

SOBRE GORILAS, COMPENSACIONES, CEGUERAS Y SALARIOS: ¿POR QUÉ EL BANCO SÍ PUEDE DISPONER DE MI CUENTA DE REMUNERACIONES?

ABOUT GORILLAS, COMPENSATIONS, BLINDNESS AND SALARIES: WHY THE BANK CAN MAKE USE OF MY COMPENSATION ACCOUNT?

Carlos Andrés Gómez Ramos*

Ex miembro de THĒMIS

Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

In Peru, there is no clear and uniform criteria to solve cases regarding charges made by financial institutions to customers' compensation accounts as a means of compensation for debts incurred by the user. In the last ten years, different instances from the Indecopi and Supreme Court have issued contradictory rulings, evidencing a lack of consensus about the legality or illegality of said charges.

Faced with this reality, the author wishes to show how the fixation on certain aspects of these cases have made jurists develop inattentive blindness, which lead them to base their reasoning on false premises. With this article, the author hopes to correct this mistake. In order to achieve this, he analyzes what is the duty of care, the difference between the concept of compensation and automatic debit, and, finally, the real disposable nature of remunerations. Thus, he highlights the aspects associated with charges made by financial institutions to customers' accounts that are usually overlooked by the courts.

KEYWORDS: *inattentive blindness; duty of care; compensation; automatic debit; remunerations; Indecopi.*

En el Perú, no existe un criterio claro y uniforme para resolver las controversias sobre cobros efectuados por parte de empresas del sistema financiero a las cuentas de remuneraciones de sus usuarios como medio de compensación por deudas. En los últimos diez años, distintas instancias del Indecopi y de la Corte Suprema de Justicia han emitido fallos contradictorios, evidenciando una falta de consenso sobre la legalidad o no de estos cobros.

Frente a este panorama, el autor plantea retratar cómo la fijación de los juristas en ciertos aspectos de estas controversias les ha generado una ceguera por inatención que los conduce a tomar como punto de partida premisas erróneas. El autor busca rectificar dicha equivocación. Para ello, analiza qué es el deber de idoneidad, la diferencia entre el concepto de compensación y de débito automático y, finalmente, el real carácter disponible de la remuneración. De este modo, trae a la luz los elementos asociados a los cobros efectuados por las instituciones del sistema financiero sobre las cuentas de los usuarios que las instituciones antes mencionadas ignoran.

PALABRAS CLAVE: *ceguera por inatención; deber de idoneidad; compensación; débito automático; remuneraciones; Indecopi.*

* Abogado. Asociado de las áreas Financiera y Corporativo/M&A del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: carlosandres.gomez@ppulegal.com

El autor agradece a Amaranta Chuquihuara y Mateo La Torre por su apoyo durante la elaboración del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 3 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 24 de septiembre de 2020.

"[...] attention plays a critical role in perception and in representation. Without attention, we often do not see unanticipated events, and even with attention, we cannot encode and retain all the details of what we see".

DANIEL SIMONS & CHRISTOPHER CHABRIS

I. INTRODUCCIÓN

En 1999, Daniel Simons y Christopher Chabris, profesores del departamento de psicología de la Universidad de Harvard, publicaron un estudio en el cual ahondaban en las hipótesis de investigaciones desarrolladas en décadas previas respecto de los efectos de la atención selectiva sobre la posibilidad de percibir la ocurrencia de eventos inesperados según estos se van desarrollando. Así, Simons y Chabris sometieron a ciento noventa y dos personas a una prueba que consistía en observar un video de setenta y cinco segundos en el cual dos equipos compuestos por tres personas cada uno, unos vestidos de blanco y otros de negro, se pasaban dos pelotas de básquet (una pelota por equipo). Se le solicitó a cada sujeto sometido a la prueba contar la cantidad de pases que realizaban los integrantes del equipo blanco.

Lo interesante de la prueba ocurría cuando, pasados varios segundos, una persona cubierta en un disfraz de gorila ingresaba en la escena caminando, se detenía en el medio, volteaba hacia la cámara, se golpeaba el pecho tres veces y luego continuaba caminando, retirándose de la escena.

Una vez finalizado el video se les preguntó a los observadores cuántos pases habían completado los integrantes del equipo blanco, a lo que la mayoría respondió correctamente, o muy próximo al número real. Sin embargo, cuando se les preguntó si habían visto al gorila, cerca de la mitad desconoció notarlo en lo absoluto. Un acontecimiento que era tan evidente y fuera de lo ordinario había pasado absolutamente desapercibido para la mitad de los observadores.

¿Qué significaba esto? Una de las principales conclusiones a las que arribaron Simons y Chabris es que el someter a los sujetos a una prueba con un objetivo determinado (contar la cantidad de pases) los forzaba a concentrarse en la meta planteada colgando toda su atención en la trayectoria de la pelota de básquet y en los pases completados. Este nivel de atención, irónicamente, conllevaba a lo que es referido como *inattention blindness* o ceguera por inatención. Esto quería decir que al poner su atención en una sola cosa los sujetos se tornaban ciegos respecto al resto de eventos, por más extraordinarios o irreverentes que estos pudieran ser.

No es difícil reconocer este tipo de ceguera en muchos de los acontecimientos que toman lugar en nuestra vida cotidiana, todo lo contrario. Con demasiada frecuencia nuestro foco en una tarea, un problema o un objetivo nos inhibe de percatarnos de los otros factores, elementos o condiciones que pudieran estar influenciando esa misma tarea, problema u objetivo.

El fenómeno analizado por Simons y Chabris en 1999 es lo que a mi parecer ha ocurrido en la controversia que ha rodeado durante los últimos años a la facultad de compensación por parte de las empresas del sistema financiero ejercida respecto de las deudas de los usuarios con cargo a los fondos mantenidos en su cuenta de haberes¹.

Durante los últimos diez años hemos sido testigos de un gran número de pronunciamientos, entre fallos de las distintas instancias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) e inclusive sentencias de la Corte Suprema de Justicia, los cuales no solo han carecido de un criterio uniforme y una consistencia clara, sino que —por el contrario— en ocasiones han llegado a ser contradictorios².

Aun teniendo en cuenta que cada caso puede traer consigo matices especiales y condiciones particulares, parece difícil explicar el *impasse* que surge al pretender dotar de relativa predictibilidad al

¹ Nótese que, si bien con frecuencia se habla de cuenta de haberes o denominaciones similares, a la fecha esta distinción no responde a más que una nomenclatura comercial que no conlleva una condición legal especial siendo que se trata de una cuenta bancaria ordinaria que posee la particularidad de ser consignada por el trabajador frente a su empleador como la cuenta en la cual deberá ser abonado su sueldo.

