

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PUCP

**LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD EN LOS
PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS POR PARTE DEL INDECOPI ANTE
LOS RIESGOS QUE ENFRENTAN LAS ENTIDADES BANCARIAS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO**

Autor:

LILIANA PANTIGOZO VILLAFUERTE

Asesor:

HEBERT EDUARDO TASSANO VELAUCHAGA

Lima, Perú

Febrero, 2019

Resumen

El presente trabajo de investigación surge ante el análisis de resoluciones en materia de protección, en temas bancarios, emitidas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. El problema se origina en las instancias administrativas que no mantienen criterios uniformes, evidenciando una falta de aplicación del principio de predictibilidad que debe regir en todos los procedimientos administrativos sancionadores. La rigurosidad que demanda un adecuado desarrollo del mercado en el sector bancario, requiere de entidades de intermediación financiera con criterios no sujetos a variaciones, debido a que las modificaciones imprevistas por parte de la Autoridad Administrativa inciden directamente sobre la forma de ejercer sus relaciones contractuales con los clientes. El resultado de la revisión de algunos casos resueltos durante el transcurso de años, demuestra que no se viene aplicado el principio de predictibilidad y esto induce a incrementar los riesgos que enfrentan diariamente las entidades bancarias, repercutiendo negativamente en las relaciones de consumo de un sector sensible para la economía como el bancario. De las resoluciones materia de análisis se puede constatar la urgencia de una elaboración de Lineamientos más profundos y específicos en áreas del sistema de protección al consumidor en temas bancarios que vayan de la mano con los productos, actualmente caracterizados por su innovación.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	2
Índice	3
Introducción	4
CAPÍTULO 1: EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD	8
1.1 Alcances del principio de predictibilidad	10
1.2 El principio de predictibilidad según el Tribunal Constitucional del Perú	16
1.3 La diferencia entre el principio de predictibilidad y la legítima confianza	18
CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI	23
2.1 Sobre la estructura de los órganos resolutivos del Indecopi	26
2.2 Sobre el pago anticipado	28
2.3 Sobre el cierre de cuenta de ahorros sin comunicación previa	32
2.4 Sobre las compensaciones	38
2.5 Sobre las medidas de seguridad	42
CAPÍTULO 3: EL RIESGO	46
3.1 Sobre la noción de riesgo	47
3.2 Sobre los factores que originan el riesgo operacional	52
Conclusiones	57
Referencias bibliográficas	59

INTRODUCCIÓN

El título de la investigación se encuentra referido a la ausencia de aplicación del principio de predictibilidad por parte de los órganos resolutiveos del Indecopi, en los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor iniciados por denuncia, generando una influencia directa ante los riesgos que enfrentan las entidades del sector bancario, especialmente aquel de naturaleza operacional.

El derecho administrativo enfocado en protección al consumidor en temas bancarios no solo se caracteriza por la exigencia de especialidad, hecho que comprende el conocimiento de los productos bancarios, la adaptación a los medios digitales que el sistema demanda, la experiencia de parte de los profesionales involucrados, sino además, la participación activa y paralela de la Autoridad Nacional del Consumo, proporcionando mediante canales públicos y accesibles las decisiones que adopta esta entidad a través de sus órganos resolutiveos, considerando criterios homogéneos para todos los ciudadanos. Ante ello, las entidades bancarias podrán contar, a través de sus unidades legales, con mecanismos preventivos para no incurrir en responsabilidad administrativa.

El párrafo precedente contiene una invitación para reflexionar sobre la necesidad de la aplicación del principio de predictibilidad. Durante el ejercicio de mis labores diarias como abogada de una entidad bancaria, surgió la interrogante que constituye el tema materia de investigación: ¿el Indecopi viene ejerciendo una correcta aplicación del principio de predictibilidad en los procedimientos administrativos seguidos contra las entidades del sector bancario?

Al respecto, del análisis de las resoluciones emitidas por los órganos resolutiveos del Indecopi iniciados por denuncia, se advierten inconsistencias en los criterios que manejan los órganos resolutiveos a nivel nacional, pues los fundamentos utilizados para determinar la responsabilidad administrativa de un determinado proveedor, no se caracterizan por su uniformidad. Por lo menos no con la coherencia que requiere el mercado especializado en servicios transversales como el bancario.

