizar la discusión teórica sobre el tipo de derecho de compensación que actualmente aplican las entidades bancarias en sus contratos según el artículo 132 de la Ley de Bancos y su diferencia con instituciones similares en otros campos normativos, como podría serlo el marco civil. Con lo cual, este apartado inicia realizando aquella distinción teórica en las figuras actuales de compensación y otras figuras relevantes de análisis. Para luego, determinar si le es aplicable alguna limitación como la detallada en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, específicamente con la consideración del carácter alimentario de la remuneración y su protección constitucional por nuestro ordenamiento jurídico.

Todo ello con la finalidad de extender la argumentación citada en el numeral anterior, mediante la cual concluí que no existe responsabilidad del Banco en cuánto al deber de idoneidad en el caso en materia del presente expediente, toda vez que el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil no constituyen

una garantía legal en el servicio prestado por el Banco y que la referida disposición corresponde a un pacto contractual entre el Señor Flores y el BCP, al momento de la suscripción y apertura del producto - Cuenta de Depósitos - Pensión.

3.3.1 ¿Qué es la compensación y qué clases existen?

La compensación, como práctica, se utiliza de manera habitual o recurrente en la sociedad; aunque es posible que los aspectos teóricos de esta institución no hayan sido totalmente interiorizados por los ciudadanos pese a su frecuente uso. De esta forma, para un análisis jurídico relevante corresponde analizar a detalle los elementos esenciales de este concepto en la doctrina y legislación vigente según se realizará a continuación.

A nivel doctrinario encontramos a Osterling y Castillo (2014, pág. 1662) que señalan a la compensación como “*un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra*”. Así, la compensación busca evitar que las partes realicen pagos innecesarios cuando tienen deudas mutuas, simplificando el proceso de cumplimiento de sus obligaciones. No obstante, destaquemos que la compensación solo será posible cuando se cumplan con ciertos requisitos específicos que señala la legislación aplicable.

De esta forma, es conveniente citar aquellos requisitos de la compensación en el marco regulatorio civil, pues es el ámbito que mayor desarrollo de la institución ofrece a nivel teórico y que podrá ser aplicado supletoriamente para la regulación más especializada como la normativa tributaria o bancaria cuando guarde concordancia con la naturaleza de estas instituciones en dichos campos normativos. Así, dentro del libro VI de “Obligaciones” del Código Civil (1984) encontramos la definición de la compensación en el artículo 1228 el cual señala lo siguiente:

“Artículo 1288.- Extinción de la obligación por compensación

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. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.” (énfasis agregado)

Con lo cual, además de ser una institución extintiva de obligaciones como se señaló previamente, se puede apreciar como elementos esenciales para la validez de la compensación a la reciprocidad, liquidez, exigibilidad, fungibilidad y homogeneidad de las obligaciones. A continuación, un breve resumen de cada característica:

- a. Reciprocidad: Referido a la necesidad de que la situación jurídica⁸ de las partes frente a la otra sea de poder (acreedor) y de deber (deudor) al mismo tiempo. En el caso de las relaciones jurídicas en servicios bancarios es recurrente encontrar que un consumidor mantenga una situación jurídica de poder (acreedor) frente a la entidad bancaria cuando tiene contratado algún producto pasivo como un depósito a plazo fijo. En este tipo de productos, la entidad bancaria será quién tenga una situación jurídica de deber (deudor). Así también, puede suceder que a la vez, el consumidor mantenga una situación jurídica de deber (deudor) ante la entidad bancaria cuando posea un producto activo como lo sería un préstamo personal y que de forma contraria, la entidad bancaria sea quién ostente la situación jurídica de poder (acreedor) frente al consumidor.
- b. Liquidez: Según Osterling Parodi (2012) referido a “*que su existencia y su cuantía deben ser ciertas y determinadas*”. De la misma forma, “*la compensación puede proceder en aquellos casos en los que, si bien las obligaciones no son líquidas, son fácilmente liquidables, es decir en las que la determinación de su monto requería de una simple liquidación previa*” (2014, pág. 1693)
- c. Exigibilidad: Referido al momento desde el cual la obligación alcanza el momento de ejecución y puede ser requerida misma. Osterling Parodi (2012) señala que “se excluyen, por tanto, las deudas afectas a término o a condición”.
- d. Fungibilidad: Vinculado a que los bienes compensables puedan ser sustituibles entre sí.
- e. Homogeneidad: Según Osterling Parodi (2012) “no basta que el objeto de cada prestación sea fungible únicamente respecto a sí mismo, sino que también sea homogéneo con la prestación susceptible de compensar”. Por ejemplo, que una obligación pecuniaria sea compensada con otra obligación igual y no de otro género (salvo que sea factible su monetización).

⁸ “La situación jurídica es aquella posición que ocupará cada sujeto dentro de una relación jurídica” (Herrerros, 2003).

Ahora, la doctrina ha realizado una variada clasificación de la compensación. En este caso, he elegido la propuesta por Osterling y Castillo (2002) que se organiza según los siguientes criterios:

- a. *“En función a su origen*
- b. *Los sujetos que intervienen en la compensación*
- c. *Si opera fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral.*
- d. *Magnitud (total o parcial)”*

Sobre los mencionados criterios, es importante ampliar aquellos referidos a los que consideran su origen (ítem a); los sujetos que intervienen en la compensación (ítem b) y los que operan fuera o dentro de un proceso judicial o arbitral (ítem c).

De esta forma una distinción clásica será determinada por el origen de la compensación, es decir, si viene a razón de un mandato de la ley o si se realiza de manera voluntaria por decisión de una o ambas partes involucradas.

- (i) Compensación legal: *“es la que se produce por simple ministerio de la ley, sin intervención alguna de las partes. Sólo hace falta que se den los requisitos de reciprocidad, exigibilidad, liquidez y fungibilidad de dos o más obligaciones entre acreedor y deudor, para que la ley las declare compensadas hasta el monto de la de menor valor -de no ser ellas iguales-, aun sin conocimiento de las partes. Opera, pues, de pleno derecho”.* (Osterling Parodi & Castillo Freyre, Estudio Castillo Freyre, 2002)
- (ii) Compensación voluntaria: es aquella que ha sido incorporada por alguna o ambas partes en una relación jurídica. De hecho, la exclusión del derecho de compensación también correspondería a un acuerdo de las partes. Sobre ella, existe una subclasificación entre unilateral o bilateral.

Por otro lado, si el criterio fuera determinado en función a los sujetos que intervienen en la compensación encontraríamos a la compensación (i) operada sin intervención humana, (ii) operada de modo unilateral o (iii) bilateral.

- (i) Compensación operada sin intervención humana: Osterling y Castillo (2002) la definen como *“la compensación legal, que opera por ministerio de la ley. Como*

vimos anteriormente, esta compensación resulta independiente de la voluntad de las partes, con prescindencia de su conocimiento, y aun cuando una de ellas se oponga.”

- (ii) Compensación operada de modo unilateral: Básicamente es la compensación voluntaria que se incluye por una de las partes. Agrega Osterling y Castillo (2002) que *“requiere, para su procedencia, cumplir con las exigencias señaladas expresamente en la norma positiva, a saber, que ambas obligaciones sean recíprocas, líquidas, exigibles y que los objetos de sus prestaciones sean fungibles entre sí. Reuniendo estas condiciones, es plenamente eficaz y, por consiguiente, irrevocable”*.
- (iii) Compensación operada de modo bilateral: También es una compensación voluntaria, pero pactada entre ambas partes. Como señala Osterling y Castillo (2002) *“La compensación convencional, como su nombre lo indica, proviene de un acuerdo entre las partes. Tal convención, conforme a los principios generales de los contratos, se basa en la autonomía de la voluntad tanto del acreedor como del deudor, la cual conlleva la libertad de contratar y la libertad contractual. Como sabemos, esta última faculta a ambas partes a establecer el contenido del contrato, con la única restricción de no atender contra norma imperativa o de orden público.”*

Finalmente, si el criterio de clasificación se determinará en función a si la compensación opera fuera o dentro de un proceso judicial encontraríamos una subdivisión de esta en extrajudicial, judicial y arbitral. Para efectos de relevancia en materia del presente informe, este apartado se limitará a analizar la compensación judicial.

- (i) La compensación judicial referida a aquella que se realiza a causa de una resolución emitida por algún órgano jurisdiccional. Podrá realizarse por “pedido de parte”, cuando el proceso sea iniciado por una parte denunciante y solicite la ejecución de la compensación o “de oficio”, cuando la compensación es solicitada por un juez.

Hasta este punto, se ha analizado conceptualmente a la compensación (como institución jurídica) y los lineamientos generales que nos ofrece el Código Civil (1984) peruano en cuanto a los presupuestos que debiese tener ésta de acuerdo con nuestro ordenamiento

jurídico vigente. A continuación, abordaré a la compensación en el marco de la Ley de Bancos y sus particularidades.

3.3.2 ¿Qué es la compensación bancaria y cuál es su “ratio legis”?

Dentro de la normativa regulatoria bancaria, encontramos a la institución de la compensación en el artículo 132 de la Ley de Bancos. La cual señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 132.- Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista

En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el 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 serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.”
(énfasis agregado)*

Como se puede intuir de manera rápida debido al título del artículo citado, la compensación bancaria se incorpora en la regulación como un mecanismo para atenuar el riesgo para los ahorristas. Es así como es conveniente recordar alguno de los pilares sobre los que versa la regulación del sistema de intermediación financiera indirecta o la intermediación bancaria para contextualizar y entender el trasfondo de la institución en cuestión. Para lo cual, iniciaré citando al artículo 87 de la Constitución del Perú (1993) el que sostiene literalmente lo siguiente:

“Artículo 87: Superintendencia de Banca y Seguros

El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y alcance de dicha garantía. [...]”

Primero, la regulación bancaria existe porque positivamente así lo señala nuestra carta magna. Aunque la razón de su inclusión en la Constitución estará vinculada a lo señalado en la primera oración del artículo citado y que es el bien protegido por el Estado; es decir, el ahorro. Ello no debe ser sorpresa para el lector, ya que, si recordamos a Rubio (1997), este señalaba al ahorro como “*un instrumento fundamental del progreso social y económico de los pueblos, porque le permite realizar inversiones que incrementan la cantidad de riqueza*

producida". En consecuencia, el ahorro debe ser protegido porque este es un elemento importante que permitirá alcanzar el ansiado desarrollo económico de la sociedad.

Con lo cual, es sencillo concluir que jurídicamente hablando, en el marco de una sociedad que incorpora a un agente de intermediación -como lo son las entidades bancarias- que lucra mediante la captación del ahorro del público y su posterior colocación a través de créditos a una tasa de interés mayor, se puede evidenciar la necesidad de (i) tener una regulación especial cuya finalidad principal sea la protección del ahorrista en la actividad bancaria y (ii) que exista un organismo regulador constitucionalmente autónomo como lo es la SBS para que sea el encargado de velar por el cumplimiento de esta normativa especial basada en la protección del agente superavitario y la estabilidad del sistema. En simple, el Derecho Bancario y su normativa especial ayudaría a consolidar la función del Estado para la protección del ahorro que exige nuestra constitución.

Sin duda, el argumento jurídico anterior no es suficiente para entender completamente a la regulación especial, es por ello que Ruiloba Morante (2007) expone a las (i) externalidades de la actividad bancaria; (ii) el riesgo sistémico y (iii) la asimetría informativa como los fundamentos económicos principales que sostienen la necesidad de la regulación. En esta sección abordaré con mayor amplitud el segundo fundamento económico referido al riesgo sistémico, pues servirá -más adelante- para el entendimiento de la razón de ser y la inclusión de la compensación bancaria en la Ley de Bancos.

El riesgo sistémico del mercado bancario surge a raíz de la interdependencia de los bancos. Según Ruiloba Morante (2007), *"ello conlleva a que los problemas que afectan a uno de estos se extiendan al resto, lo que pone en riesgo al sistema financiero en su conjunto y, en definitiva, a la economía de un país"*. De esta forma el autor Llewellyn (1999) sostiene cuatro argumentos que conforman el riesgo sistémico y que están relacionados con la diferencia de la insolvencia de un banco y su afectación al sistema en conjunto, en comparación a otras insolvencias empresariales. Estos argumentos serían *"(i) la naturaleza de los contratos bancarios (entre acreedores y depositantes); (ii) el riesgo potencial de corridas bancarias; (iii) interconexión entre los bancos y (iv) los costos de insolvencia del banco"*.

Sobre la naturaleza de los contratos bancarios, en concordancia con el citado autor, es debido a la inmediatez y disponibilidad que deben tener los bancos frente a sus depositantes que puede existir un escenario en el que estos se encuentren en la necesidad de vender sus activos al precio de mercado vigente, el cual podrá y será en la mayoría de las veces, menor al valor

real del activo en venta para cumplir con su obligación de disposición inmediata de los ahorros de sus depositantes. Esta reducción del valor se encontraría justificada en la asimetría informativa de los activos del banco. En consecuencia, la referida reducción de valor podría deteriorar la situación financiera de las entidades bancarias, generarle problemas de liquidez y, en mayor grado, problemas de solvencia.