² Véase (por enumerar algunos): la Resolución 2984-2010/CPC en la cual la Comisión de Protección al Consumidor declara fundada la denuncia planteada en contra del Banco de la Nación por infracción al Deber de Idoneidad originada por los cobros efectuados por el banco con cargo a la cuenta de haberes del denunciante (postura similar a la desarrollada en la Resolución 0199-2010/SC1-INDECOPI).

Por otro lado, se tienen resoluciones a favor de la autonomía de la voluntad como la Resolución 3449-2011/SC2-INDECOPI, por medio de la cual algunos vocales reconocen la validez de la disposición de un banco de los recursos de un usuario siempre que se cuente con su previo consentimiento del mismo (postura que guarda semejanza con lo desarrollado meses previos en la Resolución 3448-2011/SC2).

criterio aplicado por el Indecopi cuando resuelve controversias originadas por cobros **ilegales** efectuados por instituciones del sistema financiero, en aquellos casos en que el débito automático como medio de pago ha sido expresamente pactado por los usuarios.

Es así que el propósito de este artículo es retratar cómo es que una aparente fijación en analizar (i) la idoneidad de la compensación como instrumento empleado por las entidades del sistema financiero para asegurar el efectivo y oportuno pago de las deudas contraídas por los usuarios y, (ii) la naturaleza inembargable de la remuneración afectada por dichos cobros, ha generado una ceguera por inatención y ha conducido —una y otra vez— a los juristas a partir de premisas erróneas. Pues como quedará explicado y demostrado en las siguientes líneas: (i) no se trata de un caso de compensación; (ii) no corresponde traer a colación la inembargabilidad de la remuneración; y, (iii) inembargable no es sinónimo de intangible.

Para llegar de manera indefectible a los resultados antes expuestos analizaremos: (i) qué es el deber de idoneidad, específicamente en lo referente a la garantía legal; (ii) la diferencia entre el concepto de compensación y de débito automático, así como la presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión; y, finalmente, (iii) el real carácter disponible de la remuneración.

Una vez culminado este análisis concluiremos que bajo ningún entendido ni argumento, podría llegar a concebirse los cobros efectuados por las entidades del sistema financiero con cargo a las cuentas de los usuarios (sea que se trate de una cuenta de haberes o no) como una infracción al deber de idoneidad cuando los mismos son el resultado de los acuerdos convenidos de manera expresa, libre y voluntaria por los mismos usuarios.

II. RESPECTO AL DEBER DE IDONEIDAD

A. Una breve introducción

El deber de idoneidad consiste en la correspondencia entre lo que un consumidor razonable-

mente espera y lo que efectivamente recibe. Para esto se debe tomar en consideración la totalidad de factores que pudieran influir en la expectativa del consumidor, desde lo que se le hubiera ofrecido verbalmente, la información proporcionada, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza inherente del producto o servicio, el precio, entre otros.

Así, deberá considerarse no solo las condiciones expresamente pactadas entre las partes, sino también las condiciones particulares que circundan el acto de consumo. Como parte de estas condiciones pueden hallarse la posición del proveedor en el mercado, la asimetría informativa, la confianza formada en el consumidor, el marco normativo vigente al momento de la contratación, etc³.

Con los distintos fallos asociados a este tema, y el desarrollo de la doctrina, estas condiciones han sido esclarecidas y clasificadas en tres tipos —o niveles— de garantías: legales, explícitas e implícitas. Pese a que esta clasificación no fue recogida oficialmente en la legislación peruana hasta la promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en agosto del 2010, su presencia en los pronunciamientos de las distintas instancias del Indecopi había logrado consolidarla desde años antes como un aspecto fundamental en el análisis de idoneidad.

De esta manera, mediante la combinación de los factores esbozados en el presente acápite es posible construir un modelo de producto o servicio idóneo, lo que se conoce como el modelo de referencia de idoneidad. Este modelo deberá ser tomado como referente y punto de comparación al momento de analizar el producto o servicio efectivamente proporcionado.

Por lo tanto, si bien la idoneidad de un bien o servicio debe ser inicialmente analizada en abstracto (es decir, considerando lo que normalmente esperaría un consumidor razonable⁴), debe formar parte del análisis la consideración de las garantías arriba esbozadas.

Siendo que el objeto del presente artículo es esclarecer la legalidad en los cobros efectuados por las

A su vez, existen casos más engorrosos como la Casación 11823-2015, en virtud de la cual la Corte Suprema se pronuncia respecto a la intangibilidad (hasta cierto límite) de la remuneración respaldando el fallo contenido en la Resolución 2321-2011/SC2-INDECOPI, el cual había sido desafiado por la entidad del sistema financiero que había sido materia de sanción como consecuencia del mismo (criterio que sería replicado años más tarde en la Resolución 3441-2017/SPC-INDECOPI).

³ Sobre este tema, por ejemplo, Gustavo Rodríguez García, en su ensayo “Publicidad e Información para el Consumo”, analiza y diferencia dos tipos de publicidad, la que tiene un propósito netamente persuasivo y aquella que “cumple un rol esencialmente informativo” (2011, p. 291), pues esta última puede llegar a generar expectativas tutelables en la cabeza de los consumidores.

⁴ Pese a que el estándar de razonabilidad exigible a los consumidores sigue discutiéndose entre un estándar medio y un estándar más elevado, como es el de un consumidor razonable, para efectos del presente artículo nos adscribimos a un

instituciones del sistema financiero, corresponde centrar al mismo en la garantía legal, la cual radica en la correspondencia entre un bien o servicio y la legislación aplicable al contexto determinado. En este sentido, la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía constituiría una transgresión a la idoneidad de estos, pues resulta fundamental para el consumidor que los bienes y servicios ofrecidos sean legalmente idóneos, no admitiéndose pacto en contrario.

Esto adquiere particular relevancia en el ámbito de una relación de consumo de naturaleza financiera pues, en el entendido de que los consumidores suelen ser particulares ordinarios que no poseen un conocimiento especializado respecto a los agentes y las operaciones del sector financiero, la típica asimetría existente entre la información manejada por el proveedor y el consumidor se acentúa. En este contexto podría, válidamente, concluirse que la garantía legal, la regulación y la tutela que se le proporcionan al consumidor deben verse proporcionalmente acentuadas con la finalidad de compensar este desequilibrio y acortar la distancia, equilibrando el terreno sobre el cual actúan el proveedor y el consumidor.

En esta línea, Jorge Eduardo Vilela Carvajal considera que existe una relación intrínseca entre el Derecho Bancario y el Derecho de Protección al Consumidor, la cual justifica la promulgación de la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, Ley 28587 (2009, p. 100). Según explica Vilela Carvajal, este fenómeno tiene su origen en la concepción del consumidor como el destino de toda actividad económica (2009, p. 100), lo cual se refleja en pronunciamientos como la sentencia emitida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en donde el Tribunal Constitucional expone que

el consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servi-

cios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado (2003, fundamento 28).