En efecto, las relaciones de consumo del sector bancario demandan una posición integrada por parte de la autoridad administrativa. Esto implica que los vínculos entre consumidores y proveedores del sistema bancario no solo no deben ceñirse a que el Indecopi tenga un dominio exclusivo de la normativa contenida en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino que también dicha labor debe

complementarse con los alcances regulatorios propios de los Convenios de Basilea, los que a su vez están enfocados en una búsqueda por una correcta gestión de riesgos. En síntesis, la Autoridad Administrativa debe emitir pronunciamientos en los que se aplique el principio de predictibilidad en materia de derecho al consumidor bancario, con pleno conocimiento de la regulación bancaria.

La naturaleza sensible y especializada del sector financiero exige la aplicación del Principio de Predictibilidad por parte del Indecopi, en atención a que la omisión conlleva una repercusión directa y negativa en la fundamentación de las soluciones a las controversias surgidas entre las entidades bancarias y sus clientes. Analizar la predictibilidad de las decisiones de esta entidad, con un particular énfasis en la potestad sancionatoria atribuida, permitirá denotar que existe un problema que requiere una solución práctica y urgente.

Los estudios del ámbito actual del derecho administrativo y la protección al consumidor en temas bancarios deben reflejar la forma en la que los órganos resolutivos administrativos han establecido sus pautas reguladoras a través de sus pronunciamientos durante los últimos años. En especial, debido a que la ausencia de predictibilidad influye en las gestiones de riesgo de las empresas del sistema bancario, en particular, aquellas propias de los riesgos operacional y reputacional.

Las implicancias que subyacen en el desarrollo de las relaciones de intermediación financiera actualmente, se encuentran reflejadas en el portal web denominado "*Mira a quien le compras*", permitiendo constatar que un numeroso grupo de la lista de empresas sancionadas está conformado por las entidades del sistema bancario. Durante los últimos tres (3) años, las entidades bancarias son las que ocupan los primeros lugares de empresas más infractoras a nivel nacional, y aunque se puede justificar su participación alegando que estos proveedores realizan contrataciones masivas, hecho que incrementa proporcionalmente el número de infracciones, no es menos cierto que las empresas como aerolíneas, aseguradoras o de transporte también las efectúan y no se encuentran entre los primeros puestos.

En esa línea de razonamiento, conocer del vínculo existente entre el nivel de predictibilidad de las decisiones de los órganos resolutivos del Indecopi y los riesgos, en especial aquellos de índole operacional de las entidades del sistema bancario peruano, permitirá que la Autoridad Administrativa tome conocimiento de que eludir esta conexión genera un déficit en la gestión de riesgos de la banca peruana.

Las relaciones de consumo actualmente se caracterizan por una dinamización constante, no solo por el nivel de competencia propia del servicio financiero, sino sobre

todo por la búsqueda de innovación tecnológica. Por ello, que la banca peruana cuente con los criterios determinados por parte del Indecopi y que esta entidad tenga pleno conocimiento de las consecuencias de sus decisiones, entre los que vale la pena destacar el incremento de los riesgos de las entidades bancarias resulta determinante. Puesto que distintos criterios de la Autoridad Administrativa ante hechos semejantes solo generarán un estado de confusión en el desarrollo de las actividades del sector.

En relación con el estado del arte, corresponde expresar que este se caracterizará por encontrar una noción de lo que se entiende por principio de predictibilidad, así como su desarrollo a través de las opiniones del Tribunal Constitucional y las diferencias con el principio de legítima confianza.

El Problema de esta investigación se centrará en exponer los criterios adoptados por el Indecopi a través de sus pronunciamientos en procedimientos administrativos sancionadores en temas bancarios, iniciados por denuncia, demostrando que existe una indebida aplicación del principio de predictibilidad por parte del Indecopi, analizando las resoluciones emitidas ante tipos infractores involucrados en la prestación del servicio de intermediación financiera.

La Discusión se ceñirá en brindar una noción de los riesgos que enfrentan las entidades bancarias, con un particular énfasis en el riesgo operacional. Si bien son las entidades financieras las que tienen como función encargarse de mitigar este tipo de riesgos a través del cumplimiento de acuerdos internacionales, la Autoridad Nacional de Consumo constituye un ente que permite canalizar en forma positiva una adecuada gestión de riesgos, debido a que las decisiones adoptadas por sus órganos resolutorios generan modificaciones en la prestación del servicio bancario, muchas veces inesperados y apartados de los criterios establecidos previamente.