En cuanto a las corridas bancarias, adicionalmente Llewellyn (1999) sostiene que es a raíz de la asimetría informativa de los acreedores y depositantes del banco -sobre su operación, el valor de sus activos y otra información relevante- que ante el rumor de insolvencia de una entidad bancaria, los otros depositantes se verán en la urgencia de recuperar su dinero a la brevedad posible y con ello “proteger su ahorro”. La consecuencia de ello será la creación o incremento de una situación de iliquidez para el banco. Este factor no necesita de una fuente veraz para que se produzca el efecto de inseguridad en los depositantes, por lo que un rumor podría llevar a la situación de insolvencia. Algunos autores lo conocen como “pánico financiero o bancario”. Además de que no se mantiene únicamente en la entidad bancaria sobre el que se infundó el rumor, sino que, a raíz de la interconexión entre los bancos, se podría generar la iliquidez de la totalidad del sistema. Es por ello que el autor reconoce que la quiebra de un banco tendría efectos negativos frente a las otras entidades también.

Por último, sobre los costos de insolvencia del banco, a manera de resumen en base a lo señalado por Llewellyn, importa de manera significativa la grandeza de la operativa bancaria, el tipo de activos que incrementan su valor en el tiempo y otras condiciones específicas del sector en el marco de su insolvencia, pues generarán una afectación a la sociedad y no únicamente a sus accionistas, como sucede en otro tipo de sectores.

En síntesis, es el riesgo sistémico en el mercado bancario (un gran fundamento, pero no el único) y, en consecuencia, la grave posible afectación a la sociedad lo que intensifica la necesidad de una regulación especial que mitigue cualquier tipo de riesgo de pérdida de valor del ahorro del público. Con ello en consideración, resulta lógico que la regulación bancaria dote a sus entidades reguladas con derechos o instituciones particulares que en otro contexto o sector no tendrían una justificación objetiva de existir. De la misma manera, así como existen derechos también se crean deberes específicos al sector y que -de nuevo- encuentran su justificación en el tipo de industria y la protección de los ahorristas. Dentro de estos derechos especiales podemos encontrar a la compensación bancaria.

Cuando la Ley de Bancos incorpora a la compensación bancaria como un atenuante del riesgo para el ahorrista (como lo señala el título del artículo 132) lo hace a raíz del mandato constitucional que exige la garantía del ahorro del público. Es importante tener ello en consideración, pues la compensación bancaria no es igual a la compensación genérica que encontramos en el Código Civil y que hemos analizado anteriormente. Esta diferencia no implica necesariamente que sean conceptos aislados o que no encuentren similitudes, de hecho las tienen, pero se debe actuar con mucha cautela al crear interpretaciones sistemáticas de normas y conclusiones que pueden derivar a errores como es el caso de la controversia en el presente expediente.

Ahora, tal vez representa una gran interrogante para el lector la manera en cómo la compensación bancaria permite mitigar riesgos para el ahorrista; ya que, hasta el ítem anterior, la compensación fue definida como un mecanismo de extinción de obligaciones que sirve para la simplificación en la cantidad de pagos que se realizan entre las partes en las relaciones jurídicas que participen y el cumplimiento efectivo de las obligaciones.

En cuanto a la compensación bancaria, el trasfondo no es exactamente la simplificación de pagos, sino que sea el propio depósito del cliente (en principio sin importar la fuente del ingreso) lo que sirva para responder de manera oportuna a sus obligaciones de pago y, en consecuencia, no se vea afectada su clasificación de riesgo como deudor⁹. Esta calificación corresponde al riesgo crediticio que tiene el consumidor bancario frente a sus obligaciones de pago en las distintas entidades del sistema. Cómo puede intuirse, una mejor clasificación guarda relación con un menor riesgo crediticio de impago de sus obligaciones, lo que se materializa en mejores condiciones en sus productos bancarios vigentes o acceso a nuevos, a través de mejores tasas de interés, mayor monto de disposición de líneas crediticias, entre otros.

Como complemento, la mitigación del riesgo crediticio se da de manera global sobre los créditos de los consumidores, en el sentido que la capacidad de ejecución del pago de los créditos colocados del banco se ve favorecido por consecuencia de la compensación bancaria. Recordemos que la actividad bancaria a fin de cuentas implica la colocación de recursos que provienen del ahorro del público, es decir, los depósitos del consumidor financiero. El hecho de que el banco mantenga una cartera saludable implica un beneficio indirecto a la protección de los depósitos, la solvencia de la entidad bancaria y, por tanto, la del sistema financiero.

⁹ La clasificación de riesgo del deudor minorista se encuentra regulado por la SBS a través de la Resolución No. 6941-2008.

3.3.3 ¿Cuál es la tipificación de la compensación bancaria en nuestro ordenamiento jurídico?

Si la compensación bancaria tuviese una clasificación de acuerdo con la propuesta en el numeral 3.2.1 anterior, considero que se adecua mejor a una compensación voluntaria. Ello se fundamenta en que el inciso 11 del artículo 132 de la Ley de Bancos dispone a esta como un mecanismo para atenuar riesgos para el ahorrista, pero no impone una compensación de pleno derecho sin conocimiento de las partes en la totalidad de las relaciones jurídicas que adquieran una situación compensable. Es decir, no exige a los bancos una aplicación obligatoria de la compensación en la totalidad de sus operaciones, sino que los faculta legalmente a tener la opción de realizar la compensación con las características establecidas en este cuerpo normativo. De hecho, existen supuestos en los que los bancos proponen a los consumidores bancarios refinanciamientos o reestructuraciones de sus deudas, o utilizan otros mecanismos de extinción de obligaciones como la condonación.

Es importante señalar que esta clasificación propuesta difiere de la invocada por la Sala, la cual realiza una diferenciación correspondiente a compensación legal y convencional. La Sala parte del concepto equivocado de realizar la distinción en base a si el acuerdo fue realizado por una actuación unilateral o bilateral de las partes intervinientes en la relación jurídica. Sin embargo, como ha sido detallado en el numeral 3.2.1 anterior, la compensación legal está referida a una actuación en donde no interviene la voluntad de las partes y actúa de pleno derecho al momento de configurarse el supuesto de compensación de obligaciones. No encuentra sentido señalar que la compensación legal lo es por estar recogida en una norma, como lo puede ser la Ley de Bancos. Asegurar ello, implicaría reconocer que la compensación contractual es ilegal, lo cual se aparta de la realidad jurídica.

Dentro de la argumentación de defensa presentada por el BCP siempre se refirió a la compensación bancaria como una de tipo legal y creo que dicha interpretación surge a raíz de que hay una norma (Ley de Bancos) que faculta la aplicación de esta institución en el marco de las relaciones bancarias. No obstante, como se señaló en el párrafo anterior, esta norma no impone su aplicación obligatoria y automática, sino que ofrece un derecho reconocido a los bancos para su aplicación voluntaria de forma unilateral; o de forma bilateral, cuando sea convenido entre las partes a razón de la autonomía de su voluntad.

3.3.4 ¿La compensación bancaria tiene límites?

Sí, el inciso 11 del artículo 132 de la Ley de Bancos (1996) establece como “*límites de la compensación bancaria a los activos legales o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho*”.

Como se puede apreciar del citado artículo 132, este no ofrece una lista de los activos que legalmente hayan sido excluidos de la compensación bancaria o que se consideren intangibles para el referido derecho. Lo cual implica la existencia de un vacío legal que brinda la posibilidad a los juristas de aplicar una interpretación por comparación de normas (si fuese aplicable) o por integración del Derecho, a través del mecanismo de analogía o la aplicación de principios generales. Con lo cual, como una primera conclusión se puede considerar que si la Ley de Bancos estableciese una lista taxativa o abierta (pero según criterios objetivos para la inclusión de nuevo conceptos), no existiría ningún tipo de controversia en cuáles son los verdaderos límites que tiene la compensación bancaria.

Sin embargo, dado que actualmente nuestra realidad jurídica comprende el vacío legal, será de suma importancia entender (i) cuáles son los referidos activos intangibles (legal o contractual) y (ii) cuáles son aquellos bienes excluidos del derecho de compensación de forma legal y contractual.

(i) Activos intangibles legal o contractualmente

Pese a la falta de una lista taxativa de cuáles son los referidos activos intangibles será importante establecer un lineamiento objetivo que permita la identificación de los referidos activos. Para ello, recordemos que la intangibilidad implica una limitación al ejercicio libre disposición que posee el ciudadano sobre los bienes de los cuales es propietario. “*Entonces, una restricción al derecho de libre disposición, dado su carácter excepcional debe ser establecida por Ley*” (Ezcurra Rivero & Valencia - Dongo, 2011)

Un ejemplo claro de que la intangibilidad debe ser reconocida por imperio de la ley lo encontramos en el concepto laboral de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). La intangibilidad de la CTS se declara a través del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 001-97-TR (1997), el cual señala que: “*Los depósitos de la compensación por tiempo de servicios, incluidos sus intereses, son intangibles e inembargables salvo por alimentos y hasta el 50%. Su abono solo procede al cese del trabajador cualquiera que sea la causa que lo motive, con las únicas excepciones previstas en los artículos 41 y 43 de esta Ley. Todo pacto en contrario es nulo de pleno derecho*”.

Adicionalmente, Rolando Castellares señalaba que “*los activos que son calificados como “intangibles” no pueden ser afectados por ninguna persona, ni por ninguna autoridad, inclusive jueces; es decir, la intangibilidad opera ya sea frente a las autoridades como frente a los particulares*” (Castellares Aguilar, 2010).

En conclusión, la forma de reconocer si un activo es intangible es través de la declaración de dicha característica en un mandato legal o ley. Con lo cual, la intangibilidad no puede provenir de una fuente contractual y de así serlo, solo será oponible entre los suscriptores de dicho acuerdo y no frente a terceros (Ezcurra Rivero & Valencia - Dongo, 2011).

(ii) Bienes excluidos del derecho de compensación de forma legal y contractual

Una vez más, debido a que la Ley de Bancos no estipula una lista taxativa sobre aquellos bienes excluidos del derecho de compensación bancaria de forma legal o contractual y en una supuesta concordancia con el artículo 4¹⁰ del mismo cuerpo legal, se suele aplicar supletoriamente los límites de la compensación civil que se encuentran regulados por el artículo 1290° del Código Civil (1984), y que señalan expresamente que: “se prohíbe 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.” (énfasis agregado)*

Y una vez más, como el Código Civil tampoco posee una definición de “crédito inembargable”, se recurre a completar dicho vacío legal con lo señalado por el artículo 648 del Código Procesal Civil (1993). El cual expresa textualmente lo siguiente:

“Artículo 648°.- Bienes inembargables.

Son inembargables:

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

¹⁰ **Ley de Bancos** (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, 1996).

“Artículo 4.- Aplicación supletoria de otras normas. Las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas.”

Esta práctica del uso supletorio de normas sin ningún tipo de criterio de concordancia con la naturaleza de las instituciones en cuestión me parece errónea y con una alta probabilidad de llevar a conclusiones jurídicas lesivas de derechos. De hecho, el mismo Código Civil en el artículo IX del Título Preliminar señala que si sus disposiciones son incompatibles con la naturaleza de las situaciones jurídica de la norma especial no es posible realizarse la supletoriedad. Además, el Código Procesal Civil no es supletorio ni a la Ley de Bancos, ni al Código Civil. Con lo cual, es incoherente con el Derecho la aplicación de un concepto judicial (embargo) y un límite procesal a una institución civil o bancaria (la compensación). Cuando es sumamente claro que la referida normativa procesal civil está orientada a delimitar una actuación en la vía judicial que pueda convertirse en abusiva para los sujetos procesales. Es decir, limitar al juez a que establezca gravámenes sobre bienes que deben ser (de cierta manera) protegidos por el Estado y que no cuentan con ningún tipo de consentimiento de la parte afectada para dicha vulneración. Lo que es completamente distinto a la naturaleza voluntaria y bilateral que tiene la compensación civil (1289° del CC) y bancaria (132° de la Ley de Bancos), por la que las partes involucradas han decidido disponer de sus activos de forma tal que sirvan para el cumplimiento de sus obligaciones.

Asimismo, también considero que es un error la aplicación de los límites de la compensación civil a la compensación bancaria, en el sentido que la normativa bancaria señala expresamente que deben ser activos excluidos de “este” derecho (legal o contractualmente), es decir activos excluidos de la compensación bancaria expresamente, no de la compensación civil. Como se ha señalado anteriormente, la compensación civil y bancaria no son lo mismo, pese a que comparten el mismo nombre y algunas similitudes. Si algún activo debe ser excluido de la compensación bancaria, este deberá encontrarse regulado específicamente como un límite expreso a la referida institución, ya sea a través de la Ley de Bancos u otra normativa que lo señale textualmente. Ello guarda coherencia con los requisitos de compatibilidad de la naturaleza entre la norma especial y el Código Civil, para que sea posible la supletoriedad según el artículo IX del Título Preliminar del CC. Por otro lado, a diferencia de la intangibilidad anterior, si podría establecerse una exclusión del derecho de compensación del banco de manera contractual.

En conclusión, actualmente no existen activos excluidos del derecho de compensación bancaria de manera legal ni contractual; y, por tanto, el único límite que debe cumplir esta institución es su inaplicación sobre activos intangibles.

