



Proyecto de Ley N° 4177/2018-CR

Proyecto de ley que modifica la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Los congresistas de la República que suscriben, a iniciativa del congresista **Edyson Humberto Morales Ramírez**, miembro de la Bancada Frente Amplio, de conformidad con lo señalado en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, así como de los artículos 75° y 76° del reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley.

### FÓRMULA LEGAL

**Proyecto de ley que modifica la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros**

#### Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es modificar el numeral 11 en el artículo 132° de la Ley 26702, "Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros", que establece las obligaciones y los límites para atenuar los riesgos del ahorrista, con el propósito de garantizar la compensación equitativa del consumidor financiero.

#### Artículo 2. Modificación del numeral 11 del artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros

Modifícase el numeral 11 del artículo 132° de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en los siguientes términos:

**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 **de ningún tipo ni cargo contractual alguno**, los activos legales o contractualmente declarados intangibles, o los excluidos de este derecho.

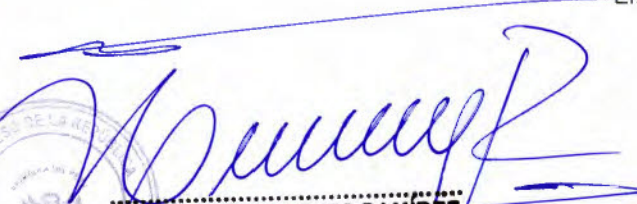
Para fines de compensación declárese intangibles las remuneraciones y pensiones que tengan la finalidad de satisfacer necesidades básicas.

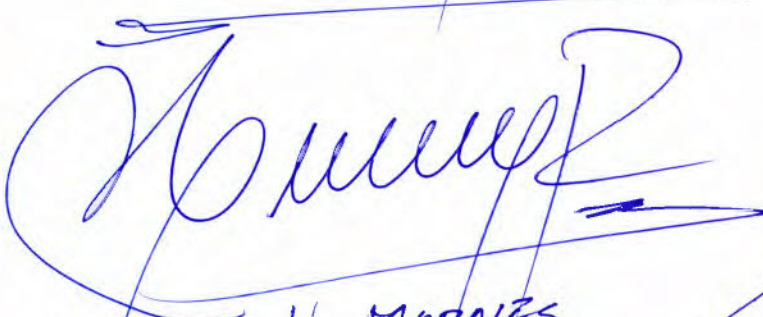
(...)

Disposición complementaria final

Única.- La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradora Privada de Fondos de Pensiones, reglamenta los alcances de la presente norma a fin de garantizar su cumplimiento en las directivas y contratos de las entidades privadas.

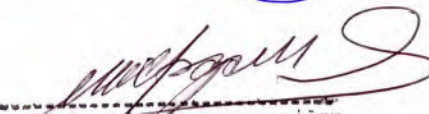
Lima, abril de 2019.

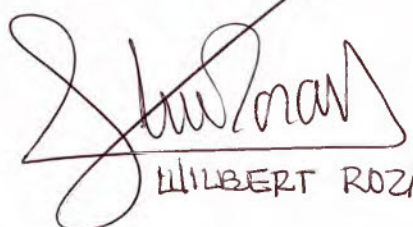
  
HUMBERTO MORALES RAMIREZ  
DIRECTIVO PORTAVOZ GRUPO  
PARLAMENTARIO FRENTE  
AMPLIO POR JUSTICIA  
VIDA Y LIBERTAD

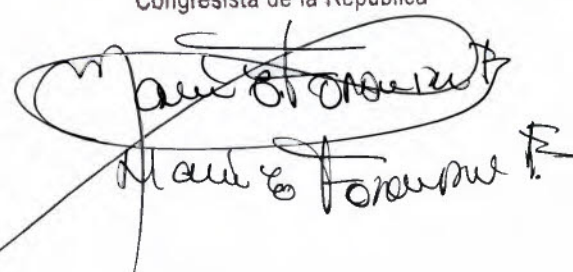
  
H. MORALES

  
EDILBERTO CUZCO

  
LAPA

  
JUSTINIANO RÓMULO APAZA ORDÓÑEZ  
Congresista de la Republica

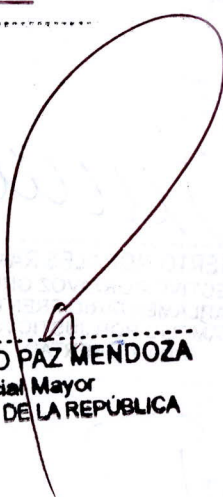
  
WILBERT ROZAS

  
Manuel Toranzo

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Lima, 11 de ABRIL del 2019.....