Las hipótesis para el desarrollo de esta investigación, residen en que no se viene materializando una aplicación del principio de predictibilidad en la tramitación los procedimientos administrativos sancionadores del Indecopi, conforme se infiere de los pronunciamientos de sus órganos resolutorios que tramitan las denuncias presentadas y, además, su inaplicación genera déficit en la gestión de riesgos en las entidades del sector bancario.

Asimismo, el objetivo principal pretende determinar las consecuencias generadas por la falta de aplicación del principio de predictibilidad por parte de los órganos resolutorios del Indecopi durante la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores en temas bancarios, iniciados por denuncia.

El primer objetivo específico está relacionado con la labor de analizar, de acuerdo con la competencia en materia de protección al consumidor del Indecopi, la aplicación del principio de predictibilidad por parte de los órganos resolutivos encargados de la tramitación de algunos tipos infractores por afectación al derecho de protección de los intereses económicos de los consumidores dispuesto en el literal c) del numeral 1.1 del artículo 1°, así como por vulnerar el deber de idoneidad contemplado en los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El segundo objetivo se circunscribirá en delimitar la importancia del principio de predictibilidad para ejecutar una adecuada gestión de riesgos de las entidades del sistema bancario y de esta forma evitar exponer a dichas empresas ante situaciones de potencial inseguridad jurídica por parte de la Administración Pública.

Por último, es necesario mencionar que la metodología utilizada durante la presente investigación, corresponde únicamente al trabajo bibliográfico.



CAPÍTULO 1: EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD

Los administrados que por algún motivo nos vemos vinculados a un procedimiento administrativo tenemos como prioridad conocer anticipadamente la decisión que la entidad pública adoptará en la vía administrativa. Ya sea desde la posición de un consumidor que acude ante la Autoridad denunciando la vulneración a sus derechos u ostentado la condición de proveedor que prestó un servicio, resulta innegable que lo primero que se buscará obtener, en forma rápida y con la mayor certeza posible, es el resultado que repercutirá en los intereses de los involucrados.

Tener conocimiento oportuno de los fundamentos previos que la entidad administrativa reconoce a través de los procedimientos tramitados ante tipos infractores similares o idénticos genera beneficios para una sociedad que no solo reconoce los derechos de sus ciudadanos, sino que además les proporciona vías jurídicas para hacerlos valer en tiempos mejores que aquellos brindados por los órganos jurisdiccionales.

La participación del Indecopi no solo se ha visto fortalecida por sus plazos más favorables, sino con la puesta al público de las resoluciones publicadas en su página web oficial, lo cual permite que muchos administrados contemos con la información de una línea de razonamiento que debería caracterizarse por su uniformidad y constancia en el tiempo, en especial debido a que ostenta las facultades de Autoridad Nacional de Consumo.

En particular, no debe descartarse el valor representado por el hecho que desde hace algunos años, el Indecopi se ha encargado de fijar lineamientos para consumidores y proveedores, los cuales constituyen pautas que deben servir como parámetros no solo a los consumidores y proveedores, sino a los propios órganos resolutivos a nivel nacional. Sin embargo, es importante precisar ante ello, el surgimiento de la necesidad de que estos se encuentren actualizados y sean manejados por todas las instancias y órganos administrativos, existiendo coherencia entre las resoluciones expedidas.

La publicación de lineamientos que se destaquen por enfatizar las relaciones de consumo propias del sector bancario es primordial, pues a diferencia de otros sectores de la economía, cada resolución emitida o variación de criterio tendrá influencia sobre los vínculos en materia de derecho bancario de miles de peruanos, quienes directa o indirectamente se encuentran comprendidos en el sistema financiero.

Al respecto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha reconocido a través de la Resolución N° 2502-2014/SPC-INDECOPI que las entidades del sistema

financiero desarrollan sus actividades dentro de un mercado complejo, donde se procesa abundante información especializada, por lo que los bancos siempre se encontrarán en mejor posición informativa (Indecopi 2014: 7). El tratamiento de los servicios bancarios no requiere únicamente de especialidad, esto es, capacitación especializada constante por parte de los órganos resolutivos, sino coordinación con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Asimismo, esta información especializada en temas de protección al consumidor del sector bancario no solo debe encontrarse centralizada en el conocimiento que ostentan los funcionarios públicos de Lima, sino que la labor de difusión y manejo de la normativa se caracterice por la capacitación en regulación bancaria a todas las regiones con competencia administrativa.