Sin perjuicio de lo anterior, dado que la Sala de Protección al Consumidor en algunas resoluciones y otros administradores de justicia han considerado como válida la aplicación sistemática de los límites a la compensación civil al inciso 11 del artículo 132 de la Ley de Bancos (compensación bancaria), en lo que resta del análisis (aplicación al caso en concreto) se considerará la aplicación supletoria del Código Civil y por tanto, a los activos excluidos del derecho de compensación citados en el artículo 1290 del Código Civil.

3.3.5 ¿Se puede realizar la compensación bancaria sobre cuentas remunerativas?

Como se señaló en el numeral anterior, los únicos límites que tiene la compensación bancaria responden a que sean activos intangibles o que sean activos excluidos del derecho de compensación según el artículo 1290 del Código Civil. Con lo cual, en este apartado se analizará si la remuneración (y las pensiones de jubilación) se encuentra en uno de ambos supuestos.

(i) ¿Las remuneraciones (y pensiones) son intangibles?

De acuerdo con la conclusión previa sobre la intangibilidad de los activos, dicha característica debe responder a una declaración expresa por mandato de la ley. De esta forma, como es de conocimiento público, ni las remuneraciones ni las pensiones tienen una norma imperativa que declare la intangibilidad de este concepto, como sí es el caso de la CTS.

De esta forma, Ezcurra y Valencia Dongo (2011), agregan que *“si la remuneración tuviese carácter intangible, dicha afectación le impediría al propio trabajador disponer de ella para cualquier fin (satisfacción de sus necesidades básicas) o usarla como garantía para obtener crédito. El legislador ha querido más bien lo contrario. No es solo que la remuneración no tiene carácter intangible, porque la Ley no lo declara, sino que más bien no podría tenerlo pues ello sería absolutamente contradictorio con su naturaleza alimentaria”*. Ello se puede extrapolar sin problema al concepto de pensiones.

Ahora, no es posible olvidar mencionar que, si bien la intangibilidad no ha sido reconocida por una norma, nuestro Tribunal Constitucional (interprete supremo) a través de la sentencia del Expediente No. 03453-2003-AA-TC (Expediente N° 03453-2003- AA/TC, 2005) sí le atribuyó el carácter intangible e irrenunciable según se expresa a continuación:

“La remuneración no solo es un medio de sustento para el trabajador, sino también para el de su familia otorgándole una naturaleza alimentaria razón por la cual está debidamente protegido en el marco constitucional estableciéndose que es irrenunciable e intangible y que solo podrá verse afectado al pago de la remuneración cuando se trate de orden judicial o algún descuento consentido por el trabajador”.
(énfasis agregado)

Sobre ello, me corresponde señalar que en ningún momento pretendo negar las características intrínsecas y bien atribuidas que posee la remuneración. No obstante, ello encuentra sentido únicamente en la esfera de la relación laboral que origina el pago de la remuneración como contraprestación por su trabajo. Una vez dispuesta a favor del trabajador, ya sea a través de una cuenta bancaria o el pago en efectivo, significará la libre disposición de la remuneración según sea su potestad.

Finalmente, dado que la única forma de que el banco pueda acceder a las remuneraciones y pensiones de sus clientes es a través del pago de dichos conceptos en sus cuentas de ahorros en las instituciones bancarias, resulta relevante conocer que sobre dichas cuentas de ahorros la SBS no ha establecido alguna característica de intangibilidad, como si se señala en el portal institucional sobre las cuentas CTS o en la época de liberación de los fondos de AFP, las cuentas que se crearon para dicho fin. Considero que la no declaratoria de la SBS de dicha característica sobre estas cuentas está relacionada a que las “*cuentas sueldo*”, “*cuentas remunerativas*” son un constructo comercial para el producto bancario de depósito. En sí, no son distintas a una “*cuenta simple*”, “*cuenta zero*”, “*cuenta independencia*” o como deseen llamarla para facilitar su comercialización e identificación. De hecho, si bien la “*cuenta sueldo*” recibe remuneraciones, no excluye la posibilidad de recibir otro tipo de abonos en la cuenta que no tengan naturaleza remunerativa.

En síntesis, las remuneraciones ni las pensiones cuentan con una ley expresa que señale su intangibilidad y ello se debe a que realizar dicha acción implicaría un límite al derecho a la libre disposición del trabajador, lo cual es contradictorio jurisprudencialmente¹¹. Asimismo, la intangibilidad de la remuneración que señala el Tribunal Constitucional se enmarca en la

¹¹ Por ejemplo, la Casación 2510-2016 señala en su fundamento número 14 que “*la condición remunerativa o no remunerativa de un determinado concepto económico se determinará en función a si esta constituye o no una ventaja patrimonial para el trabajador, es de su libre disposición y sea otorgada regularmente, salvo que por norma expresa no tenga tal naturaleza*”. (énfasis agregado) (Casación No. 2510 - 2016, 2016)

relación laboral; y, la SBS no ha establecido ninguna limitación de la compensación bancaria sobre las cuentas “remunerativas” de manera expresa.

(ii) ¿Las remuneraciones (y pensiones) son activos excluidos legal o contractualmente? De acuerdo con la aplicación supletoria del artículo 132 de la Ley de Bancos, los artículos 1290 de Código Civil y 648 del Código Procesal Civil, se instaurarían como prohibiciones expresas para la compensación “créditos inembargables”, dentro de los cuales se encuentran las remuneraciones y pensiones cuando no excedan las 5 URP. De la misma forma, el excedente solo podrá ser gravado hasta la tercera parte.

No obstante, comparto la posición con Ezcurra y Valencia Dongo (2011) cuando señalan que *“en el marco de las funciones de un banco este nunca tendrá en su poder remuneraciones de trabajadores (salvo cuando se trate de sus propios funcionarios)”*. Los autores desarrollan que *“una vez que el empleador decide depositarlo en una cuenta bancaria a elección del trabajador (sea de ahorros o de pago de haberes), dicho crédito ha sido satisfecho y extinguido, quedando el monto depositado como un depósito irregular a favor del trabajador”*

Con lo cual, la remuneración como concepto laboral y sus características solo encuentran sentido cuando se enmarcan en la relación laboral entre el empleador y el empleado, de modo que al salir de aquella esfera (ya sea por su disposición a través de una cuenta bancaria o en efectivo), la remuneración se convierte en dinero en cuenta o en moneda que puede ser libremente dispuesto según la potestad del propietario, es decir el trabajador.

En esa línea interpretativa, la SBS mediante el oficio No 34376-2009-SBS señala: *“(...)que el dinero depositado en cuentas de pago de haberes no tiene carácter de remuneración (...) esto debido a que 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. (...)”* (Ezcurra Rivero & Valencia - Dongo, 2011).

Es importante señalar que pese a que el regulador por excelencia (la SBS) emitió el pronunciamiento anterior, ello no ha significado que la controversia se encuentre resuelta. Por

el contrario, Indecopi ha seguido emitiendo resoluciones que consideran la posición opuesta, es decir, que la remuneración no pierde sus efectos cuando el pago se hace a través de una cuenta bancaria. Sobre ello, pese a que el autor Gómez Ramos comparte dicha posición sobre la permanencia de las características de la remuneración en cuentas bancarias, él concluye que: *“los cobros efectuados por el banco no surgen de un embargo. El recurso empleado no responde a una medida cautelar que tiene por objeto resguardar la acreencia de un acreedor frente a su deudor que podría disponer de sus recursos dejándolo desvalido, sino a un acto de disposición libre por parte del usuario bancario respecto de sus propios bienes, sus propios recursos”* (Gómez Ramos, 2020).

Lo anterior es una línea de análisis que se condice con lo que señalé en el ítem 2 del numeral 3.2.4 anterior, sobre la diferencia de una compensación bancaria como un acuerdo voluntario de las partes intervinientes en favor del efectivo cumplimiento de una acreencia, frente al detrimento arbitrario que puede existir en favor de la parte a la que se le establece un embargo sobre sus remuneraciones y que no ha tenido ningún tipo de intervención o consentimiento para que surja dicha afectación.

Así, Ledesma Narváez (2012) sostiene que : *“(…) la prohibición de afectar remuneraciones y pensiones menores a 5 URP, requiere diferenciar aquel caso donde el consumidor libre y voluntariamente decide afectar libremente los fondos de su cuenta de remuneraciones o pensiones para el pago de las obligaciones que mantiene con una institución bancaria, de aquel otro supuesto en que un acreedor recurre a la autoridad jurisdiccional para lograr forzadamente una medida de embargo sobre los fondos de la cuenta de remuneraciones o pensiones con el propósito de asegurar el cumplimiento de la prestación debida”.*

Recordemos que la alegación del BCP en el presente caso es que la compensación en controversia se encuentra estipulada dentro del clausulado para la contratación de la Cuenta de Depósitos - Pensión y que dicha condición ha sido aceptada por el cliente al momento de la contratación. Ello sitúa a esta compensación bancaria como una compensación voluntaria bilateral, la cual se permite a raíz de la libertad para contratar de las partes y que, de forma contraria a lo que se argumenta, mantiene e incluso incrementa el valor de la remuneración como activo del trabajador.

Sobre ello, tal como lo señala Ezcurra y Valencia Dongo (2011) *“es debido a la naturaleza alimentaria de la remuneración, la cual le permite al trabajador tener entera disponibilidad de uso de esta para alimentar y proveer vivienda a él mismo o su familia -si la tuviese. De esta forma, esta libre disposición también recoge la posibilidad de usar la remuneración como garantía para obtener crédito y luego usarlo como mejor le parezca.”*.

Con lo cual, la prohibición de una compensación bancaria sobre las remuneraciones o una limitación al concepto remunerativo compensable representa una afectación al trabajador y sobre todo una disminución del valor del activo (remuneración) en el mercado, pues este tendrá límites de disposición. Con lo cual si antes el trabajador conseguía una tasa de interés preferencial porque los bancos asumían que podía disponer de la totalidad de su remuneración por vía de la compensación y así le ofrecían tasas preferenciales. Con la limitación del uso total de su activo (remuneración o pensión), también se verá reducido su acceso a un mejor financiamiento con mejores condiciones de pago. Así, al afectar el valor intrínseco de la remuneración, también se está afectando al carácter alimentario y asistencial de este concepto.

3.3.6 Conclusiones

De acuerdo con lo analizado a lo largo del presente problema y en respuesta a la pregunta planteada de si el Banco utilizó el derecho de compensación bancaria determinado en el artículo 132 la Ley de Bancos de acuerdo con las limitaciones contempladas por el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil y el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, concluyo que sí.

Primero, el BCP no realizó ninguna limitación a la compensación de la deuda del Señor Flores pese a que la Cuenta de Depósitos - Pensión compensada correspondía a una en donde el consumidor recibía el pago de sus pensiones. Ello se encuentra amparado con la legislación, pues como se desarrolló en el presente numeral, la compensación bancaria solo está limitada ante activos que han sido declarado intangibles o han sido excluidos del derecho de compensación bancaria. Sobre ello la remuneración ni la pensión ha sido declaradaintangible por ley expresa y la prueba de ello es que el trabajador posee libre disposición desu remuneración o pensión una vez recibida. La intangibilidad también limitaría su entera disposición como sucede en el caso de la compensación por tiempo de servicios (CTS). Asimismo, actualmente no existe normativa que excluya activos para la compensación

bancaria y erróneamente se viene aplicando supletoriamente los límites de la compensación civil, es decir, los artículos 1290 del Código Civil y el 648 del Código Procesal Civil.

Incluso cuando, se tome como cierta la aplicación supletoria de los límites de la compensación civil a la compensación bancaria, el BCP actuó de acuerdo con la ley, en el sentido que la remuneración y sus características se enmarcan en los sujetos de la relación laboral. De modo que, una vez que la remuneración es dispuesta al trabajador, el crédito laboral se extingue y el dinero se convierte en un activo de libre disposición para este. Es decir, en la cuenta de depósitos que gestiona el banco el dinero recibido por el concepto de planillas pierde su calidad remunerativa. Ello se encuentra con la posición de la Superintendencia de Banco y Seguros según se menciona en el Oficio No. 34376-2009-SBS.

Sin perjuicio de lo anterior, también se analizó el supuesto negado de que la remuneración mantenga sus características en la cuenta de depósitos. Se demostró que la compensación bancaria responde a un acuerdo voluntario bilateral, el cual se ampara en el derecho de libertad para contratar que ostentan las partes. Es un error de derecho trasladar la limitación establecida sobre las remuneraciones y pensiones en el marco de un proceso judicial y su posibilidad de embargo a un acuerdo de compensación bancaria que es la materialización de la voluntad de los participantes de la relación contractual bancaria.

Finalmente, la única forma de que la libertad de contratar sea limitada es través de una afectación a otro derecho fundamental, al orden público o lo prohíba la norma imperativa. No obstante, se demostró que la remuneración y su carácter alimentario se ven protegidos debido a la libre disposición de ella en manos del trabajador y que, por el contrario, una limitación de afectación a este activo en el marco de las compensaciones implicaría una disminución del valor de su remuneración en el mercado, lo que sí causaría una afectación a un derecho fundamental.

3.3 ¿La cláusula de compensación contenida en el contrato bancario configuraría una cláusula abusiva?