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 4177, para su estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de ECONOMIA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA.....

  
-----  
**GIANMARCO PAZ MENDOZA**  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. FUNDAMENTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

#### 1.1. Alcances y límites de las potestades de compensación de las entidades financieras

La facultad de compensación a favor de las entidades financieras se encuentra regulado en el inciso 11 del artículo 132° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que dice a la letra lo siguiente: " Artículo 132°.- *Formas de atenuar los riesgos del ahorrista (...)* 11. *el derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho. Este precepto debe ser interpretada en concordancia con los artículos 1288° al 1294° del Código Civil.*

Ahora bien, al decir de Osterling y Castillo Freyre "La compensación, tal cual se encuentra regulada en el Código Civil Peruano, es un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y recíprocamente deudora y acreedora de otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, que el propio Código Civil califica, adicionalmente, como homogéneas, cuyo valor puede ser idéntico o no."<sup>1</sup> Esta definición implica que la compensación extingue obligaciones mediante el "balanceo de una deuda con otra" cuya utilidad radica en ser un medio de garantía y que opera, las más de las veces, en forma unilateral en tanto no se haya excluido de común acuerdo

En el caso concreto de la compensación de los poderes financieros, que es nuestro objeto, bajo el apotegma de que lo que no está prohibido está permitido, se ha dado una práctica constante en la dinámica del mercado financiero de compensaciones unilaterales que han hecho de esta facultad un derecho –poder que ejerce influencia y afecta en el derecho ajeno y sobre todo de los sujetos débiles que son los usuarios o consumidores.

Bajo este contexto se advierte en la práctica social y jurisprudencial peruana <sup>2</sup> un debate, para nada pacífico, sobre si el poder empresarial puede compensar las deudas de un consumidor de sus cuentas de ahorros o las más sensibles que

<sup>1</sup> Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. La compensación. Disponible en. [\[https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/141\\_142\\_Compensacion\\_FOP\\_MCF.pdf\]](https://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/141_142_Compensacion_FOP_MCF.pdf)

<sup>2</sup> STC EXP. N.° 548-98-AA/TC (caso *Artemio Villalobos*), STC EXP. N.° 1192-2001-AA/TC (caso *Albina Adelaida Cerrón*), STC EXP. N.° 410-2002-AA/TC (caso *Julia Soledad Chávez Zúñiga*), EXP. N.° 03682-2012-PA/TC (caso *Amelia Córdova*). En el Indecopi se advierte los siguientes casos: Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, Resolución N.° 02321-2011/SC2-INDECOPI; y entre otros, Corte Suprema de Justicia de la República (22 de enero de 2008), Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Cas. N.° 11823-2015 –Lima.

son las remuneraciones (cuenta sueldo) y pensiones de un consumidor. Este ejercicio ha sido posible bajo este derecho –poder económico de compensación cuya titularidad lo puede ejercer tanto una persona jurídica como una persona natural. Por lo tanto, no se trata de un mero derecho de no intervención lo que caracteriza el derecho de compensación, sino que ostenta la calidad un derecho-poder cuya naturaleza implica el ejercicio de actos de autotutela, bajo el principio de autonomía privada y por medio del derecho a la libre contratación.

De modo que, las facultades de las entidades bancarias no pueden ser ejercido de manera incondicionada y absoluta, sino que tiene que ser ejercido bajo límites y respetando el contenido protegido de otros derechos sobre todo del sujeto débil que lo constituyen los consumidores.

En ese sentido, bajo el auspicio de aquello que “el derecho de uno termina donde empieza el derecho de los demás” cabe manifestar que el ejercicio del derecho de compensación termina donde empieza el derecho a la remuneración, la protección de la familia, etc.

Bajo estos principios los límites del derecho de compensación a favor de las entidades financieras se encuentran en el último apartado del inciso 11 del artículo 132° de la Ley N° 26702 “artículo 132°. - (...) *No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho*”. Bajo esta regulación se advierte una constatación de que bajo el ejercicio de compensación no se puede transgredir dos requisitos legales: *bienes intangibles indisponibles legal o contractualmente* y los *bienes excluidos legal o contractualmente del derecho de compensación*.