Es esta, precisamente, la postura que adopta la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), que parte de la premisa de que el poder de negociación con las instituciones financieras que poseen los consumidores es reducido y, en ocasiones, nulo. Ello, dadas las asimetrías de información que caracterizan a los servicios financieros siendo, precisamente, dicha asimetría la que justifica la intervención de un organismo del gobierno central que entre a ejercer el poder de negociación en nombre de los consumidores. Ante los ojos de la SBS, ello se logra a través de la reglamentación y la supervisión (2010).

B. ¿Compensación o débito automático? Sobre la garantía legal

1. La compensación civil y la compensación bancaria

Respecto a la garantía en su ámbito legal, con frecuencia se ha concebido que lo que toma lugar entre el consumidor (deudor) y el banco (acreedor) cuando este último procede a disponer de los recursos en la cuenta del primero es un supuesto de compensación. Aquí habría que hacer la distinción entre lo que es concebido como una compensación civil –según está regulada en nuestro Código Civil⁵– de lo que constituye una compensación bancaria, pues pese a que ambos pudieran resultar relevantes en el supuesto materia de análisis, responden a escenarios distintos.

En el primer caso, tal como lo retrata el Código Civil, para que proceda su aplicación, deben confluir obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. Un primer aspecto que da lugar a discusión –y que suele ser interpretado de manera errónea– es la existencia de obligaciones recíprocas entre el banco y el usuario. Esto quiere decir que tanto el banco como el usuario deben poseer, simultáneamente, la calidad de acreedor y deudor.

Al gatillarse un evento de incumplimiento por falta de pago, el usuario pasa a ser deudor del banco siendo este último acreedor del primero. Sin embargo, la misma situación no se presenta respecto

estándar mínimo de razonabilidad (y diligencia) que se le debe demandar a los usuarios para hacerlos receptores de tutela jurídica. Pues, de lo contrario, no se alcanzaría una verdadera eficiencia del sistema. Ello va en contra de opiniones como la de Julio Durand Carrión, quien considera que de adoptarse este estándar se dejaría desprotegidos a los ciudadanos de a pie (2008).

⁵ 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 (Código Civil, 1984).

del cliente frente a la institución financiera. Si bien el banco tiene la posesión de un bien del usuario (siendo este bien el dinero que mantiene en sus cuentas), esto no equivale a afirmar que el banco mantiene una deuda en favor del cliente y, por lo tanto, este último no es acreedor del primero⁶. En este sentido, nos adscribimos al desarrollo dado por Castillo Freyre y Osterling al explicar que esta reciprocidad radica, precisamente, en que haya una identidad de sujetos e identidad de créditos para que proceda la compensación (2013).

Si bien la doctrina suele vincular al depósito bancario tanto con los contratos de depósito⁷ como con los de comodato⁸, considero que el Código Civil proporciona una cualidad adicional al contrato de depósito que lo acerca de manera inequívoca a un típico depósito bancario al disponer que los bienes materia de depósito puedan ser devueltos “con sus accesorios, frutos y rentas” (Código Civil, 1984, art. 1837)⁹. De esta forma, el tratamiento ofrecido por nuestra regulación a este tipo de acuerdos guarda estrecha relación con el contrato de depósito español en virtud del cual “el Banco recibe de sus clientes sumas de dinero, cuya propiedad adquiere, comprometiéndose a restituir otro tanto en la misma moneda y en la forma pactada” (Martínez Sanz & Broseta Pont, 2013, p. 268), con la salvedad que el contrato de depósito local no concibe una transferencia de propiedad; sino una suerte de encargo o custodia, pudiendo resultar en un incremento para el otorgante del bien depositado en la forma de frutos y/o rentas.

Sin perjuicio de por cuál alternativa nos inclinemos, ya sea por el depósito o el comodato –o inclusive si pretendiésemos defender que se trata de un contrato de depósito atípico que supone la transferencia de propiedad (tal como se le trata bajo la regulación española)–, en uno u otro caso, podemos coincidir en que no cabría sostener que la relación mantenida entre un banco y su depositante convierte al primero en un deudor del último. Por lo que, como se mencionó previamente, no existirían relaciones recíprocas y no resultaría

aplicable la figura de la compensación tal cual esta se encuentra regulada en el Código Civil.

Ahora bien, el legislador ha optado por regular a la compensación bancaria desde una óptica distinta, estipulando de manera específica en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS, que el derecho de compensación es ejercido por la institución financiera entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder. De esta forma, se habilita a las entidades bancarias –manteniendo la misma denominación– a aplicar la compensación a un supuesto de hecho estructuralmente distinto (1996, art. 132.11). Esta diferencia fundamental entre la compensación civil y la compensación bancaria es reconocida de manera expresa por Castillo Freyre y Osterling quienes sentencian:

Es preciso hacer hincapié en que la reciprocidad de las obligaciones es necesaria para que opere la compensación convencional de las deudas mutuas, ya que nada impediría que más de dos partes (compensación plurilateral) acuerden compensar deudas que no sean recíprocas, como ocurre en las cámaras de compensación bancarias (2002, p. 8).

La acotación que hacen estos autores no es menor, pues esclarece cualquier confusión respecto a dos figuras que, aunque mantienen la misma denominación, responden a escenarios considerablemente disímiles. Por tanto, la compensación bancaria debe ser divorciada en su totalidad de la compensación bajo el artículo 1288 del Código Civil.

De este desarrollo parecería claro que si fuéramos a concebir en términos legales los cobros realizados por los bancos sobre las cuentas de los usuarios en dichas instituciones –por la naturaleza y manifestación de dichos cobros– hablaríamos de una compensación bancaria. Ello dota a dichos cobros de la legalidad requerida para hablar del cumplimiento con la garantía legal del servicio ofrecido por el banco a los consumidores financieros. Sin embargo, como pasaremos a exponer, este tam-

⁶ Respecto a la reciprocidad en la compensación, Castillo Freyre y Osterling son categóricos al señalar que “la reciprocidad versa, precisamente, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos) acreedor y deudor del otro” (2013, p. 3).

⁷ Artículo 1814.- Depósito Voluntario

Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante (Código Civil, 1984).

⁸ Artículo 1728.- Definición

Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (Código Civil, 1984).