En el siguiente problema se analizará si la cláusula de compensación bancaria que el BCP dispone de manera unilateral en sus contratos bancarios de depósitos o tarjeta de crédito configuran una cláusula abusiva según la normativa de protección al consumidor y la normativa sectorial del mercado bancario.

Este problema toma mayor relevancia en el marco de que en la contratación de productos y servicios bancarios predomina la contratación masiva a través de contratos de adhesión, en dónde el poder de negociación del consumidor bancario es casi nulo. Lo que podría acarrear situaciones desventajosas para él, como la que señala el Señor Flores en el presente caso, en dónde cuestiona que la cláusula de compensación bancaria verdaderamente refleje su voluntad. Es por ello que, partiré analizando las condiciones generales aplicables a la contratación masiva en el sector bancario, luego evaluaré el concepto de cláusula abusiva en la legislación bancaria y la de protección al consumidor, para finalizar con el análisis en concreto de la cláusula de compensación del BCP y su justificación de validez.

3.3.1 Contexto de contratación masiva en el sector bancario

No es novedad que el mercado bancario se encuentra mayoritariamente regido por una contratación masiva, la cual se ve instrumentalizada a través de contratos de adhesión que incorporan cláusulas generales de contratación. A manera de recuento, las definiciones de “contrato por adhesión” y de “cláusulas generales de contratación” (en adelante, CGC) la podemos encontrar en los artículos 1390^{o12} y 1392^{o13} del Código Civil (1984), respectivamente.

Asimismo, a nivel doctrinario De la Puente y Lavalle (2007) definía que *“el contrato por adhesión es una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta, en el segundo, la rechazará”* (pág. 655); y sobre las CGC el mismo autor sostiene que *“las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar. Estos contratos por su lado, no van a ser colmados totalmente por cláusulas generales, sino deben tener elementos propios (particulares) de cada uno de*

¹² **Código Civil** (1984):

“Artículo 1390: El contrato se concerta por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, manifiesta su voluntad de aceptar.”

¹³ **Código Civil** (1984):

“Artículo 1392: Las cláusulas generales de contratación aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.”

ellos, de tal manera que, en realidad el resultado final es que en los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación habrá cláusulas generales, comunes a todos ellos, y cláusulas particulares, privativas de cada uno de ellos” (pág. 693).

Aunque hay una discusión teórica entre ambas figuras, lo cierto es que ambas son fenómenos muy similares, en dónde se evidencia la predominancia de una de las partes de la relación jurídica para establecer derechos y obligaciones sobre la otra que no pueden ser negociadas. Tal y como sucede en la relación jurídica bancaria en dónde, los bancos han estandarizado la contratación de sus productos con el propósito de reducir los costos de transacción asociados a una negociación particular a cada caso y así comercializar ellos de manera masiva.

Frente a este escenario, a nivel de protección al consumidor y de regulación bancaria se ha establecido obligaciones con las que debe cumplir la entidad bancaria en los contratos de consumo que presenten cláusulas no negociadas con el consumidor. “Ello con la finalidad de contribuir aún más con su conocimiento oportuno y entendimiento del contenido contractual, así como asegurar la observancia de la buena fe y el equilibrio necesario entre los derechos y las obligaciones de las partes” (Stucchi López Raygada, Bezada Alencastre, & García Tipismana, 2021, pág. 44). De esta forma, podemos encontrar a nivel regulatorio las siguientes obligaciones:

Gráfico 2: Obligaciones de las ESF en materia de contratación que incluye CGC

Obligaciones	Código de Protección al Consumidor	Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero
1. Comprensión del contenido del contrato	<p><u>Artículo 48 de CPDC:</u> <i>“En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:</i></p> <p><i>a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual. (...)</i>” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010)</p>	<p><u>Artículo 47:</u> <i>“47.1 Las empresas deben redactar las condiciones contractuales correspondientes a los productos y servicios financieros que ofrecen a los usuarios en un lenguaje sencillo y claro, que permita a estos una adecuada comprensión de las obligaciones y derechos que asumirían.</i> <i>47.2 El contrato debe reflejar fielmente todas las estipulaciones necesarias para una correcta regulación de la relación entre los clientes y las empresas, sin hacer uso de tecnicismos y, cuando ello no sea posible, se debe explicar de</i></p>

		<i>forma precisa su significado.”</i> (Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 2017)
2. Acceso oportuno a la información contractual	<p><u>Artículo 48 de CPDC:</u> “(…) b. <i>Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.</i> “(…)” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010)</p> <p><u>Artículo 2 de la Ley 28587:</u> “<i>Las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley están obligadas a brindar a los usuarios toda la información que estos demanden de manera previa a la celebración de cualquier contrato propio de los productos o servicios que brindan, sin perjuicio de lo dispuesto en normas legales de carácter especial.</i> “(…)” (Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros, 2005)</p>	<p><u>Artículo 22</u> “<i>Las empresas deben brindar a los usuarios toda la información pertinente que estos soliciten de manera previa a la celebración de cualquier contrato y durante el período que toma a este y a la empresa celebrarlo.</i> <i>El otorgamiento de la información antes indicada involucra la entrega y/o puesta a disposición del formulario contractual y de simulaciones que hagan referencia al costo del producto bajo el sistema de cuotas ofertado, según corresponda, conforme al Capítulo III del presente Título.”</i> (Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 2017)</p>
3. Buena Fe y equilibrio de derechos de las partes	<p><u>Artículo 48 de CPDC:</u> “(…) c. <i>Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.</i> <i>Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa.”</i> (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010)</p>	<p><u>Artículo 50:</u> “<i>50.1 Las empresas deben someter a aprobación administrativa previa de la Superintendencia las cláusulas generales de contratación de los modelos de contratos que regulan los productos y servicios financieros</i> (…)” (Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 2017)</p> <p><u>Artículo 53:</u> “<i>Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio de</i></p>

		<p><i>los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio de los usuarios. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido.</i></p> <p>(...)” (Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero, 2017)</p>
--	--	--

Elaboración propia.

Fuente: Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010), Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros (2005) y Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero (2017)

En cuanto a la tercera obligación (buena fe y equilibrio de derechos de las partes), resulta relevante identificar a la aprobación administrativa de la SBS “*como un mecanismo preventivo de protección de los derechos de los consumidores, que contribuye con asegurar el equilibrio contractual de los contratos bancarios que presentan estipulaciones contractuales redactadas unilateralmente por las empresas bancarias*” (Stucchi López Raygada, Bezada Alencastre, & García Tipismana, 2021, pág. 47). Es importante señalar que no es el único mecanismo de protección al consumidor que otorga la regulación bancaria en materia de buena fe y equilibrio de derechos de las partes, aunque por relevancia de la presente problemática solo se abordará este.

Hasta este punto, se ha validado que debido a la limitación que existe en la negociación de derechos y obligaciones del consumidor en un contrato bancario (que incluye CGC); la regulación de protección al consumidor y sectorial bancaria han establecido condiciones que deben cumplir los contratos para que garanticen un nivel de protección mínimo al consumidor. Una de esas condiciones corresponde a la aprobación administrativa previa de la SBS sobre las CGC que formaran parte de los contratos de consumo bancario.

3.3.2 Definición de cláusula abusiva en la regulación bancaria y de protección al consumidor

La regulación bancaria define a las cláusulas abusivas en el artículo 53 del Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero (2017) como “*aquellas*

estipulaciones no negociadas que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio de los usuarios. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

De esta forma, *“en la contratación de servicios bancarios la SBS ejerce una supervisión preventiva de efecto general sobre las cláusulas abusivas. Así en el marco de sus funciones de evaluación y aprobación administrativa previa de cláusulas generales de contratación, la SBS identifica cláusulas abusivas, de ser el caso; y emite normas de carácter general prohibiendo su incorporación en contratos futuros.”* (Stucchi López Raygada, Bezada Alencastre, & García Tipismana, 2021, págs. 52-53). Es por eso que, el artículo 53 numeral 2 presenta una lista taxativa de las cláusulas que la SBS ya ha reconocido como abusivas y, por tanto, no es posible su aplicación.

Pese a ello, la aprobación de la SBS no es infalible; y, por tanto, el consumidor podrá cuestionar alguna de las cláusulas en la vía administrativa o judicial, si considerase que restringe o anula alguno de sus derechos. De esta forma, la determinación de una cláusula abusiva obtiene un nuevo nivel de análisis en el fuero de protección al consumidor y deberá considerar lo establecido en los artículos 49, 50 y 51 del CPDC.

Con lo cual, para la evaluación de una cláusula abusiva según el artículo 49.2 del CPDC, *“se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa”.*

3.3.3 Análisis de la cláusula de compensación del BCP según los criterios del CDPC

A este punto es pertinente analizar en específico a la cláusula de compensación que incluyó el BCP sobre el contrato de Cuenta de Depósitos - Pensión del Señor Flores y corroborar si corresponde a una cláusula abusiva.

Para ello, la transcripción de la cláusula es la siguiente:

“Condiciones Generales

1. *EL CLIENTE autoriza de manera expresa al BANCO, respecto de sus cuentas, depósitos, tarjetas, bienes o valores, a:*

(...)

b. Cargar los montos de las obligaciones directas o indirectas que EL CLIENTE le adeude a EL BANCO, incluso aquella adquiridas de terceros acreedores de EL CLIENTE y/o derivadas de terceros que éste haya garantizado, ya sea por capital, intereses, comisiones o gastos, incluidos los gastos de cobranza directa o encargada a terceros, contra los montos de las obligaciones que EL BANCO mantenga a favor de EL CLIENTE por concepto de los créditos originados en depósitos efectuados por EL CLIENTE o a favor de EL CLIENTE en las cuentas que éste mantenga en EL BANCO, cualesquiera sea el origen, concepto o naturaleza de las sumas depositadas que originaron el crédito. Para estos efectos, EL CLIENTE autoriza al BANCO a bloquear temporalmente sus cuentas.” (INDECOPI, 2013)

El análisis se enmarcará en la validez de la cláusula según el CPDC, dado que la cláusula anterior cuenta con aprobación administrativa de la SBS. De hecho, a la actualidad, las cláusulas de compensación como la citada se mantienen vigentes en el mercado y la SBS continúa aprobando la misma sin cuestionamiento. Con lo cual, como primer punto y en coherencia con el artículo 49.2 del CPDC, “*se tiene en cuenta (i) la naturaleza del producto o servicio objetos del contrato; (ii) las circunstancias que concurren al momento de su celebración, incluida la información que se ha brindado; así como (iii) todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa*”.

- (i) En cuanto a la naturaleza del producto o servicio, nos encontramos ante la contratación masiva que impera en el mercado bancario. Sobre ello, es debido a la naturaleza de la relación de consumo bancario, como mínimo se ha cumplido con la transparencia de información que exige el Reglamento de Conducta de Mercado del Sistema Financiero sobre la disposición de la información contractual previamente en los canales físicos y en el portal web de la empresa bancaria, así como la cartilla de información correspondiente al producto pasivo que simplifica los conceptos relevantes del producto al momento de la contratación, la entrega inmediata de los contratos bancarios suscritos por canal presencial, entre otros señalados por la regulación bancaria. Se asume el

cumplimiento de estas obligaciones regulatorias, pues ellas no han sido cuestionadas en el expediente.

- (ii) En base a la información brindada, no se ha señalado algún evento circunstancial que haya concurrido al momento de la contratación. Aunque, el Señor Flores señala que no hubo un énfasis en específico sobre la consecuencia de la aceptación de una cláusula como la compensación bancaria. Sobre ello, la cláusula no requiere una aceptación expresa según los requisitos exigidos por la Sala a la fecha de realización del caso del expediente.
- (iii) Por último, la cláusula de compensación no tiene dependencias contractuales.

Con lo cual, en este primer punto de análisis la cláusula no alcanza a convertirse en una cláusula abusiva vejatoria de derechos al consumidor.

Ahora, con respecto a los requisitos del artículo 47 del CDPC, correspondientes a (i) comprensión del contenido del contrato, (ii) acceso oportuno al contenido del contrato y (iii) buena fe y equilibrio de derechos de las partes, es pertinente señalar lo siguiente:

- (i) Sobre la comprensión del contenido de la cláusula, considero que esta se ajusta a lo señalado en el CPDC, pues no tiene ninguna remisión a un documento externo que no haya estado a disposición del Señor Flores.
- (ii) En cuanto al acceso oportuno, este no ha sido cuestionado en el expediente. Aunque es pertinente señalar que, debido a las obligaciones regulatorias, las entidades bancarias están obligadas a poner a disposición en sus portales institucionales sin límite temporal los documentos contractuales de sus productos bancarios.
- (iii) Sobre la buena fe y el equilibrio de los derechos de las partes, considero que la justificación de la existencia de una cláusula de compensación bancaria no radica en el aprovechamiento malicioso de los depósitos del cliente por parte del Banco, toda vez que esta solo es factible en el supuesto de incumplimiento de pago de alguna de las obligaciones activas en la esfera del consumidor.

En esa línea, Gómez Ramos (2020) señala que *“disponer del dinero depositado en una cuenta bancaria para cumplir con las obligaciones dinerarias mantenidas frente al banco no parece ser una medida desproporcionada. En especial, considerando que, en caso contrario, estaríamos afirmando que el banco debería consentir a que en el supuesto de que el obligado incumpla sus obligaciones*

dinerarias, el banco debería notificar reiteradamente al deudor respecto del derecho de acreencia adquirido, confiando en que cumpla con retirar el dinero que mantiene en su cuenta para realizar el pago debido de manera directa.”