Ahora bien, la medula del problema recae en determinar cuándo termina el derecho-poder de compensación y cuando empieza a operar la materialidad de los bienes intangibles, y los bienes excluidos. A este respecto la **normativa cuestionada adolece de una declaración específica** para que con fines de compensación se establezca lo intangible y también que bienes están excluidos de esta atribución de la entidad financiera.

## 1.2. Problemas diagnosticados sobre la compensación de las entidades bancarias

### 1.2.1. Ausencia de declaración expresa de intangibilidad

Sobre la primera limitación, la intangibilidad de la compensación, se entiende como una declaración expresa que cataloga como aquella parte que no se puede disponer o aquel contenido que no se puede afectar. El vacío del *numeral 11 de la norma cuestionada salta a la vista, toda vez que no establece que bienes legal o contractualmente son pasibles de intangibilidad* y aún más da lugar a contratos u operaciones bancarias donde se establecen pactos contrarios a la ley, el orden público -y los derechos fundamentales- que afecta injustificadamente los derechos del consumidor.

Este problema se agudiza bajo una especial situación. Sucede que ha sido una constante que las entidades bancarias compensen unilateralmente las deudas vencidas de sus clientes sobre las *cuentas de pago de haberes* de los mismos o pensiones, es decir bajo el amparo del numeral 11 de la Ley cuestionada ha realizado *retenciones* o *cargos* sobre dineros depositados como su

remuneración o pensión incluso por encima de los límites que establece la ley, y bajo una visión absoluta de un acuerdo o la declaración de voluntad de los sujetos.

De ahí que, Walter Ecurra y Agustín Valencia mencionen que:

*"una vez realizado el depósito en la cuenta indicada por el trabajador, la acreencia que este tiene frente a su empleador por concepto de remuneración, deja de ser tal, pues ha sido satisfecha. Y el trabajador ha decidido disponer de ella, indicando al empleador la cuenta bancaria en que debe efectuarse el respectivo depósito"* <sup>3</sup>.

Esta aseveración indica que su remuneración una vez depositado en un Banco implica que el trabajador *"es libre para disponer de aquel dinero como mejor le parezca. No existe ninguna limitación al respecto. entonces, así como podría retirarlo de la cuenta y disponer de él en el consumo de bienes o servicios, podría igualmente darlo en garantía con la finalidad de obtener un préstamo"*<sup>4</sup>

De inicio resulta una afirmación temeraria que por el mero hecho de realizar el depósito a una cuenta bancaria el bien de un trabajador pierda la calidad objetiva, toda vez que el carácter remunerativo del bien lo determina su valor material y no un mero artificio de transferencia.

Esta aseveración implica la necesidad de establecer que bienes son intangibles. Así se dice que *"Para considerar legalmente intangible un bien dicha condición debe serle atribuida de forma expresa por una Ley. La necesidad de una declaración expresa se deriva de que el derecho de libre disposición es parte esencial del derecho de propiedad. entonces, una restricción del derecho de libre disposición, dado su carácter excepcional, debe ser establecida por Ley."*<sup>5</sup>

En este asunto recae la necesidad de la propuesta legislativa toda vez que **necesitamos una declaración expresa** a efectos de evitar que mediante contratos celebrados entre el consumidor y la entidad bancaria se vaya establecer cláusulas abusivas orientadas a la compensación sobre bienes intangibles, como lo constituyen las remuneraciones, que ostenta la naturaleza alimentaria, en tanto que está destinada a satisfacer necesidades básicas.

### 1.2.2. Falta de explicitación de bienes que son excluidos del derecho de compensación

En el mismo sentido con el anterior en el artículo (objeto de modificación) de la Ley 26702 denota un vacío sobre que bienes legales o contractualmente establecidos están excluidos de la compensación. No obstante, a tenor del artículo 4 del Título Preliminar de la norma citada, que establece la aplicación supletoria el derecho común se ha preceptuado que en función del artículo 1290

<sup>3</sup> Ecurra Rivera, Huáscar y Valencia -Dongo, Agustín. ¿Es Posible la Compensación Bancaria en Cuentas de Haberes? ¿Quién Gana y quién Pierde con la decisión de INDECOPI? En *Círculo de Derecho Administrativo*, Núm. 10, Tomo 2, 2011, p. 54. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13676>

<sup>4</sup> Ecurra, et. al.; Op. cit., p. 54.