⁹ Artículo 1837.- Estado del bien a la devolución

El depositario debe devolver el mismo bien recibido, en el estado en que se halle al momento de su restitución, con sus accesorios, frutos y rentas (Código Civil, 1984).

co es el caso. Si bien los cargos sobre las cuentas bancarias de los clientes gozan de absoluto respaldo y fundamento legal, el mismo no se origina de la compensación bancaria, sino de la libertad contractual reflejada en el acuerdo de voluntades entre banco y cliente traducida en el débito automático o cargo a cuenta.

2. Del débito automático

Aun cuando con frecuencia el Indecopi ha recurrido a la compensación bancaria para hallar respaldo legal, justificando la legitimidad de los cobros efectuados por los bancos sobre los recursos mantenidos por los ahorristas en sus cuentas; en la mayoría de los casos, no se trata de un caso de compensación bancaria. Por el contrario, nos encontramos frente a un simple débito automático pactado contractualmente como medio de pago, cuyos márgenes legales alcanzan hasta donde llegue la libre autonomía de la voluntad, siempre que no se contravenga normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Para tener un mejor entendimiento de esto es necesario comprender la naturaleza detrás de muchos de estos cobros que equivocadamente suelen ser atribuidos a la compensación.

Por un lado, la compensación bancaria busca remediar una situación de incumplimiento al habilitar al banco a efectuar un cobro fundamentado en una acreencia impaga, de forma tal que se cumpla con el pago adeudado. Dicho de otra forma, se parte de una situación de *default*, la misma que se ve remediada mediante la compensación.

Por otro lado, el débito automático es un recurso frecuentemente empleado por las empresas del sistema financiero a fin de que los usuarios cumplan con sus obligaciones de pago sin que se llegue a configurar un escenario de incumplimiento. Precisamente, lo que el acuerdo contractual de débito busca perseguir es el cumplimiento oportuno de las obligaciones de pago de los usuarios¹⁰.

Si bien ambos instrumentos constituyen medios de cobranza, para que una institución bancaria pueda hacer uso de la compensación, el deudor debe hallarse en una situación de incumplimiento; mientras que dicho presupuesto no se da en el caso de un débito automático.

A esto habría que sumarle que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS dispone la facultad de compensación de las empresas del sistema financiero como una medida de mitigación del riesgo del ahorrista a discrecionalidad de la entidad bancaria, no como una manifestación de la voluntad del ahorrista ni como una expresión de la facultad de disposición que este posee sobre sus propios bienes.

El débito automático, lejos de ser el resultado de un incumplimiento del usuario, es el recurso pactado para cubrir a cabalidad con sus obligaciones. De esta manera, se sustenta en principios esenciales e inherentes a nuestro sistema comercial como son la libertad de contratación y la libre autonomía de la voluntad. Por lo tanto, las garantías legales deben ajustarse al tipo de regulaciones contractuales aplicables a pactos de cobranza mediante débito automático¹¹. Incluso, mediante Informe 876-2011-LEG la SBS se ha pronunciado en el mismo sentido, reconociendo que lo que toma lugar entre los bancos y los usuarios en estos casos no es un acto unilateral—propio a un caso de compensación bancaria—, sino una instrucción expresa del titular de la cuenta.

Ahora, una evidente objeción en contra de este medio de cobranza es su potencial invalidez por tratarse del resultado de una cláusula abusiva contenida en un contrato por adhesión.

3. De los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas

Específicamente respecto a los contratos por adhesión como tales, el Código Civil los reconoce

¹⁰ Sobre este extremo, compartimos la opinión expresada por Hugo Gómez mediante voto singular en la Resolución 2984-2010/CPC, en la cual se pronunció a favor del reconocimiento del débito automático como el resultado de un acto convencional de cobranza expresando que

[m]uchos consumidores solicitan a sus acreedores (bancos, compañías de seguro, empresas prestadoras de servicios públicos, etc.) que estos hagan cobro de sus acreencias directamente sobre los depósitos que aquéllos tienen en cuentas de ahorros. Los consumidores que quieren ahorrar tiempo [...], evitar pagar intereses moratorios, administrar de manera más fácil sus diferentes deudas, etc., solicitarán el débito automático [...] como forma de extinción de sus obligaciones, permitiendo que su historial crediticio se mantenga positivo [...] (2010, pp. 18-19).

¹¹ Mediante Informe 876-2011-LEG la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP explica cómo es que

del débito se trata de la aplicación de una Instrucción previa del cliente [...] y no de un acto unilateral del Banco, por lo que no sería legalmente admisible considerar que hay una vulneración de los derechos del deudor, que es finalmente quien lo autorizó. [...] el cargo en cuenta es una figura contractual que constituye una práctica usual en el sistema financiero [...]. Este supuesto no constituye una compensación por cuanto no importa la aplicación unilateral del depósito a la acreencia tras su vencimiento, sino que dicho cargo ha sido previamente instruido por el titular de la cuenta [...] (2011, pp. 4-5).

de manera expresa en el artículo 1390, como una modalidad contractual que se configura “cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar” (1984).

Así, este tipo de contratos poseen dos elementos típicos que los distinguen del contrato paritario o discrecional: (i) limitan el contenido del contrato a las estipulaciones fijadas por una de las partes sin participación de la otra; y, (ii) la aceptación íntegra de las estipulaciones planteadas en el contrato determina la celebración del mismo, no cabiendo distinguir entre estipulaciones y oferta, pues no hay parte del contenido que escape a la fijación unilateral (Beltrán, 2003).

Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz desarrollan los conceptos de oferta y aceptación trasladándolos al plano de los contratos por adhesión, expresando lo siguiente:

En suma, nos hallamos frente a un contrato que alcanza a perfeccionarse al aceptar el predisponente la oferta formulada por el adherente y que contiene el texto predispuesto por el primero. [...] El adherente emite con ella su declaración recepticia de voluntad, dirigida a iniciar su formalización definitiva [...] (1985, p. 71).

Bajo los términos descritos, el contrato por adhesión presenta un fenómeno especial, pues pese a preservar los elementos fundamentales de un contrato, como son el acuerdo de voluntades, el consentimiento y las formalidades de ley, el limitado campo de negociación que suele proporcionarle a algunos de los agentes intervinientes ha llevado a que se cuestione la validez de los términos pactados.

Especialmente, en el ámbito financiero, este tipo de contratos representan una práctica habitual por parte de los bancos, la cual permite a las distintas entidades proporcionar a sus clientes contratos plantilla. Estos contienen todos los términos de contratación que han sido aceptados de manera anticipada por los bancos para sus distintas operaciones (préstamos dinerarios, apertura de cuentas y contratación de instrumentos financieros en general).

Respecto a esta transformación que viene experimentando el esquema tradicional del contrato, S. Stiglitz y A. Stiglitz, citando a Díez-Picazo, señalan

que tiene origen en la evolución económica y social, la cual —en consecuencia— genera un tráfico económico cada vez más acelerado dando lugar a un tráfico en masa: “[e]l esquema tradicional del contrato hace tránsito, de esta manera, a los llamados contratos por adhesión, contratos preformulados o contratos con condiciones generales” (1985, p. 45).