Por último, es conveniente conocer la postura que la Comisión de Protección al Consumidor No. 1 con sede central, a través de la Resolución Final No. 0186-2022/CC1, sostuvo sobre la cláusula compensatoria que aplicaba el Banco BBVA Perú S.A. No necesariamente porque ella aplique idénticamente a esta evaluación, sino por el criterio interpretativo que se esboza en la definición de cláusula abusiva. En ese sentido, la argumentación siguió la siguiente línea:

- Presupuestos de una cláusula abusiva: En el numeral 26, la Comisión señaló que *“para evaluar si la citada cláusula debe ser considerada como abusiva, deben concurrir los siguientes presupuestos:*
 - (i) *Que no haya existido negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada.*
 - (ii) *Que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicios del consumidor.”* (Resolución Final No. 0186-2022/CC1, 2022)

- Contratación por adhesión: En el numeral 27, la Comisión señaló que *“que la cláusula materia de cuestionamiento forma parte de un contrato de adhesión, por lo que no existe alguna negociación entre los consumidores y el Banco sobre su contenido”* (Resolución Final No. 0186-2022/CC1, 2022). Con lo cual, el primer presupuesto se ha alcanzado.

- La desproporción injustificada requiere seguir la línea interpretativa incorporada por la Sala a través de la Resolución 0078-2012/SC2- INDECOPI, la cual considera 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° 0078-2012/SC2-INDECOPI, 2012).

- La citada cláusula del BBVA no es abusiva, pues ella “(i) *Se encuentra aprobada administrativamente y registrada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP;* (ii) *no configura una cláusula abusiva debido a que no ocasionan una desventaja al consumidor, en la medida que establece la facultad de la entidad bancaria de cobrar sus acreencias sobre los fondos que el denunciante pueda disponer a su favor en otras cuentas bancarias;* (iii) *no desequilibra la relación entre el proveedor (Banco) y la posición del consumidor, en tanto para la aplicación de la cláusula el denunciante debería incumplir sus obligaciones crediticias con la entidad bancaria;* y, (iv) *no ocasiona algún tipo de perjuicio al consumidor, dado que no limita sus derechos.”* (énfasis agregado) (Resolución Final No. 0186-2022/CC1, 2022)

En conclusión, ha quedado demostrado que la cláusula de compensación bancaria aplicada por el BCP en sus contratos de depósitos y que fue incluida en la contratación con el Señor Flores, no configura una cláusula abusiva según la normativa de protección al consumidor. Específicamente porque ella fue informada de manera oportuna y con un texto claro que no incorpora remisiones a documentos externos que no han sido dispuestos al consumidor al momento de la contratación. Asimismo, no se ha comprobado que la cláusula de compensación incorpore un desequilibrio desproporcionado en las obligaciones de las partes, pues su aplicación está limitada al incumplimiento del pago de las acreencias del consumidor financiero en sus productos activos. Así como su aplicación no implica una limitación de sus derechos.

3.4 Respecto al primer recurso de revisión, ¿le correspondía a la Comisión aplicar el Principio de Confianza Legítima alegado por el BCP?

Dentro de la controversia presentada, existe un gran cuestionamiento sobre la actuación de la Comisión al realizar un cambio en el criterio que seguía a dicho momento la Sala para los casos compensación bancaria en cuentas de depósito que recibían remuneraciones o pensiones. Aquella omisión se presentó como un error de Derecho invocado por el BCP en el primer recurso de revisión y sobre el cual la Sala determinó que se había vulnerado el principio de confianza legítima y con ello, una afectación a la seguridad jurídica.

En este punto es importante recordar los aspectos conceptuales de la Administración Pública, el procedimiento administrativo y los principios que los rigen. Así, la Administración Pública ha sido definida por Morón Urbina (2019, pág. 30) como *“el conjunto de organismos a cargo de la función administrativa (...) que es indispensable para (...) atender aquellas funciones o servicios que son inherentes a la Administración y para poder imputar con claridad la carga de deberes, responsabilidades y competencias determinadas. En suma, es una organización instrumental orientada a la atención y cumplimiento de los fines públicos.”*

Con lo cual, la Administración Pública será la encargada de velar por los derechos de los ciudadanos y la protección del interés general. Para ello, se valdrá del uso del procedimiento administrativo general como instrumento para garantizar la aplicación efectiva del Derecho en favor del señalado interés general y de los ciudadanos.

De esta forma, podemos encontrar en el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo General -LPAG (2001) a la definición del procedimiento administrativo como un *“conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”*

Ahora, es importante señalar también que *“el procedimiento encauza jurídica y racionalmente la actividad administrativa, y protege a los ciudadanos ante cualquier actuación y resolución anómala de los órganos de la administración”* (López Rodó, 1994). En línea con ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 16 de enero de 2016 correspondiente al Expediente No. 03891- 2011-PA/TC señaló que el concepto de debido proceso y los derechos que confiere el artículo 139.3 de la Constitución Política son aplicables también a la sede administrativa y ello implica lo siguiente:

“12. Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en

condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

13. *El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo ° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).*
14. *El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, demodo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocerlas categorías invocables ante el órgano jurisdiccional. (Expediente No. 03891-2011-PA/TC, 2012)” (énfasis agregado)*

En ese sentido, la LPAG ha establecido ciertos principios que pretenden actuar como lineamientos mínimos con los que debe contar el procedimiento administrativo para ofrecer una garantía a los derechos del administrado frente a la administración pública. Ello también lo sostiene Danós Ordoñez (1999) quién señala que “*los principios generales del procedimiento administrativo consagrados por el Proyecto tienen por objeto acentuar el carácter servicial de la Administración Pública en favor de los ciudadanos, que son los destinatarios de la actividad pública o beneficiarios de la correspondiente actividad administrativa, lo que se manifiesta en las obligaciones y deberes que se le imponen a las autoridades y funcionarios en la tramitación del procedimiento administrativo, ya sea de oficio o a pedido de parte interesada.*”¹⁴

¹⁴ Dicha aseveración se realizó en el marco de los comentarios que se realizaron al proyecto de la LPAG, y es aplicable también a la norma final publicada que en ese extremo no sufrió modificaciones.

Sobre ello, Morón Urbina (2019, pág. 75) también señala no será necesaria algún tipo de regulación adicional, reglamentación, orden superior o cualquier acción jurídica intermedia para que las autoridades administrativas tengan una vinculación directa con la aplicación y uso de estos principios en su función administrativa.

Dentro de los principios esbozados por el artículo IV del título preliminar de la LPAG podemos encontrar actualmente al principio de predictibilidad o de confianza legítima, el cual posee el siguiente tenor:

“1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”

Básicamente, este principio lo que pretende es que exista un criterio de la Administración Pública que sea uniforme y no constantemente cambiante, para que otorgue previsibilidad y seguridad jurídica al administrado en su actuar. Aunque, el mismo principio señala que para ser aplicable deberá existir una expectativa legítima razonable que haya sido creada por antecedentes administrativos.

Es importante señalar también que este principio no pretende que el Derecho se vuelva estático y que no se actualice a las nuevas situaciones o contextos en los que se sitúa la sociedad. Por el contrario, lo que busca el principio de confianza legítima es que el cambio de la línea jurisprudencial y el criterio establecido no sea arbitrario, sino que considere una motivación adecuada y así pueda proteger aquellas expectativas legítimas del administrado.

Las referidas expectativas legítimas son definidas por Morón Urbina como aquellas actuaciones de la administración que son concluyentes y son capaces de crear en el administrado la convicción de la legalidad de sus futuras acciones. Por tanto, servirá como eximente de responsabilidad cuando las actuaciones administrativas se encuentren estrechamente vinculadas con la convicción generada en el administrado para creer que sus acciones no son contrarias a Derecho y así se configure la ausencia de antijuricidad. En consecuencia, una vez establecida esta convicción en la psiquis del administrado no podrá sancionarse la infracción imputada, pues esta habrá surgido a raíz del error inducido por la Administración Pública al administrado (Morón Urbina, 2019, pág. 520). Con lo cual, para determinar la vulneración al principio de confianza legítima deberá existir una “expectativa legítima” que haya sido inducida por actos administrativos de manera anterior a la realización de la infracción en cuestión.

Ahora bien, una razón primordial para la existencia de este principio es la protección del mercado. Así, como diría Castillo Blanco (1998, pág. 109) “*No hay mercado sin confianza*”. De no existir una normativa y aplicación de esta de manera constante, no existirá seguridad para que los agentes de la sociedad desarrollen actividades como contrataciones, inversiones económicas a largo plazo, entre otras actividades que requieren de predictibilidad para su ejecución y mitigación de riesgos. Básicamente, para que exista una economía de libremercado. Dicha confianza es extendida a través de este principio a la Administración, pues “*para poder confiar en los reguladores, o en los que toman las decisiones, es necesario contar con medidas institucionales y reglamentarias, que permitan articular la existencia de ciertos principios que permitan la confianza en las reglas del juego y en que éstas semantendrán.*” (Bermúdez Soto, 2005, pág. 87)

Además, aunque el Principio de Confianza Legítima fue recién introducido a la LPAG en el año 2016 de manera positiva, ello no ha impedido que la Sala haya podido hacer referencia de este principio en pronunciamientos anteriores a la incorporación explícita la LPAG. Ello es coherente con la naturaleza de los principios generales del Derecho, los cuáles no requieren ser estrictamente positivados para ser aplicables al ciudadano. De esta forma, el principal fundamento jurídico de la Sala para incorporar la exigencia del principio de

confianza legítima fue la declaración del Tribunal Constitucional del principio de seguridad jurídica en la sentencia del 30 de abril de 2003 del Expediente No. 00016-2002-AI/TC¹⁵ y el numeral 2 del Artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, la cual señala expresamente que *“los criterios interpretativos establecidos por las entidades podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001)”. De hecho, la Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, correspondiente al primer recurso de revisión del presente caso se basó en esta argumentación; y concluyó que *“la mencionada limitación que impide aplicar la nueva interpretación a situaciones anteriores al cambio de criterio, debe ser entendida en relación a una nueva lectura de normas sustantivas, es decir, aquellas que determinan la responsabilidad administrativa de los administrados y cuya aplicación inmediata implique directamente la imposición de multas en situaciones donde antes la autoridad administrativa no sancionaba* (Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, 2013)”.*

Con lo cual se puede realizar una primera conclusión referida a que el principio de predictibilidad o confianza legítima no fue un concepto nuevo en el 2016 con la modificación de la LPAG; y, por el contrario, solo sirvió para positivizar la exigencia que ya se venía solicitando a la administración pública de motivar adecuadamente sus actos administrativos ante el cambio de criterio establecido en coherencia con el principio de debido procedimiento y el concepto de seguridad jurídica existente de forma transversal según lo proclamado por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, el concepto de seguridad jurídica también es desarrollado por la doctrina como

¹⁵ Sobre el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional declara su rango constitucional de manera implícita según la siguiente argumentación:

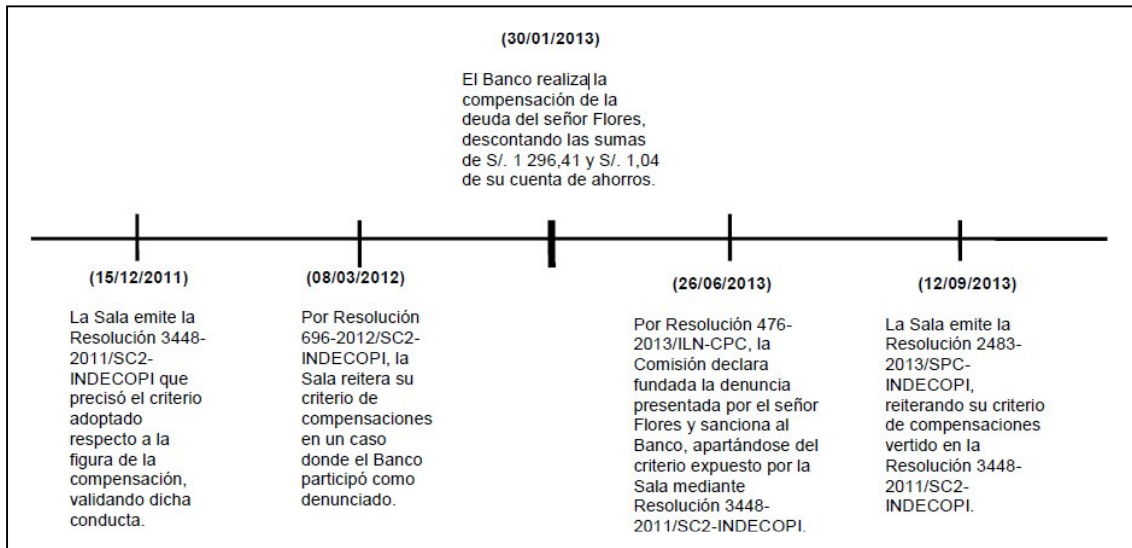
“4. (...) La seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”). (Expediente00016-2002-AI, 2003)”

“un principio de actuación de los organismos públicos que les obliga a ser predecibles en sus conductas y, a la vez, un derecho subjetivo, de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán arbitrariamente desconocidos o modificados.” (Morón Urbina, 2019, pág. 589)

Por último, en el marco de protección al consumidor, es importante recordar también al artículo 65 de nuestro texto constitucional, el cual señala textualmente que *“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”* (Constitución Política del Perú, 1993). Es decir, *“la Constitución impone, directamente, una función de defensa, promoción y protección que todos los poderes públicos deben proveer a favor de los consumidores”* (Tirado Barrera, 2021, pág. 30). En la actualidad, dicha defensa es principalmente dispuesta por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y según competencia de sus órganos resolutivos.