<sup>5</sup> Ecurra; et.al., Op. cit., p. 54.

del Código Civil los bienes inembargables, legalmente, se encuentran excluidos del derecho de compensación.

*"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"*

Este criterio ha sido asumido por las entidades administrativas y el Tribunal Constitucional. El Tribunal de Indecopi mediante Resolución N° 0199-2010/SC2 – INDECOPI, interpretó dichos límites de la siguiente manera: *"así, de un análisis sistemático de normas, es posible afirmar que el derecho de compensación no procede respecto de bienes inembargables, en particular, respecto de las remuneraciones con las limitaciones que la Ley establece. (...) en atención a lo expuesto, queda claro que el derecho de compensación de las entidades del sistema financiero procede sobre los activos del deudor que aquellas mantengan en su poder, estando prohibida respecto de remuneraciones cuando estas no sean mayores a las 5 URP, y con relación al exceso solo podrá aplicarlo hasta una tercera parte".*

En esta perspectiva se encuentra los pronunciamientos de la Corte Suprema que en uno de sus últimos pronunciamientos sobre la materia ha establecido lo siguiente:

*"En ese sentido, estando a que el artículo 1290 numeral 3 del Código Civil (que prohíbe la compensación del crédito inembargable) y el artículo 648 numeral 6 del Código Procesal Civil (que prohíbe embargar remuneraciones cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal), son normas de carácter imperativo, las cláusulas contractuales celebradas por el Banco no surten efectos para el presente caso. Y si bien el contrato faculta al Banco a cargar en cualquier cuenta los importes que adeudara, esta estipulación encuentra límites en las normas legales citadas, por lo que el Banco se encuentra obligado a respetarlas, y como consecuencia de ello, no afectar la cuenta en la que se perciben remuneraciones cuando el depósito no supere las 5 unidades de referencia procesal"*<sup>6</sup>

Si bien coincidimos con el análisis sistemático de esta jurisprudencia, resulta una interpretación que podría considerarse extensiva que busca completar los vacíos de la ley; es decir el vacío continúa para futuros casos y no genera

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia de la República (22 de enero de 2008), Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, Cas. N.º 11823-2015 –Lima, f.j. 3.6.



ninguna obligación específica a los Bancos para acatar su cumplimiento, máxime si esta sentencia no resulta un precedente vinculante.

Y por otra parte, la noción de crédito inembargable tiene un problema conceptual de ambigüedad ya que podría calificarse como aquella medida aplicable en una medida cautelar en el ámbito jurisdiccional o solo para casos como la compensación legal<sup>7</sup>. Aún peor contiene la confusión de llamar crédito a la remuneración.

En suma, este vacío legislativo desencadena, a su vez, en la ausencia de protección a los derechos del consumidor establecido en el artículo 65 de la Constitución Política del Estado.

### 1.3. Propuesta legislativa y su constitucionalidad

La modificación presentada tiene el objeto de establecer un equilibrio contractual y legal en el ejercicio de la facultad de compensación garantizando lo bienes que son *indispensables* para satisfacer necesidades básicas, devengan en *incompensables* para la entidad bancaria y por ende establecer una justicia material entre los sujetos de la relación económica.

Asimismo, con la propuesta se intenta equilibrar la balanza ante una realidad donde la asimetría estructural entre los consumidores y Bancos afecta el bienestar de los primeros- la parte más débil en esta relación- y por consiguiente garantiza el mandato constitucional de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, que establece el artículo 38 y el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado.

¿Cuál es el fundamento para sustentar la defensa de los derechos fundamentales en una relación en las transacciones privadas? Se constata de nuestra disertación precedente que la autonomía privada, tiene que ver con la capacidad de determinarse por sí mismo y autorregularse, esta frase es lírica si es que no se tiene suficiente capacidad de dominio, de manera que esdta capacidad es desigual en las relacione bancarias ya que los Bancos tiene más poder de regulación y de elección contractual.

Se sabe que el Estado reconoce un amplio ámbito de autonomía privada lo que ideológicamente responde a un individualismo de la sociedad imperante, y a su vez en la práctica ha generado demasiada desigualdad y dominación, lo cual genera conflictos con otras libertades y derechos. En este contexto se necesitan límites que en el Perú tiene a la norma imperativa, orden público y las buenas costumbres, como su manifestación.