En contra de este tipo de acuerdos empieza a ganar tracción la postura que defiende que la “generalización de este tipo de contratos se ha constituido en una grave amenaza para la libertad contractual, uno de los pilares sobre los que descansa el principio de la autonomía privada [...]” (Álvarez Estrada & Herrera Tapias, 2016, p. 167).

Sobre este mismo fenómeno reflexionaba —de manera profética— el jurista americano Friedrich Kessler hace aproximadamente ochenta años en los siguientes términos:

A standardized contract, once its contents have been formulated by a business firm, is used in every bargain dealing with the same product or service. The individuality of the parties which so frequently gave color to the old type contract has disappeared. The stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market. It has reached its greatest perfection in the different types of contracts used on the various exchanges (1943, p. 631)¹².

Similar al voto singular emitido por Hugo Gómez en el marco de la Resolución 2984-2010/CPC, como parte del cual —haciendo alusión a la Sentencia de Amparo del 24 de marzo de 2004 recaída en el Expediente 0858-2003-AA/TV— afirma que “en determinadas cláusulas generales de contratación (y en los contratos por adhesión) no hay en rigor toda la libertad propia de la autonomía privada” (p. 21), Kessler advierte el efecto que los contratos por adhesión podrían generar en cuanto a la pérdida de la individualidad de las partes. Sin embargo, la perspectiva de Hugo Gómez y del Tribunal Constitucional acaba por ser más fatalista al considerar que los contratos por adhesión tienen un defecto fundamental que los hace inminentemente objeto de cuestionamiento y es que, a pesar de su aparente validez como negocios jurídicos configurados a partir de una oferta válida y una aceptación legítima, carecen de los principios más fundamentales como son la libertad contractual y la autonomía de la voluntad.

¹² Un contrato estandarizado, una vez sus contenidos han sido definidos por una empresa financiera, se utiliza en toda negociación que trate del mismo producto o servicio. La individualidad de las partes, que tan frecuentemente daba color al antiguo tipo de contrato, ha desaparecido. El contrato estandarizado de hoy en día refleja la impersonalidad del mercado. Ha alcanzado su mayor perfección en los diferentes tipos de contratos utilizados en las diferentes bolsas [traducción libre].

Este punto guarda una estrecha relación con la posición de los consumidores en el mercado, cuya manifestación de voluntad se considerará válida, en tanto sea ejercida de manera libre, voluntaria e informada. Gómez sostiene que si un consumidor consiente determinadas condiciones contractuales forzado por un contexto determinado y sin posibilidad de negociar los términos de contratación, el negocio jurídico se produce en un ámbito de abuso y podría ser invalidado en su integridad.

Recogiendo esta línea de pensamiento, meses después a la Resolución 2984-2010/CPC sería aprobado el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Este dispone en el artículo 48 que, en el marco de contratos de consumo por adhesión con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con determinados requisitos entre los cuales se encuentra la “buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010, art. 48).

Por su lado, la Directiva 93/133/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas señala que deben entenderse como cláusulas abusivas a aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si llegan a causar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Torres Carrasco, 2001, p. 36).

Como ha sido anunciado en secciones precedentes, si bien el proveedor y el consumidor se encuentran –dentro de un plano formal– en igualdad de condiciones, debido a la disparidad informativa de cada uno respecto a las características del bien o servicio, esta igualdad no se traslada –de la misma manera– a un plano sustancial (Torres Carrasco, 2001, p. 29).

Años después, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante la Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI, señalaría que para determinar el carácter abusivo de una cláusula debían concurrir los siguientes presupuestos: (i) falta de negociación; (ii) verosimilitud en suponer que en el mercado no hay alternativas distintas para los consumidores; y, (iii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor (fundamento 70).

Sobre la falta de negociación, el Tribunal Constitucional afirma que existe una situación de asimetría

y desigualdad que acaba por socavar el ejercicio de la libertad contractual en aquellas situaciones en donde “una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio [...] no habrías aceptado” (Expediente 0858-2003-AA/TC, 2004, fundamento 23), para afirmar que por más que pudiera haber consentimiento en la firma del contrato de allí no se deriva, necesariamente, que todas las cláusulas fueron negociadas.

Sin embargo, coincido con lo expuesto por la SBS al sostener que

el argumento de que los contratos por adhesión no representan un consentimiento libre y voluntario del deudor por cuanto no ha habido negociación [...] restaría seguridad jurídica a todos los contratos que se celebran en el ámbito financiero [...], a los mecanismos contractuales pactados por las partes para la recuperación expeditiva de las acreencias [...] (Informe 876-2011-LEG, 2011, p. 5).

El contrato se configura a través de los elementos de oferta y aceptación. De esta forma, cuando el destinatario de una oferta asociada a un contrato por adhesión toma conocimiento de la misma puede optar por aceptar los términos propuestos o rechazarlos. Si fuéramos a aceptar la línea argumentativa antes expuesta estaríamos cuestionando la validez de todas las cláusulas que son propuestas por una parte y aceptadas por la otra sin formular observación ni objeción alguna. Dicho de otra forma, quedaría desacreditada la oferta y aceptación como fuente de obligaciones en todos los ámbitos, y la institución de los contratos por adhesión en su integridad, socavando la seguridad jurídica que debiera ser inherente a los contratos como fuente de derechos y obligaciones.

En esta materia me adscribo a lo desarrollado por el ya citado Friedrich Kessler, quien sentencia:

There is no contract without assent, but once the objective manifestations of assent are present, their author is bound. A person is supposed to know the contract that he makes. [...] If an offeror does not hear from the offeree about the offer, he is free to make inquiries or to withdraw his offer, but he cannot regard silence as an acceptance. Either party is supposed to look out for his own interests and his own protection (1943, p. 630)¹³.

¹³ No hay contrato sin consentimiento, pero una vez que las manifestaciones objetivas de consentimiento están presentes, su autor queda obligado a ellas. Se supone que una persona debe conocer el contrato que hace [...]. Si un oferente

Postura que es compartida por Cecilia O'Neill en los siguientes términos:

Ahora bien, si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir [...] (2008, p. 859).

Las posturas de Kessler y de O'Neill condensan –duras, como pudieran parecer– con gran elocuencia el problema que hallo en el voto singular de Hugo Gómez, a la vez que dejan en evidencia el origen del defecto en muchos de los fallos tanto a nivel de las instancias del Indecopi: el consumidor no es un idiota.