Sobre la determinación de la vulneración de la Comisión al principio de Confianza Legítima o seguridad jurídica en su primer pronunciamiento en segunda instancia, corresponderá analizar si se ha configurado una expectativa legítima al Banco a través de la línea jurisprudencial anterior, la fecha de realización de las infracciones y cualquier otro elemento que pueda incidir en la conformación de la expectativa legítima. Finalmente, se deberá analizar si la Comisión cumplió con los requisitos para disponer de un nuevo criterio en materia de compensación en cuentas de depósitos que reciben remuneraciones o pensiones.

Gráfico 3: Línea del tiempo de actuaciones relevantes de la administración en materia de compensación sobre cuentas remunerativas.



Fuente: Fundamento 35 de la Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI correspondiente al Recurso de Revisión. (Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, 2013)

El gráfico anterior demuestra la cronología de las actuaciones previas en las que la Sala ha seguido el criterio de validez de la figura de compensación sobre cuentas que reciben remuneraciones esbozado en la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI de fecha 15 de diciembre de 2011. En esa línea, el 08 de marzo de 2012 a través de la Resolución No. 696-2012/SC2-INDECOPI, en donde el BCP también fue parte del procedimiento, la Sala confirmó el criterio de validez de la compensación por segunda vez y de manera anterior a la acción de compensación del Banco en el presente caso, la cual se realizó recién el 30 de enero de 2013 sobre la Cuenta de Depósitos - Pensión.

La Comisión emitió su pronunciamiento en segunda instancia de manera contraria al criterio de validez de la compensación en materia de remuneraciones el 26 de junio de 2013; y sin perjuicio de ello, la Sala volvió a confirmar su postura a favor de la compensación en cuentas que reciben remuneraciones a los tres meses del pronunciamiento de la Comisión (12 de septiembre de 2013). Con lo cual, debo compartir el criterio de la Sala al señalar que la actuación del Banco se enmarcó en una expectativa legítima que la misma Administración Pública le ofreció al administrado sobre la licitud de la compensación sobre cuentas remunerativas siempre que esta se enmarca en el acuerdo bilateral de ambas partes de la relación bancaria.

Por último, como se señaló de manera previa, el principio de confianza legítima y en sí la protección y promoción de la seguridad jurídica, no pretende que los órganos resolutivos de INDECOPI no cambien su criterio si así correspondiese, sino que para ello cuiden que esta variación se realice razonable y motivadamente. Con lo cual, será importante verificar si es que la Comisión tuvo una motivación adecuada para el cambio de criterio en su primera resolución en segunda instancia.

Sobre ello, se advierte al Principio Pro-Consumidor como un eje diferencial entre la postura de la Comisión con los pronunciamientos anteriores resueltos por la Sala. Con lo cual, conviene recordar que la definición del principio pro-consumidor la podemos encontrar en el numeral 2 del artículo V del Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) el cual señala textualmente lo siguiente:

“2. Principio Pro-Consumidor. - En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando existaduda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.”

La Comisión señala que la compensación, ya sea legal o convencional, deberá respetar los límites establecidos en el artículo 648 del CPC. Específicamente, porque la autonomía de la libertad encuentra límites en las normas imperativas vigentes según lo señala el artículo 1354 del Código Civil. Con lo cual, *“dicha interpretación sistemática de las normas en mención resulta válida, más aun considerando que en el marco constitucional de protección al consumidor rigen los principios pro consumidor e in dubio pro consumidor, los mismos que establecen que los operadores administrativos deberán interpretar las normas legales vigentes en los términos favorables del consumidor (Resolución No. 3092-2013/SPC- INDECOPI, 2013).”*

Asimismo, la Comisión argumenta sobre la autorización de la compensación en la cláusula contractual del BCP que *“el consumidor autorizó de manera general que se proceda a la compensación con cargo a los fondos que mantenga con la entidad financiera, por lo que un consumidor podrá interpretar válidamente que la entidad financiera se encuentra facultada a*

oponer la compensación a fin de hacerse cobro de su crédito, siempre que su ejercicio respete los límites previstos en el artículo 1290 del Código Civil y el 648 del Código Procesal Civil que lo complementa.” (Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, 2013).”

En esta línea, parecería que la Comisión ofrece una motivación que no es arbitraria y que se encuentra justificada en el principio pro-consumidor. No obstante, en los siguientes párrafos se demostrará que la Comisión no realizó la motivación “razonable y justificada” que se exige para el cambio de criterio en los actos administrativo con ánimos de la protección a la seguridad jurídica de los administrados.

Para ello, se debe tener en cuenta que el principio pro-consumidor expresamente señala que versará a favor del consumidor cuando exista *i) duda insalvable en el sentido de las normas o ii) cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación* (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010).

Sobre el ítem i). La Comisión plantea que el artículo 1354 del CC se debe aplicar como límite a la voluntad contractual de la compensación por acuerdo de las partes (la Sala lo conoce como “compensación convencional”). No obstante, en realidad para llegar a dicha conclusión, la Comisión previamente ha realizado una “*interpretación concordada de leyes ubicadas en cuerpos normativos distintos, con ámbitos de aplicación y fines diferentes*” (Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, 2013) que determinarían al artículo 1290 del CC y al artículo 648 del CPC como límites a la compensación bancaria. Con lo cual, la verdadera “duda insalvable” a la que la Comisión ha aplicado el principio pro-consumidor esa la discusión entre si debe aplicarse -por interpretación del Derecho- los límites establecidos para el embargo, sobre la figura de compensación bancaria. Es preciso añadir que la Sala en la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI cuestiona dicha “interpretación concordada” de la Ley de Bancos con el Código Civil y el CPC y argumenta las razones por las cuales no debiese ser aplicable a la compensación bancaria convencional. Sobre ello, la Comisión en su primer pronunciamiento en segunda instancia no señaló ninguna justificación para la aplicación obligatoria de la “interpretación concordada” de las citadas normas. Es más, ni siquiera ha señalado textualmente que la justificación del uso de la “interpretación concordada” de la Ley de Bancos con el Código Civil y el CPC es obligatoria por el principio pro-consumidor, simplemente la ha tomado como válida sin cuestionamiento ni motivación

para su cambio de criterio. Ello sin duda, implica una afectación la seguridad jurídica y principio de debido procedimiento que poseía el BCP según la normativa vigente a la fecha de realización del caso, pues el cambio de criterio de la línea argumental previa no ha cumplido con la razonabilidad ni la motivación correspondiente.

Sin perjuicio de ello, si se asumiese que, la Comisión sí realizó una argumentación que implica el uso del principio pro-consumidor ante la duda insalvable de la aplicación de la “interpretación concordada” de la Ley de Bancos con el Código Civil y el CPC, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1. Primero, si bien el artículo 4 de la Ley de Bancos y el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil señalan que este último cuerpo normativo es de aplicación supletoria a la primera norma, ello no sucede de la misma forma con respecto a la aplicación del Código Procesal Civil de manera supletoria a ninguna de las normas citadas previamente.
2. Es verdad que, el artículo 132 de la Ley de Bancos establece un vacío legal al proponer el supuesto de exclusión de la compensación bancaria a los “activos excluidos de este derecho” y no señalar taxativamente cuáles serían aquellos activos o establecer un criterio objetivo para reconocer aquellos activos. No obstante, la aplicación del Código Civil por supletoriedad no es posible porque este último cuerpo normativo no recoge el mismo supuesto de hecho, es decir, la compensación civil no es compatible con la naturaleza de la compensación bancaria, la cual pretende servir como mecanismo de atenuación de riesgos para el ahorrista (ello se desarrolló con mayor amplitud en la argumentación brindada en la respuesta al segundo problema jurídico del presente informe).

Lo anterior es congruente con lo señalado por Rubio Correa (2020), pues el método sistemático por comparación a otras normas¹⁶ -que es lo que está utilizando la Comisión con la “interpretación concordada” de la Ley de Bancos al CC y el CPC- *“solo puede ser aplicado cuando los principios y conceptos son los mismos, nunca cuando son diversos.”* Por último, el autor también señala que *“tampoco se aplica el método a las normas prohibitivas y a las que establecen sanciones que, por*

¹⁶ “El método sistemático por comparación con otras normas consiste en extender a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas y que, en la interpretada, no son ostensibles (Rubio Correa M. A., 2020).”

definición, son excepciones que contienen principios distintos al de la norma general permisiva o autoritaria que les es correspondiente.” Con lo cual, el artículo 1290 del CC presentaría problemas de alcance, pues es una norma prohibitiva y como tal debe interpretarse de forma restrictiva. Así, *“si existe duda sobre la verificación del supuesto normativo en la realidad, entonces la conclusión será no aplicar la norma (Rubio Correa M. A., 2020)”*.

3. Por último, el artículo 1290 del CC introduce el concepto de “crédito inembargable”, pero no lo define; con lo cual, nos encontramos ante un vacío legal o laguna del Derecho. Ahora, no es posible aplicar supletoriamente el CPC, pues este no ha sido considerado para dicho fin según la norma positiva. Ello guarda sentido, pues el ámbito de aplicación de esta normativa se da únicamente en la esfera jurisdiccional. Lo que pretende la Comisión con la “interpretación concordada”, no es una interpretación, sino una integración¹⁷ del Derecho; y que ella sea realizada a través de la analogía que consiste en aplicar la *“consecuencia de una norma jurídica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia”*. No niego que eventualmente, se pueda concluir que la analogía al CPC sea viable por ser un concepto con ‘ratio legis’ semejante, pero sí es importante considerar su aplicación restrictiva y no extensiva. Sobre todo, sobre la compensación bancaria, la cual no comparte semejanza jurídica con el embargo.

En base a lo expuesto, considero que no existe duda insalvable en la determinación de cuáles son los límites de la compensación bancaria que debe aplicar sí o sí el Estado, pues como se explicó en los numerales anteriores es importante que tanto la analogía y la interpretación sistemática por comparación de normas se realice de manera restrictiva, al estar en el supuesto de normas que establecen prohibiciones. Si es que ello se realizara de forma contraria (extensiva) por una supuesta correcta aplicación al principio pro-consumidor, se correría el riesgo de deformar el sistema jurídico y afectar a derechos fundamentales de los mismos.

¹⁷ *“La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas, sino que en realidad crea una norma para el caso (Rubio Correa M.A., 2020).”*

Ahora, sobre el ítem ii). la Comisión plantea que se debe interpretar la cláusula de compensación a favor del consumidor, el cual, en el presente caso, desconoce que haya efectivamente aceptado la disposición de su remuneración para el pago de la tarjeta de crédito en un supuesto de incumplimiento; e, incluso cuando lo hubiese hecho, esta aceptación debiese respetar los límites establecidos por la ley. Sobre dicha afirmación, solo me corresponde señalar que la interpretación pro-consumidor que sostiene la Comisión sobre la cláusula sería válida en el supuesto que exista una garantía legal en este servicio bancario; no obstante, según el análisis al primer y segundo problema de este informe no corresponde la aplicación de la garantía invocada. Con lo cual, en este ítem la Comisión tampoco ha cumplido con la motivación correcta para el cambio de la línea jurisprudencial de Indecopi sobre la compensación en cuentas que reciben remuneraciones.

En suma, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, determinó lo siguiente:

“(…) el consumidor goza de una protección efectiva que le brinda el artículo 65° de la Constitución, y que consagra a nivel constitucional el principio pro-consumidor, que de manera legislativa se desarrolla en el artículo V numeral 2 del CPDC. Por lo que debe entenderse que el “principio de confianza legítima”, al que alude el Indecopi, debe ser aplicado teniendo en cuenta la especial protección señalada. Igualmente, debe tenerse en consideración que, en el desarrollo del citado principio, la doctrina coincide al señalar que para su aplicación la confianza creada debe ser conforme a derecho y legítima, esto es, respetando el ordenamiento jurídico” (Expediente Nro. 3235-2012, 2019)

En coherencia con lo señalado por la Quinta Sala, la confianza legítima que el BCP ha invocado a su favor cumple con la legalidad y respeto del ordenamiento jurídico, según se ha expuesto hasta este punto en el presente informe. Asimismo, la Comisión vulneró el principio de Confianza Legítima del Banco, pues estableció una nueva línea de análisis que no fue razonablemente motivada y sus actuaciones de compensación se fundamentaron en las expectativas legítimas que la Administración Pública causó sobre el BCP con sus pronunciamientos anteriores, en dónde además el proveedor participó como parte denunciada.