La Constitución en su variante de derechos subjetivos lo que ha hecho es reconocer constitucionalmente la protección de los derechos de autonomía

<sup>7</sup> Véase la motivación de la Sentencia de Primera Instancia emitida por el Vigésimo Cuarto Juzgado Especializado Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Lima, de fecha 07 de enero de 2014 recaída en la Cas. 11823-2015 ya citada que está en los siguientes términos: "*si bien el artículo 1290 del Código Civil prevé como circunstancia impositiva de la compensación el crédito inembargable; sin embargo, las causas de exclusión de la compensación previstas en el citado artículo, únicamente son aplicables al caso de la compensación legal más no a la convencional o contractual, estando a que en éste último subyace la autonomía privada de las partes*"





privada contractual (Const., 1993, art. 2.14) y garantizar su cumplimiento (Const., 1993, art.62)<sup>8</sup> y de manera abstracta establecer sus límites que tiene su reconocimiento en el principio del Estado Social y Democrático (Const. 1993, art.3 y 43) y la Economía Social de Mercado (Const. 1993, art. 58).

De ahí que, ante un conflicto de derechos fundamentales estos principios sociales adquieren relevancia para cuestionar lo privado de estos asuntos y legitimar la intervención estatal donde

*los derechos fundamentales vengan a delimitar la relación entre la esfera privada y la esfera pública en un doble sentido: si aquellos limitan la intervención del Estado, el interés público justifica, a su vez, la limitación de los derechos subjetivos. Los derechos fundamentales no son así garantizados sin límites. Más bien, existen intereses generales que justifican, a su vez, la limitación de aquellos por el Estado<sup>9</sup>.*

Las manifestaciones de la relación entre autonomía privada contractual y derechos fundamentales revelan la necesidad de saber si es posible negociar sobre derechos básicos (remuneración y pensión) en una relación contractual y a su vez establecer el contenido que abarca en el marco de la celebración de negocios jurídicos contractuales. Esto en el entendido de que si bien existe un marco de actuación de las relaciones entre particulares estos deben tener un espacio orientado a proteger un contenido "indisponible" o "intangibile" para hacer valer frente a agentes privados premunidos de poder.

Ahora bien, el contenido protegido o esencial "alude, básicamente, a la parte de un derecho fundamental que no puede ser restringida o limitado (intervenida). Como solía decirse antes, se refiere al contenido o la porción "inderogable" del derecho"<sup>10</sup>.

Sobre este particular asumimos la posición de Sosa quien entiende por disponible un derecho fundamental cuando "está referida al ejercicio de los derechos, a sus manifestaciones subjetivas; mas no a ámbitos objetivos, es decir, no a normas iusfundamentales ni a la propia titularidad de los derechos". Lo que significa que "en el caso de la celebración de negocios jurídicos entre

<sup>8</sup> La autonomía en tanto manifestación contemporánea de la dignidad de la persona (artículo 1), así como de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1), a asociarse (artículo 2, inciso 13), a la propiedad y a testar (artículo 2, inciso 16), del principio de libertad (artículo 2, inciso 24, lit. a) y de los principios de iniciativa privada (artículo 58) y libre competencia (artículo 61), etc.

<sup>9</sup> López. A. Autonomía privada y los derechos fundamentales. Los intereses generales, mandato constitucional. UNED *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007 pp. 148-149. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6785>.

<sup>10</sup> Sosa Sacio, J. Tutela del "contenido constitucionalmente protegido" de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. *Revista Gaceta Jurídica*, 2012, p. 14. Recuperado de [https://www.academia.edu/3827699/Tutela\\_del\\_contenido\\_constitucionalmente\\_protegido\\_de\\_los\\_derechos\\_fundamentales\\_a\\_trav%C3%A9s\\_del\\_proceso\\_de\\_amparo](https://www.academia.edu/3827699/Tutela_del_contenido_constitucionalmente_protegido_de_los_derechos_fundamentales_a_trav%C3%A9s_del_proceso_de_amparo).

particulares, que los derechos fundamentales hacen de límites externos en caso de que se disponga de ellos"<sup>11</sup>

Así, sobre el contenido protegido, el TC peruano ha reiterado y de manera uniforme en su jurisprudencia lo siguiente:

*el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993—libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras—cuya real dimensión frente al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo principios rectores de un tipo de Estado y del modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución)" (STC Exp. N° 1963-2006-PA/TC, f.j. 3; STC Exp. 0008-2003-AI/TC, f. j. 26, STC Exp. 3330-2004-AA/TC, f.j. 11-13; etc).*

En ese sentido, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional del Perú "los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos no pueden ir en contra de otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado el ejercicio de libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, por otro, todos los derechos fundamentales, en su conjunto constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano(...)"<sup>12</sup>

De modo que, el principio del Estado Social supone la ruptura del viejo y caduco modelo del constitucionalismo liberal pues pretende del Estado asegurar condiciones de desarrollo material de la persona y su autonomía, así como "la consecución de un orden social...a través de medidas que comportan el despliegue de un amplio e intenso conjunto de prestaciones positivas y de una intervención—mayor o menor— en la regulación del proceso económico"<sup>13</sup>.

Bajo esta línea cabe dejar de lado las posturas absolutas de que las remuneraciones son de libre disponibilidad para el Banco y que se puede realizar cargos de manera absoluta.

No es aceptable en un sentido social que se vacíe de contenido de los derechos patrimoniales que merecen igual protección ya que el propio Tribunal Constitucional ha aceptado de que se tratan de derechos relacionales, en tanto medios de acceso o concreción de otros derechos como la educación, salud, alimentación, etc. (STC Exp. 05157-2014-PA/TC, f.j 33 y ss.).

De esta posición es Campos Bernal, cuando dice que,

*si se asume que un derecho civil es más valioso que un derecho social, se pierde de vista que, por lo general, un derecho social es condición de*

<sup>11</sup> Sosa Sacio, J. Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional*, Tomo 9, Gaceta Jurídica, setiembre 2008, p. 508.

<sup>12</sup> STC Exp. 03682-2012-PA/TC (caso Amelia Córdova).

<sup>13</sup> Mendoza Escalante, Mijail. *Los principios fundamentales del Derecho Constitucional peruano*. s.e., 2000. p. 193.

*un derecho civil y viceversa. Por ejemplo, no se puede hablar del derecho a la libertad de expresión si una persona está hambrienta, o desempleada, o carece de una vivienda (y, por consiguiente, no puede dedicarse a escribir una columna de opinión en el periódico o dar entrevistas para la televisión)<sup>14</sup>.*

Se ha hablado del conflicto entre la autonomía privada contractual y otros derechos fundamentales, pero lo que toca es establecer el contenido de los derechos fundamentales que son defendibles ante el poder privado, tanto si lo son las garantías socioeconómicas culturales, civiles, políticas, o las de protección difusa como protección al consumidor.

¿Qué sucede en los casos analizados donde se realizan acuerdos contractuales que versan sobre actos de disposición sobre derechos "irrenunciables" como el derecho a la salud, la integridad física, la vida, la libertad, honor, seguridad social, agua, que bien pueden cumplirse con la remuneración? ¿Es nulo este contrato?

Para estos efectos no es posible una supremacía abstracta sino un análisis concreto por medio del establecimiento de criterios bajo fundamentos claros.

Esta regulación si bien tiene un alcance importante, estos actos deben ser evaluados para su prohibición o permisión bajo el fundamento de interés social, ajenos a imperativos morales sin sustento real, que orienta principios de solidaridad y de humanidad como necesidad básica de convivencia.

Resulta imperativo velar por un contenido mínimo que busque garantizar tanto los derechos socioeconómicos como los civiles en las relaciones privadas frente a la actuación de los poderes privados, es decir la de cumplir límites necesarios entendido como intereses urgentes y perentorios para remover cualquier amenaza a su libertad y sus derechos. Es decir que "la autonomía privada (y la facultad de disposición de los propios derechos fundamentales) tiene como límites externos a otros bienes iusfundamentales, *especialmente los relacionados a necesidades básicas para la existencia y el desarrollo personal*"<sup>15</sup>

De manera que, resulta justificado teórica y constitucionalmente la medida destinada a la compensación limitada en tanto hay una porción de intereses irrenunciables como la remuneración y las pensiones que es necesario proteger de los consumidores.

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 constitucional, confiriéndosele la calidad de "irrenunciable". El artículo 24 ordena que:

*"(...) El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia. Artículo 26.- En la relación*

<sup>14</sup> ¿Campos, H. J. Existen diferencias en la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales? Una mirada crítica sobre la distinción entre derechos civiles y derechos sociales a la luz del proceso de constitucionalización del derecho. *Cuaderno de Trabajo del CICAJ, PUCP*, 4, Lima, 2013, p. 17.