Mucho se ha dicho a lo largo de los años respecto al concepto de consumidor razonable y lo que se le puede ser o no exigido a un consumidor promedio. Esta discusión podría dar pie a tenores y matices específicos sujetos a las particularidades de cada caso en concreto, siempre bajo la premisa de salvaguardar los intereses del consumidor. Sin embargo, en lo que al estándar de conducta respecta, no considero atrevido afirmar que bajo ningún supuesto podría pretender argumentarse que el ordenamiento deberá desconocer como válida la aceptación manifiesta de condiciones por parte de un consumidor, cuando esta no contravenga ninguna norma imperativa y haya sido expresa, manifiesta e informada.

Un modelo de contrato de préstamo o de apertura cuenta, no es más que eso: un modelo, una propuesta, una oferta. Todos los usuarios gozan de la prerrogativa de aceptar o rechazarla, pues como señala William Prosser: "A mere offer imposes no duty of action upon the offeree; there is no obligation to accept or reject or to take any notice of it"¹⁴ (1935, pp. 44-45).

Aun si nos fuéramos a sujetar a los lineamientos propuestos por el Indecopi, los requisitos para que una cláusula en un contrato por adhesión pueda ser considerada como abusiva se deben dar de manera copulativa. Por lo tanto, aun si aceptáramos que en este tipo de supuestos se cumple con el requisito de la falta de negociación y la verosimilitud en suponer que en el mercado no hay alternativas distintas para los consumidores, no considero que podríamos afirmar que existe una desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor.

Esto último en tanto, 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.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE REMUNERACIÓN

A. Inembargable no intangible

Como queda evidenciado por el artículo 648 del Código Procesal Civil¹⁵, así como por lo dispuesto en el artículo 1290 del Código Civil¹⁶, hay un evidente esfuerzo por parte del legislador en proporcionar una tutela especial a la remuneración.

Al respecto, para efectos del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral: "[...] constituye remuneración para todo efecto legal, el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición" (1997, art. 6).

no tiene noticias del destinatario de la oferta, es libre de hacer preguntas o retirar su oferta, pero no puede considerar el silencio como una aceptación a su oferta. Se supone que cualquiera de las partes debe velar por sus propios intereses y su propia protección [traducción libre].

¹⁴ "Una mera oferta no impone ningún deber de acción al destinatario; no hay obligación de aceptarla o rechazarla o de tomar nota de ella" [traducción libre].

¹⁵ 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 (Código Procesal Civil, 1993).

¹⁶ Artículo 1290.- 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 (Código Civil, 1984).

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional¹⁷, ha determinado tres características que deben concurrir para que un determinado concepto sea calificado como remuneración: (i) representar una ventaja patrimonial; (ii) contraprestación por los servicios proporcionados por el trabajador; y (iii) que sea de su libre disposición.

Es irrefutable que los montos que son abonados en la cuenta que el usuario mantiene en las instituciones del sistema financiero representan una ventaja patrimonial para aquel. Asimismo, parece ser un hecho incontrovertido que los referidos abonos responden a una contraprestación por los servicios proporcionados por el particular a su empleador. El elemento en donde radica la real discusión para decantar si estamos o no ante una remuneración es su libre disposición, siendo fundamental esclarecer si es que las sumas que han sido abonadas en favor del usuario se encuentran libres de cualquier cargo y son de entera disposición del mismo.

En realidad, contrario al argumento que ha sido ocasionalmente esbozado por distintas instancias del Indecopi, la obligación asumida por el usuario en el marco del contrato de préstamo como consecuencia del cual compromete los fondos abonados en su cuenta como recurso de cobro a favor del banco, no menoscaba su capacidad de disposición sobre los mismos. Por el contrario, la reafirma. Es en virtud a la libertad de disposición que este posee sobre su cuenta de haberes que puede obligarse a cubrir su deuda (e incluso la de un tercero) con los fondos de la misma, de ser el caso. Distinto es el caso de conceptos que poseen una condición inherentemente intangible bajo la cual ni siquiera el propio trabajador puede acceder y disponer de los mismos, como es el caso de la Compensación por Tiempo de Servicios.

Así, aun cuando la remuneración abandona la esfera del empleador pasando al patrimonio del empleado, preserva su cualidad remunerativa, la cual se acentúa en virtud de la facultad de disposición que el empleado adquiere sobre los montos que ingresan efectivamente a su cuenta bancaria. Carecería de sentido perjudicar al trabajador restrin-

giendo la libertad de disposición sobre su remuneración por el solo hecho de haber sido abonada en una cuenta bancaria, facultad de la que sí gozaría si recibiera su remuneración por otros medios¹⁸.

En este punto me adscribo al criterio acogido por el Indecopi bajo el Expediente 1472-2010/CPC (que guarda concordancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0691-2004-AA/TC), que sostiene que una remuneración continúa gozando de la misma protección legal aun cuando es depositada en una cuenta de ahorros. Cabe precisar que la tutela de la remuneración frente a la intromisión por parte de terceros a través del embargo o remedios análogos no equivale a referirnos a la intangibilidad de la remuneración, la cual limitaría –inclusive– la facultad de disposición del propio trabajador respecto de su remuneración.

Así pues, si fuéramos a aceptar el carácter inembargable de la remuneración invocado en repetidas oportunidades¹⁹ (el cual lo equipara a la noción de intangible), caeríamos en el peligroso terreno de aceptar una evidente restricción a la libertad de contratación de los agentes del mercado.

Basta efectuar una lectura integral de la legislación laboral y constitucional para terminar por comprender el ánimo por parte de nuestro legislador al estipular la inembargabilidad de la remuneración por debajo del límite legal, optando por tutelarla frente a cualquier intrusión ilegítima por parte del empleador o de cualquier tercero.

Ahora bien, aunque pudiera parecer evidente, aquí es imperativo prestar particular atención a que al hablar de la tutela que la Constitución, el Código Civil y las normas laborales especiales otorgan a la remuneración, nos referimos a una protección frente a fuerzas exógenas. Es decir, medidas impuestas contra la voluntad del trabajador –como es el caso de pronunciamiento judicial de embargo–, mas no en un supuesto de disposición voluntaria de recursos.

El artículo 642 del Código Procesal Civil define al embargo en los siguientes términos:

¹⁷ Véase la Casación 2510-2016, LIMA en dónde se concluye a nivel jurisprudencial 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 (fundamento 14).

¹⁸ Inclusive en el Informe 876-2011-LEG la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP refieren al riesgo sistémico que la atribución de un carácter ilegal al débito automático como medio de cobro consentido por el cliente podría representar, pues a la larga resultaría en un progresivo incremento en la morosidad de la cartera crediticia de los bancos.