Finalmente, es importante señalar que, si bien el principio pro-consumidor es uno de los principios rectores de la práctica de protección al consumidor, ello no debe permitir la aplicación incorrecta de normas o creación de líneas jurisprudenciales que se olviden de la situación a largo plazo y que terminen en afectación al conjunto de consumidores financieros, no solo la individualidad. Asimismo, debe convivir con el método de interpretación establecido para el ordenamiento jurídico, el cual pretende proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos de forma general e imparcial.

3.5 Respetto del segundo recurso de revisión, ¿la Comisión aplicó adecuadamente el Principio de Confianza Legítima al considerarlo dentro de la graduación de la sanción?

En el segundo pronunciamiento en segunda instancia, la Comisión parte de la premisa de la expectativa legítima generada a favor del BCP a través de los pronunciamientos previos como la Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI y Resolución No. 0696-2012/SC2- INDECOPI, en dónde la Sala confirmaba la validez de las compensaciones bancarias y su ausencia de aplicación de los límites previstos en el artículo 1290 del CC y el artículo 648 del CPC, pues correspondería a un acuerdo realizado entre las partes.

En ese sentido, la Comisión reconoce que, al cambiar el criterio interpretativo sobre cuentas remunerativas en su primer pronunciamiento en segunda instancia, vulneró el principio de confianza legítima que le corresponde al administrado. Sin embargo, también advierte que la falta de modificación interpretativa de las normas, pondrían en un estado de indefensión al consumidor según lo señala expresamente a través de la siguiente argumentación:

“(…) la aplicación del principio de confianza legítima generado en base a un criterio previamente establecido por la autoridad no debe generar una afectación en la esfera jurídica del consumidor o una desprotección a sus intereses, tomando en cuenta la plena vigencia del rol tuitivo en la actuación del Estado de conformidad con el Principio Pro-Consumidor.

En esa línea, el cambio de un criterio por parte de la autoridad administrativa únicamente debe incidir en el ejercicio efectivo de su potestad sancionadora y su poder de coerción, y de este modo, ¿evitar una afectación patrimonial en el proveedor derivada de la ejecución de la sanción; más no calificar como un supuesto de

exoneración de responsabilidad del proveedor, pues ello atentaría contra el rol esencial del Estado en el sistema de protección del consumidor.

A mayor abundamiento, cabe acotar que la actuación en base a un pronunciamiento previo de la autoridad no califica como un eximente de responsabilidad (...)
(Resolución No. 4036-2014/SPC-INDECOPI, 2014)

Es en base a la aplicación del principio pro-consumidor, que la Comisión interpreta que la consecuencia jurídica de la aplicación del principio de confianza legítima debiese ser la consideración de este como un factor de atenuación de la sanción a imponer al proveedor. Así, determina la responsabilidad del Banco e impone una “amonestación”. Con lo cual, en este apartado corresponderá analizar si dicha aplicación guarda coherencia con el Derecho o si el principio de confianza legítima es eximente de responsabilidad del proveedor.

Para ello es sumamente importante recordar que, a la fecha de emisión del pronunciamiento, la LPAG no contenía el vigente artículo 236-A el cual señala lo siguiente:

“Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

I.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...) e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal. (...)” (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001)

Con lo cual, a la fecha del segundo recurso de revisión la duda en la aplicación del principio de confianza legítima como eximente de responsabilidad o factor de atenuación no había quedado zanjada positivamente y ello, supuso la existencia de dos líneas argumentales. Por un lado, la Comisión propuso una interpretación a favor del consumidor, en donde limitó que el principio de confianza legítima no debe evitar una desprotección a los derechos del consumidor. Especialmente, si a su entender la conducta sobre la que se ha generado la confianza resulta ilegítima y opuesta al Derecho. Su argumentación normativa para aplicar el principio de confianza legítima como factor atenuante fue la aplicación del inciso 5 del artículo 112 del CPDC que se encontraba vigente a dicha fecha y que sostiene lo siguiente:

“Artículo 112.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

(...) Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

(...) 5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.” (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001)

Para lo cual, la Comisión toma en consideración el Memorándum No. 370-2013/GEL del 15 de abril de 2014 emitido por la Gerencia Legal de Indecopi, en donde esta última concluye que se puede *“asemejar el mencionado principio a una de las causales de atenuación de la sanción, en tanto no enerva la infracción cometida, pero sí evidencia una responsabilidad menor del administrado”*.

Por su lado, la Sala también tuvo en consideración el Memorándum de la Gerencia Legal de Indecopi, específicamente sobre el alcance del numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG, el cual concluye que *“no solo resulta aplicable a precedentes de observancia obligatoria, sino a toda variación de criterio que efectúe la autoridad resolutoria que repose en un acto administrativo, encontrándose plenamente facultada para dejar de lado criterios anteriores y elaborar uno nuevo y propio.” (INDECOPI, 2013)*

En ese sentido, el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG sostiene que *“los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.” (Ley del Procedimiento Administrativo General, 2001)*

En esa línea, es clara la conclusión de la Sala en señalar que la Comisión ha propuesto un nuevo criterio interpretativo sobre compensaciones en cuentas remunerativas que se aleja de la postura que ha sido emitida por el mismo colegiado de forma previa; y con ello, esta nueva interpretación no podría serle aplicable o exigida al Banco, pues no le es más favorable a él como administrado. Entonces, no cabe la interpretación que sostiene la Comisión de que el cambio de criterio jurisprudencial y, por ende, el principio de confianza legítima se debe aplicar dentro de la graduación de la sanción o asemejarse a un atenuante. Ya que, el concepto de atenuante implica que *“cuando se producen las circunstancias calificadas legalmente como atenuantes no afectan la comisión de la infracción administrativa misma, por cuanto ella no desaparece o queda afectada, solamente se afecta la cuantía de la pena a*

aplicarse” (Morón Urbina J. , 2011). Es decir, para que sea aplicable el atenuante al caso, la Comisión deberá de haber establecido previamente la responsabilidad del administrado (BCP), para realizar esta determinación de responsabilidad, con ello deberá también haber cambiado el criterio jurisprudencial de la Sala en la materia correspondiente y, de ser así, le debió ser aplicable inmediatamente la restricción literal del numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG.

En esa línea, la interpretación que ofrece la Gerencia Legal de Indecopi y en sí, la Resolución No. 1235-2013/SPC-INDECOPI en la que se fundamenta, sobre el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG encuentra mayor claridad de la limitación de uso de una nueva línea jurisprudencial en el procedimiento y en la determinación de la responsabilidad. Lo que convierte en incompatible, el utilizar el principio de confianza legítima como un factor de atenuación para la graduación de la sanción. En consecuencia, se concluye que la Comisión aplicó inadecuadamente el principio de confianza legítima al considerarlo dentro de la graduación de la sanción.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto a lo largo del presente informe jurídico, he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Para la determinación del deber de idoneidad del BCP, y en el marco de la relación de consumo de un producto y servicio bancario, es importante analizar con detalle y precisión lo regulado en los contratos pertinentes y los límites normativos aplicables a los derechos estipulados en estos.
2. En ese sentido, la controversia planteada entre el Señor Flores y el BCP en este informe contiene dos grandes cuestionamientos. El primero referido a si existe alguna garantía legal que impida el ejercicio del derecho de compensación bancaria regulado por la Ley de Bancos (segundo problema jurídico del expediente) y el segundo referido a si la cláusula que habilita al Banco a realizar la compensación bancaria sobre la Cuenta de Depósitos – Pensión refleja la efectiva voluntad del Señor Flores para la afectación de su pensión en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago en sus productos activos con la misma entidad bancaria o corresponde a una cláusula abusiva (tercer problema jurídico del expediente). La respuesta a estas interrogantes serán lo que determine si el Banco cumplió con su deber de idoneidad.
3. En relación con la garantía legal, se ha demostrado que actualmente, no existe un criterio uniforme de la Sala en la forma de interpretación de los límites aplicables a la compensación bancaria sobre los fondos en cuentas que reciben remuneraciones o pensiones.
 - a. Por un lado, aquellas resoluciones que sostienen una postura a favor de la aplicación del artículo 1290 CC y el artículo 648 del CPC como límites a la compensación bancaria y, por ende, la constitución de una garantía legal en el marco de la relación de consumo se basa en que: i) es aplicable una interpretación sistemática por comparación de normas a la Ley de Bancos y por tanto, los límites de la compensación civil también son exigibles a la compensación bancario; (ii) la limitación a la compensación bancaria se justifica en la inembargabilidad de la remuneración y su carácter alimentario; (iii) la remuneración es irrenunciable y mantiene su carácter intangible e inembargable cuando es depositada en una cuenta de depósitos; y (iv) la autonomía de la libertad no es absoluta.

- b. Del otro lado, las resoluciones que se encuentran en contra de la existencia de una garantía legal que prohíba la compensación bancaria total de las cuentas que reciben remuneraciones se justifican principalmente en: (i) que no existe una disposición que prohíba expresamente a la compensación bancaria sobre cuentas remunerativas, (ii) la compensación corresponde a un acto de disposición patrimonial distinta a la figura de embargo; y (iii) la compensación bancaria existe como una medida dispuesta para mitigar el riesgo crediticio.
4. Mi postura personal se alinea con la posición en contra de la existencia de una garantía legal en el marco de las compensaciones bancarias sobre cuentas de depósitos que reciben remuneraciones o pensiones según la siguiente argumentación:
- a. La compensación bancaria según la legislación sectorial solo está limitada ante activos que han sido declarado intangibles o han sido excluidos del derecho de compensación bancaria legal o contractualmente.
 - b. La remuneración o pensión no ha sido declarada intangible por ley expresa y la prueba de ello es que el trabajador posee libre disposición de su remuneración o pensión una vez recibida.
 - c. La Ley de Bancos no ofrece una lista de aquellos activos que legalmente hayan sido excluidos de la compensación bancaria. Es por ello que, se pretende utilizar supletoriamente el Código Civil; sin embargo, ello no es posible porque este último cuerpo normativo no recoge el mismo supuesto de hecho, es decir, la compensación civil no es compatible con la naturaleza de la compensación bancaria, la cual pretende servir como mecanismo de atenuación de riesgos para el ahorrista; y por tanto, no es posible su supletoriedad.
 - d. Aun cuando, la interpretación supletoria del Código Civil fuese posible, se debe señalar que las remuneraciones y sus características se enmarcan en los sujetos de la relación laboral. De modo que, una vez que la remuneración es dispuesta al trabajador, el crédito laboral se extingue y el dinero se convierte en un activo de libre disposición para este. Ello se encuentra alineado con la posición de la SBS según se menciona en el Oficio No. 34376-2009-SBS.
 - e. En el supuesto negado de que la remuneración mantiene sus características en la cuenta de depósitos, se demostró que la compensación bancaria responde a

un acuerdo voluntario bilateral, el cual se ampara en el derecho de libertad para contratar que ostentan las partes y que reconoce el Derecho.

- f. Es un error de derecho trasladar la limitación establecida sobre las remuneraciones y pensiones en el marco de un proceso judicial, pues significaría una aplicación extensiva de una norma prohibitiva que afecta directamente (limita) a un derecho patrimonial.
 - g. Finalmente, la remuneración y su carácter alimentario se ven protegidos debido a la libre disposición de ella en manos del trabajador y que, por el contrario, una limitación de afectación a este activo en el marco de las compensaciones implicaría una disminución del valor de su remuneración en el mercado, lo que sí causaría una afectación a un derecho fundamental.
 - h. Los efectos económicos de la prohibición absoluta de la compensación voluntaria bilateral implicarían un detrimento al consumidor en general. En el sentido que se incrementaría el costo del financiamiento debido a su categorización por perfil de riesgo, así como una posible contracción de la oferta de productos activos a largo plazo.
5. Por lo tanto, de acuerdo con la argumentación jurídica presentada a lo largo de este informe concluyo que no corresponde la aplicación del artículo 1290 del CC y el artículo 648 del CPC como límites a la compensación bancaria en la controversia en materia del presente expediente.
6. En relación con la garantía expresa, se advierte que la cláusula de compensación fue dispuesta en el contrato de la Cuenta de Depósitos – Pensión del BCP y ella señalaba expresamente la facultad del Banco para el uso de los depósitos del Señor Flores en el supuesto de incumplimiento de alguna de las obligaciones de pago en los productos activos en la misma entidad bancaria.
7. Asimismo, debido a que la cláusula de compensación del BCP fue incluida dentro de un contrato de consumo masivo que no permite la negociación del consumidor, también analicé si es que esta cláusula configuraría como una abusiva según la normativa sectorial y de protección al consumidor. Sobre ello, concluí que esta no calza con una cláusula abusiva por los siguientes motivos:
- a. El texto es claro y no hace remisión a un documento externo que no haya estado a disposición del Señor Flores antes y después de la contratación.