<sup>15</sup> Sosa Sacio, J. Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales. *Gaceta Constitucional*, Tomo 9, Gaceta Jurídica, setiembre 2008, p. 515

laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...).

De esta posición es el Tribunal Constitucional de Perú que en reiterada jurisprudencia señala que:

*"Las remuneraciones de los trabajadores, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 inciso 2 de la Constitución, son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador. Por consiguiente, al haberse recortado el pago de las remuneraciones de la recurrente, se han transgredido los derechos constitucionales invocados"*<sup>16</sup>

En este sentido ello es coherente con la exigencia impuesta del artículo 7 de nuestra Constitución Política del Estado que establece "... Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)" así como del artículo 10 donde "El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

Estas pautas son necesarias al momento de determinar qué bienes del deudor pueden ser compensados y no le ocasionarán ningún perjuicio a su dignidad e integridad y a la de su grupo familiar.

#### **1.4. Conformidad de la propuesta a normas internacionales**

Es más, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Código Procesal Constitucional que establece que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales se tiene que la propuesta legislativa cumple con este mandato.

Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 25 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, vestido, la vivienda...".

En igual sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 11 "Toda persona tiene derecho al respeto de su honre y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Estas alusiones a un nivel adecuado de vida que le asegure algunas condiciones básicas como la protección de la familia, la salud, la alimentación son mandatos

<sup>16</sup> STC Expediente N° 03453-2003- AA/TC. Véase también la STC Exp. 03682-2012-PA/TC, f.j. 11.

exigibles a la entidad bancarias a efectos que el marco de sus atribuciones de compensación no realice injerencias arbitrarias y abusivas.

## **II. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

El proyecto de ley que se propone está orientada a realizar una modificación del artículo 132 numeral 11) de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros –Ley 26702, adicionando un párrafo que permita declarar expresamente su aplicación específica con aras a realizar una protección tuitiva del consumidor.

## **III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa no genera gastos adicionales para el Estado, importan al contrario una orientación a garantizar el deber de protección de los consumidores y usuarios impulsando un mayor equilibrio regulatorio.

Si bien el discurso del Análisis Económico del Derecho AED ha insistido en priorizar el análisis legal bajo presupuestos de mera funcionalidad económica, es decir sobre los costos y beneficios de una norma legal aseverando que los límites son malos: promueve el alza de intereses o falta de acceso al crédito. Este análisis tendría importancia si no pretendiera mediante la idea de "derecho y desarrollo" reducir al Derecho como aquel que advierte al desarrollo como mero crecimiento económico.

Pero está claro que ver al desarrollo como mera maximización de beneficios económicos es un despropósito, pues ya desde los ochenta la teoría que se impone es la categoría del desarrollo humano con Amartya Sen<sup>17</sup>, quien sostiene que se debe concebir al desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos buscando el desarrollo de sus necesidades básicas y no solo identificarlos con beneficios económicos.

De modo que, constituye una necesidad imperiosa que en toda relación contractual y en el ejercicio de la compensación la exigencia de no afectar derechos básicos para la subsistencia del hombre (remuneración o pensión) en condiciones de respeto.

Por tanto, esta propuesta busca generar beneficios de los sujetos débiles de la relación bancaria para evitar el abuso de los Bancos bajo la facultad de compensación que gozan estableciendo límites claros y proteger los derechos específicos de los consumidores en tanto en cuanto se encuentran en un estatus de desprotección frente a empresas proveedoras y prestadoras, y demandan un deber especial de protección por parte del Estado.

---

<sup>17</sup> Sen, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 2000.

#### **IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA**

La presente propuesta está conforme a la política N.º 17 del Acuerdo Nacional que busca sostener una política económica sobre principios de la economía social de mercado, que conlleva el papel insustituible de un Estado responsable, promotor, regulador, transparente y subsidiario que busca lograr el desarrollo humano y solidario mediante un crecimiento económico sostenido con equidad social y empleo.

De manera que este proyecto está en consonancia con el punto e) de la política del Estado antes mencionada y que exige al Estado evitar el abuso de posiciones dominantes propiciando la defensa de los derechos de los consumidores.