¹⁹ Tanto en la Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, como en la 828-2010/SC2-INDECOPI y en la 2984-2010/CPC el Indecopi de una u otra manera ha expresado su oposición a la disposición de recursos en la cuenta de haberes de los usuarios en virtud al carácter inembargable de la remuneración, aun cuando el mismo Indecopi (en la Resolución 2984-2010/CPC) reconoce expresamente que no nos hallamos ante un embargo.

Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presupuesto obligado, aunque se encuentre en posición de terceros, con las reservas que para este supuesto señala la ley (1993).

Es fundamental tener claro que el embargo es un vínculo entre un derecho de crédito del acreedor y un bien o un derecho del deudor en aquellos casos en donde no exista garantía alguna. Así, se recurre a esta medida con el propósito de cautelar una acreencia tal como lo haría una hipoteca. De esta manera, el embargo adopta una función limitadamente cautelar teniendo por finalidad prevenir los actos de disposición que pudiera realizar el deudor, dejando descubierto al acreedor.

De manera accesoria al concepto de embargo es posible identificar al de embargabilidad, entendida como la condición que posee un bien que conlleva a que el mismo pueda ser objeto de embargo. En palabras de Cachón Cárdenas:

[...] las ideas de embargabilidad e inembargabilidad denotan la relación [...] que mediaría entre una determinada cosa, por una parte, y la validez y la eficacia jurídica del embargo, por la otra, en el supuesto de que aquella cosa se convierta en el objeto de la traba (1991, p. 104).

Respecto al caso específico de la inembargabilidad de la remuneración, Marianella Ledesma Narváez expone que nuestro ordenamiento otorga protección legal a preservar un ingreso mínimo para la satisfacción digna de las más elementales necesidades que, en tanto ser humano, se le debe garantizar al deudor: “[e]sa inembargabilidad se sustenta en valores constitucionales, como es el respeto a la dignidad humana fundamento de orden político y de paz social [...]” (2012, p. 80).

Asimismo, en el marco del presente análisis resulta apropiado revisar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de José Salinas Aguilar contra la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote y Banco de Crédito Del Perú (Expediente 0691-2004-AA/TC). La controversia se remonta al momento en el cual Salinas Aguilar encontró bloqueada su cuenta bancaria, tras tratar de hacer efectivo el cobro de sus remuneraciones. Al respecto, la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote había iniciado un procedimiento coactivo por deudas impagas de arbitrios e impuesto predial en contra del Sr. Salinas. Al interior de dicho procedimiento, se dictó una medida cautelar de retención sobre los fondos disponibles en su

cuenta bancaria. Contra dicha acción, el Sr. Salinas interpuso acción de amparo, la cual fue concedida por el Tribunal Constitucional bajo el argumento que se habían vulnerado “sus derechos constitucionales de propiedad (artículo 2, inciso 16) y a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24), al habersele trabado embargo sobre su cuenta de ahorros, en la cual se depositan sus remuneraciones” (2004, fundamento 1).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 11823-2015-Lima, en la cual concluye, entre otras cosas, que:

[...] las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros sueldo, no pierden tal calidad, y por lo tanto, al ser inembargables conforme a lo dispuesto por el artículo 648 numeral 6 del Código Procesal Civil hasta el monto de cinco Unidades de Referencia Procesal (5 URP), se encuentra prohibida su compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290 del Código Civil (fundamento 3.14).

Por lo tanto, el análisis que realizan los distintos organismos jurisdiccionales llegando—inclusive—al Tribunal Constitucional, gozan de un tenor bastante común y unánime respecto a la inembargabilidad de la remuneración, bastando comprobarse la condición remunerativa de las sumas depositadas en una cuenta bancaria para decretar la intangibilidad de la misma por encima del límite legal.

Sin embargo, como se ha expuesto previamente, 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. En este sentido, no es la condición remunerativa del monto dispuesto por el banco un punto que debiera ser materia de discusión, sino—por el contrario—un argumento a favor de la procedencia del cobro mediante débito automático.

En este sentido, Ledesma Narváez sentencia:

[...] 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 forzosamente 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 (2012, p. 82).

Mientras que el embargo de una cuenta sueldo persigue la cobranza forzosa de una acreencia mediante una medida judicial que es dictada de manera independiente a la voluntad del deudor (imposibilitando la libre disposición de su remuneración), el débito automático constituye una libre disposición en sí misma cuya finalidad es la de cumplir voluntariamente y a cabalidad con las obligaciones de pago de cargo del deudor.

Esta distinción no debe ser pasada por alto ni menospreciada en aras de encajar un supuesto de hecho en una regulación expresamente ideada para un escenario distinto, como lo haría la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi en la Resolución 2984-2010/CPC al reconocer que “en el presente caso [...] no se presenta un embargo sobre la cuenta de ahorros del denunciante” (2010, p. 6). Pese a ello, la resolución se aventura a considera que “la facultad contractual de retención que posee el Banco tiene la misma finalidad que el embargo” (2010, p. 7) y “permitir vulnerar el carácter alimentario de la remuneración previsto en la Constitución [...] sería permitir que por vía indirecta el Banco realice unilateralmente lo que un Juez no hubiera ordenado a su pedido” (2010, p. 9).

En el caso descrito se incurre en una clara aplicación analógica *a fortiori* en detrimento del derecho a la libertad de contratación del administrado. Aunque la aplicación analógica de la ley se encuentra proscrita de manera transversal en nuestro ordenamiento, siendo recogida de manera explícita por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, “para todas las entidades de la Administración Pública” (como el Indecopi), al estipular que “solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley [...] sin admitir interpretación extensiva o analógica” (2001, art. 246).

Esto no hace más que reforzar la condición de absoluta legalidad en el servicio relativa a la disposición de los fondos contenidos en las cuentas bancarias que voluntariamente han sido consignados por los usuarios para el cobro de sus deudas evitando así caer en una situación de incumplimiento. Sea una cuenta de remuneración o no, disponiéndose de recursos por debajo del límite legal de embargabilidad o no.

Inclusive, de manera irónica, el incumplir esta obligación (absolutamente legal) y –por tanto– colocar al consumidor en una posición morosa (con todo lo que ello pudiera significar) es una transgresión a la garantía explícita planteada en el contrato suscrito y constituiría, por sí misma, una infracción al deber de idoneidad.

IV. REFLEXIONES FINALES

Con los años la prueba de Simons y Chabris se popularizó tanto que acabo por resultar siendo difícil encontrar sujetos que observasen el video sin tener ya un conocimiento previo sobre el mismo y saber –por lo tanto– exactamente qué esperar.