- b. Debido a las obligaciones regulatorias sectoriales sobre la disposición de los documentos contractuales de manera atemporal y pública se ha comprobado que la información fue dispuesta de manera oportuna.
 - c. No se ha comprobado que la cláusula de compensación del BCP incorpore un desequilibrio desproporcionado en las obligaciones de las partes, pues su aplicación está limitada al incumplimiento del pago de las obligaciones de pago del Señor Flores en sus productos activos. Así como su aplicación no implica una limitación de sus derechos.
8. En consecuencia, se ha demostrado que en el marco de la relación de consumo entre el BCP y el Señor Flores no se ha configurado ninguna garantía legal que limite la compensación bancaria y que la cláusula en el contrato de la Cuenta de Depósitos – Pensión del BCP, sí configura como una garantía expresa en las expectativas del Señor Flores, mediante la cual se estableció la posibilidad de la compensación en el supuesto de impago de alguno de los productos activos del consumidor. Con lo cual, en el presente caso el BCP ha cumplido con el deber de idoneidad en la relación de consumo.
9. En el expediente existió un cuestionamiento constante en cuánto a la aplicación del principio de confianza legítima. Ello se evidenció en el primer recurso de revisión sobre el que se discutió los límites de su aplicación en consideración con el principio pro-consumidor, y en el segundo recurso de revisión en el que existía la duda de su aplicación como factor atenuante en la graduación de la sanción o como eximente de responsabilidad del administrado.
10. En cuanto a la aplicación del principio de confianza legítima en el caso en concreto, se demostró que existió una expectativa legítima del BCP basada en pronunciamientos emitidos por la misma Sala que señalaban como permitida la compensación bancaria sobre cuentas de depósitos que reciben remuneraciones o pensiones. En ese sentido, el cambio en el criterio jurisprudencial exige contar con una justificación razonable y no arbitraria. En el informe concluí que la Comisión no cumplió con dicha condición según los motivos que se exponen a continuación:

- a. Pretendió utilizar como límite del principio de confianza jurídica al principio pro-consumidor para establecer un cambio de criterio sobre los límites de la compensación bancaria, pero no señaló la argumentación para dicho cambio.
 - b. Además, el principio pro-consumidor expresamente señala que versará a favor del consumidor cuando exista i) *duda insalvable en el sentido de las normas o ii) cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación* (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010).
 - i. Sobre el primer ítem, se concluyó que no existe duda insalvable en la determinación de cuáles son los límites de la compensación bancaria que debe aplicarse sí o sí. Para una interpretación por supletoriedad o para la integración de las normas por analogía se requiere que se realice de manera restrictiva, al estar en el supuesto de normas que establecen prohibiciones.
 - ii. Sobre el segundo ítem, la cláusula general del contrato que establece la compensación bancaria no puede ser interpretada en base a una garantía legal porque ella no es aplicable en el presente caso según se expuso en el problema 1 y 2 del presente informe.
11. Finalmente, el principio de confianza legítima corresponde a un eximente de responsabilidad de acuerdo con el numeral 2 del artículo VI del Título Preliminar de la LPAG vigente al momento de la realización del caso. Con lo cual, no es coherente con el Derecho su aplicación como un factor atenuante en la graduación de la sanción.

RECOMENDACIONES

Si bien la controversia presentada ha finalizado en el fuero administrativo, como se ha podido visibilizar en el informe jurídico, aún se mantiene vigente esta problemática de compensaciones bancarias sobre cuentas que reciben remuneraciones o pensiones en nuestra sociedad. Es preocupante la falta de un criterio uniforme por parte de la Sala de Protección al Consumidor en el sentido que no permite establecer seguridad jurídica y confianza para el efectivo desarrollo económico.

En base a la necesidad de terminar con la problemática planteada, en el 2023 el Congreso de la República del Perú (2023) presentó el Proyecto de Ley No. 4939/2022-CR que *“propone establecer límites a la compensación en las cuentas donde se deposita la remuneración de los consumidores de servicios financieros, a fin de proteger sus necesidades básicas y de su familia.”* La propuesta normativa consiste en incorporar el artículo 87-A en el Código de Protección al Consumidor en dónde se disponga claramente que *“la compensación referida a cuentas en las que se deposite la remuneración del consumidor de servicios financieros no procede cuando dicho monto no exceda las 5 Unidades de Referencia Procesal (URP)”* (Congreso de la República del Perú, 2023).

A lo largo del presente informe se ha podido argumentar como esta prohibición absoluta no se encuentra de acuerdo con el Derecho y a la vez expone al consumidor a consecuencias negativas a largo plazo como la carencia de la oferta crediticia, aumento de las tasas del interés compensatorio de sus financiamientos e incluso la reducción del valor real de su remuneración en el mercado. Con lo cual, como propuesta de modificación regulatoria que permita la claridad en el sistema bancario sugiero que se incorpore una descripción taxativa de aquellos activos excluidos del derecho de compensación en el artículo 132 de la Ley de Bancos.

En particular, considero que no es necesario señalar la limitación de la remuneración en la lista propuesta, en el sentido que implica una afectación a la libre disposición del trabajador sobre su remuneración y dicha condición no se encuentra justificada para una aplicación general al íntegro de los consumidores financieros. Sin embargo, la lista o el desarrollo del concepto de aquellos *“activos excluidos legalmente”* del derecho de compensación bancaria permitiría terminar con la interpretación extensiva de prohibiciones a la compensación bancaria, la cual no considera la naturaleza de protección al ahorrista que persigue.

De la misma forma, como una recomendación adicional para la convicción en la aceptación de la cláusula de compensación en los contratos por adhesión bancarios; serviría en gran manera que su exposición se realice de manera notoria en el discurso de venta del producto, así como con una exposición visual diferencial en los contratos. De modo que se permita encontrar dicha cláusula de forma más rápida y así evite el cuestionamiento del consumidor financiero sobre su falta de negociación y conocimiento de esta al momento de la contratación o de forma posterior a esta. Solo a manera de precisión, esta recomendación no va dirigida a una aceptación específica y expresa distinta a la otorgada en el contrato de consumo bancario; por el contrario, propone que se realice una exposición mayor dentro de las obligaciones y derechos del contrato con la finalidad de reducir reclamos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Bermúdez Soto, J. (2005). *El Principio de Confianza Legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria*. Santiago de Chile: Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004
2. Bullard Gonzáles, A. (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10*, 14-16.
3. Casación No. 11823 – 2015, Casación No. 11823 – 2015 (Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente 4 de mayo de 2017).
4. Casación No. 2510 - 2016, Casación No. 2510 - 2016 (Corte Suprema de Justicia de Lima 9 de mayo de 2016).
5. Castellares Aguilar, R. (2010). *El derecho de compensación de los bancos y la inembargabilidad de las remuneraciones*. Lima: Gaceta Jurídica.
6. Castillo Blanco, F. (1998). *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. España: Marcial Pons.
7. Cavero Safra, E. (2016). ¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorcionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano. *Ius Et Veritas*(53), 34-47. doi:<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.002>
8. Código Civil. (14 de Noviembre de 1984). *Decreto Legislativo No. 295*. Perú.
9. Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2010). *Ley 29571*.
10. Código Procesal Civil. (22 de abril de 1993). *Resolución Ministerial N° 010-93-JUS*. Obtenido de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682685>
11. Congreso de la República del Perú. (10 de mayo de 2023). Proyecto de Ley No. 4939/2022-CR. Lima, Perú. Obtenido de <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/OTk1OTk=/pdf/PL0493920230510>
12. Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993).

13. Danós Ordoñez, J. (1999). *Comentarios al proyecto de la nueva ley de normas generales de procedimientos administrativos*. Lima: THEMIS. Revista de Derecho. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10435>
14. De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El Contrato en General* (Vol. 1). Lima: Palestra Editores.
15. Espinoza Espinoza, J. (2007). Los derechos de los consumidores frente a la responsabilidad objetiva de los proveedores. *Dialógo con la Jurisprudencia*, 343-355.
16. Expediente 00016-2002-AI, Expediente 00016-2002-AI (Tribunal Constitucional 30 de abril de 2003).
17. Expediente N° 03453-2003- AA/TC, Expediente N° 03453-2003- AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de febrero de 2005).
18. Expediente No. 03891- 2011-PA/TC, Expediente No. 03891- 2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de enero de 2012).
19. Expediente Nro. 3235-2012, Expediente Nro. 3235-2012 (Corte Superior de Justicia de Lima 9 de abril de 2019).
20. Ezcurra Rivero, H., & Valencia - Dongo, A. (2011). ¿Es posible que la Compensación Bancaria en cuentas de haberes? ¿Quién gana y quién pierde con la decisión de Indecopi? *Revista de Derecho Administrativo*(10), 51-56. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13676>
21. Fuentes Chávez, R. A. (2010). El deber de informar y el deber de idoneidad. *Diálogo con la jurisprudencia*, 353-370.
22. Gómez Ramos, C. A. (2020). Sobre gorilas, compensaciones, cegueras y salarios: por qué el banco si puede disponer de mi cuenta de remuneraciones. *THEMIS Revista De Derecho*(78), 443-456. doi:<https://doi.org/10.18800/themis.202002.023>
23. Herreros, M. (2003). Relación Jurídica y situación jurídica. *Boletín Jurídico de la Universidad Europea de Madrid*(158), 6.
24. INDECOPI. (2013). Expediente No. 118-2013/ILN-PS0. Lima.
25. Ledesma Narváez , M. (2012). Compensación y Bienes inembargables: Más vale tarde que nunca. *Diálogo con la Jurisprudencia* , 79-85.

26. Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros. (21 de julio de 2005). *Ley No. 28587*. Perú.
27. Ley del Procedimiento Administrativo General. (25 de enero de 2001). Lima.
28. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. (09 de diciembre de 1996). *Ley No. 26702* . Perú.
29. Llewellyn, D. (1999). The Economic Rationale for Financial Regulation. *Occasional Papers in Financial Regulation. Financial Services Authority*, 13.
30. López Rodó, L. (1994). *Procedimiento administrativo*. (J. d. Galicia, Ed.) España.
31. Maraví Contreras, A. (2013). Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil*, 31-40.
32. Morón Urbina, J. (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General* (Novena ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
33. Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* (14va ed., Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
34. Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* (14va ed., Vol. II). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
35. Osterling Parodi, F. (Junio de 2012). *¿Cómo opera la compensación en el Derecho Civil Comparado?* Obtenido de Osterling Abogados: <https://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Como%20opera%20la%20compensacion.pdf>
36. Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2002). *Estudio Castillo Freyre*. Obtenido de http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clases_de_compensacion.pdf
37. Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2014). *Tratado de Derecho de las Obligaciones* (2da. ed ed., Vol. IV). Lima: ECB ediciones, Thomson Reuters.
38. Reglamento de Gestión y Conducta de Mercado del Sistema Financiero. (21 de agosto de 2017). *Resolución SBS No. 3274-2017*. Perú.
39. Resolución Final No. 0091-2021/CC1, Expediente N° 37-2020/CC1 (Comisión de Protección al Consumidor No. 1 15 de enero de 2021).

40. Resolución Final No. 0186-2022/CC1, Expediente No. 1300-2021/CC1 (Comisión de Protección al Consumidor No.1 26 de enero de 2022).
41. Resolución Final No. 0409-2021/CC1, Expediente 1444-2020/PS2 (Comisión de Protección al Consumidor No. 1 17 de febrero de 2021).
42. Resolución N° 0078-2012/SC2-INDECOPI (Sala Especializada de Protección al Consumidor 11 de enero de 2012).
43. Resolución No. 0199-2010/SC2-INDECOPI, Expediente 270-2008/CPC (Sala de Defensa de la Competencia N° 2 29 de enero de 2010).
44. Resolución No. 1706-2014/SPC-INDECOPI, EXPEDIENTE 028-2013/CPC-INDECOPI-SAM (Sala Especializada en Protección al Consumidor 27 de mayo de 2014).
45. Resolución No. 2321-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 98-2010CPC-INDECOPI-LAM (Sala de Defensa de la Competencia N° 2 1 de Septiembre de 2011).
46. Resolución No. 3092-2013/SPC-INDECOPI, Expediente 118-2013/ILN-PSO (Sala Especializada en Protección al Consumidor 18 de Noviembre de 2013). Recuperado el 31 de Julio de 2023
47. Resolución No. 3441-2017/SPC- INDECOPI, Expediente 1468-2010/CPC (Sala Especializada en Protección al Consumidor 11 de diciembre de 2017).
48. Resolución No. 3448-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 067-2010/CPC-INDECOPI-ICA (Sala de Defensa de la Competencia N° 2 15 de diciembre de 2011). Recuperado el junio de 2023
49. Resolución No. 4036-2014/SPC-INDECOPI, Expediente No. 118-2013/ILN-PSO (Sala Especializada de Protección al Consumidor 25 de noviembre de 2014).
50. Rodríguez García, G. M. (2014). El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. *Themis. Revista de Derecho*(65), 303-314. Recuperado el 30 de Octubre de 2023, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10876>

51. Rubio Correa, M. (1997). *Estudio de la constitución política de 1993. Tomo II*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
52. Rubio Correa, M. A. (2020). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho* (Duodécima edición ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
53. Ruiloba Morante, A. (2007). ¿Por qué se regula la actividad bancaria? *IUS ET VERITAS*, 17(35), 266-285. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12295>
54. Sentencia No. 670/2021, Expediente 01796-2020-PA/TC (Tribunal Constitucional 1 de julio de 2021).
55. Stucchi López Raygada, P., Bezada Alencastre, J. A., & García Tipismana, O. M. (2021). *Manual de Derecho del Consumo Aplicado a los Servicios Bancarios*. Lima: Palestra Editores.
56. Texto Unico Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. (1 de marzo de 1997). *Decreto Supremo No. 001-97-TR*. Perú.
57. Tirado Barrera, J. A. (2021). *Protección del Consumidor*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 9 de Agosto de 2023