Simons optó por emplear esto a su favor produciendo en el 2010 un nuevo video muy similar al anterior, con los dos equipos (uno blanco y uno negro), de tres participantes cada uno, pasándose dos pelotas de básquet y con el gorila que invadía la escena a la mitad del video solo para desaparecer unos segundos después. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en el nuevo video Simons introdujo dos variaciones, a mitad del video (i) la cortina que actuaba como fondo cambiaba de rojo a naranja; y, (ii) uno de los jugadores del equipo negro abandonaba la escena. La hipótesis manejada por Simons era que quizás si supieran sobre la posible ocurrencia de un evento inesperado mostrarían una mayor tendencia a identificar otros posibles cambios inesperados.

Sin embargo, los resultados mostraron algo distinto, no habiendo una diferencia significativa entre el 17% de sujetos que tenían conocimiento del experimento anterior que identificaron uno o los dos cambios introducidos por Simons, frente a un 20% de personas que no sabían de la existencia del caso anterior. Se mantuvo el porcentaje de observadores que se percataban del gorila aproximadamente en la mitad.

¿La conclusión? Inclusive teniendo absoluto conocimiento sobre la posible ocurrencia de un evento inesperado en un experimento diseñado para engañar al observador, este último es igual de propenso a ser víctima de su ceguera por inatención. La única diferencia es que dicha ceguera ya no se referiría al evento específico respecto del cual ya tiene conocimiento, sino al resto de factores.

Con el presente artículo no se pretende curar la ceguera de la cual pudiera ocasionalmente padecer el Indecopi al momento de resolver los casos sometidos a su competencia, sino tan solo mitigarla, reducirla o tratarla. De esta manera, se ha buscado efectuar un análisis sobre los elementos asociados a los cobros efectuados por las instituciones del sistema

financiero sobre las cuentas de los usuarios con el propósito de demostrar cómo es que los mismos no solo no transgreden ninguna regulación normativa, sino que se condicen tanto con los acuerdos comerciales expresamente pactados como con los usos y costumbres del mercado. Algo que para este punto ya debiera ser evidente, después de todo parece irrazonable —e inclusive ilógico— que se proscriba la disposición de bienes por parte de un ahorrista mediante el cargo en cuenta, pero, del otro lado, nada impide que ese mismo ahorrista se acerque personalmente a la entidad bancaria, retire los fondos de su cuenta, y realice el pago del monto adeudado directamente a sus acreedores.

Lo que se ha pretendido no es más que excluir del alcance de la ceguera del Indecopi lo conocido, lo avisado, lo que quizás ya debió haber sido interiorizado, el gorila en el medio de la escena. 🦍

REFERENCIAS

- Álvarez Estrada, J., & Herrera Tapias, B. (2016). Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del Consumidor Colombiano. *Revista de Ciencias Sociales*, XXII(1), 166-178. <https://www.redalyc.org/pdf/280/28046365013.pdf>
- Beltrán, J. (2003). Comentario al artículo 1390: Contrato por adhesión. En Gutiérrez Camacho, W. (dir.), *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo VII, pp. 297). Editorial Gaceta Jurídica.
- Cachón Cadenas, M. J. (1991). *El Embargo*. Bosch.
- Castillo Freyre, M., & Osterling, F. (2002). Clases de compensación. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clases_de_compensacion.pdf
- (2013). Principales aspectos de la compensación. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20aspectos%20de%20la%20compensaci%C3%B3n.pdf>
- Durand Carrión, J. (2008). El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos. *Derecho & Sociedad*, (31), 327-335. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17415>
- Kessler, F. (1943). Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contracts. *Columbia Law Review*, (43), 629-642.
- Ledesma Narváez, M. (2012). Compensación y Bienes Inembargables: Más Vale Tarde que Nunca. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 162, 79-85.
- Martínez Sanz, F., & Broseta Pont, M. (2013). *Manual de Derecho Mercantil* (18va ed., Vol. 2). Tecnos.
- O'Neill de la Fuente, C. (2008). No hay cláusulas abusivas sino mal informadas (o no leídas): ¿Hasta dónde regular la contratación en masa? En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, (Vol. 1, pp. 825-874). Palestra Editores.
- Prosser, W. L. (1935). Delay in Acting on an Application for Insurance. *University of Chicago Law Review*, 3(1), 39-60. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol3/iss1/4>
- Rodríguez García, G.M. (2011). Publicidad e información para el consumo. En Sumar, O. (Ed.), *Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú* (pp. 283-307). Universidad del Pacífico.
- Simons, D. J., & Chabris, C. F. (1999). Gorillas in our midst: Sustained inattentive blindness for dynamic events. *Perception*, 28(9), 1059-1074 <https://doi.org/10.1068/p2952>
- Simons, D. J. (2010). Monkeying around with the Gorillas in Our Midst: Familiarity with an Inattentive-Blindness Task Does Not Improve the Detection of Unexpected Events. *Perception*, 39(1), 3-6. <https://doi.org/10.1068/i0386>
- Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1985). *Contratos por Adhesión Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*. Depalma.
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones [SBS] (2010). *La protección al consumidor en el Perú y la banca sin sucursales* (DT/002/2010). https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/ddt_ano2010/SBS-DT-002_2010.pdf
- (2011). *Informe 876-2011-LEG*. Lima.
- Torres Carrasco, M.A. (2001). *Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código e Defensa y Protección al Consumidor*. Gaceta Jurídica.
- Vilela Carbajal, J.E. (2009). La protección del consumidor financiero. *Ita Ius Esto*, (3), 95-127.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

- Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2010 (Perú).

Código Procesal Civil [Cód. Proc. Civ.], Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 1993 (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Sur, 27 de diciembre de 2010, Resolución 2984-2010/CPC, Expediente 1472-2010/CPC (Perú).

Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de marzo de 1997 (Perú).

Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Boletín Oficial del Estado, 5 de abril de 1993 (Esp.).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros [SBS], Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de abril de 2001 (Perú).

Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 2005 (Perú).

Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de mayo de 2017, Casación 2510-2016 – Lima (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 9 de febrero de 2010, Resolución 0199-2010/SC1-INDECOPI, Expediente 029-2008/CCO-INDECOPI-01-19 (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 28 de abril de 2010, Reso-

lución 0828-2010/SC2-INDECOPI, Expediente 2139-2008/CPC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 1 de septiembre de 2011, Resolución 2321-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 98-2010CPC-INDECOPI-LAM (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 067-2010/CPC-INDECOPI-ICA (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución 3449-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 1472-2010/CPC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 11 de enero de 2012, Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI, Expediente 2081-2010/CPC (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de mayo de 2017, Casación 11823 – 2015 – Lima (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 11 de diciembre de 2017, Resolución 3441-2017/SPC-INDECOPI, Expediente 1468-2010/CPC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de marzo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0858-2003-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de junio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0691-2004-AA/TC (Perú).