La coordinación con el ente supervisor no debería restringirse al cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 89° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, sino promover una labor conjunta y estructurada, pues tal como se analizará en las líneas siguientes, el Indecopi cuestionó la legalidad de las aprobaciones de cláusulas administrativa, generando un pronunciamiento errado durante casi una década.

Cabe precisar que el artículo 89° citado, prescribe que: “en los casos en que sea necesaria la interpretación de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, o las normas dictadas por la Superintendencia de Banca, el Indecopi debe solicitar a esta un informe técnico”, pero reiteramos que más allá de los informes para casos particulares, amerita el dominio amplio de los riesgos que enfrentan las entidades bancarias ante decisiones que no sean acordes con lo que el supervisor demanda.

Lo señalado no busca cuestionar la competencia del Indecopi y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la cual además quedó determinada a través de la Resolución N° 1305-2013/SPC-INDECOPI y ratificada en la Resolución N° 383-2018/SPC-INDECOPI, fijándose que la Superintendencia verificará la aplicación de las normas a su cargo y, en los supuestos en que estas no contemplen todas las variantes de afectación que pueden surgir de las relaciones de consumo o no cuente con la facultad de imponer todas las medidas correctivas y sanciones previstas para satisfacer el interés de los consumidores y desincentivar la comisión de conductas infractoras, corresponderá al Indecopi, como autoridad directamente encargada de la protección de los consumidores, aplicar la norma general de protección, a fin de cumplir con su deber de tutela de los derechos fundamentales (Indecopi 2013: 6).

1.1. Alcances del principio de predictibilidad

El Derecho público de la Economía tiene como objeto de estudio al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, siendo que este último se circunscribe al estudio de la estructura y de la actividad de la Administración, centrándose en las intervenciones y ordenamientos del poder público con respeto de los derechos constitucionales, legitimando la intervención del Estado mediante autorizaciones, inspecciones y sanciones (Kresalja 2009: 135-138). La actividad económica del Perú tiene como uno de los principales actores a las entidades de intermediación financiera, por lo que no se puede soslayar la estrecha relación que existe entre el sistema económico y el sistema jurídico.

La Administración Pública se ejerce en función a la economía de un país, configurándose de esta forma en una tendencia que apunta a una conexión con el sector privado, en particular cuando de servicios bancarios se trata. Así, la Administración propia de un Estado garante se configura como un nuevo tipo de actividad administrativa que tiene una orientación transversal, proyectándose sobre las áreas de cruce de lo público y privado, trasladando funciones desde el Estado a la sociedad, y dotando de significado público a referencias y actuaciones de origen privado, estableciendo lazos de colaboración entre el sector público y privado (Pardo 2015: 39), estos nexos deben enfocarse en lo que viene ocurriendo en las decisiones adoptadas por el Indecopi ante supuestos en los que las entidades bancarias ostentan la condición de denunciados, y las reglas propias de sus actividades que afrontan distintos tipos de riesgos en el marco de la prestación de sus servicios.

En virtud a lo señalado, el Indecopi en su condición de ente que forma parte de la Administración pública desempeña un rol muy importante en la economía del país, especialmente en atención a que sus decisiones podrán generar confianza a los ciudadanos, incentivando a continuar con los servicios de determinado banco o causar el efecto contrario, debido a que nadie anhela tener un vínculo contractual con aquel proveedor que infringe una norma. Por tanto, los clientes, a través de la información otorgada por la Administración Pública, pueden encontrarse más fidelizados a su banco o lamentablemente, desconfiar de este tipo de empresas e iniciar crisis en el sector económico.

De conformidad con el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, se prescribe que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en principios y entre los varios expuestos e importantes, nos interesa

la validez que se le otorga al principio de predictibilidad, aplicable para el tramitado ante el Indecopi.

Tal como ha señalado Guzmán, “los principios generales del derecho desempeñan un rol sumamente importante en la organización del ordenamiento jurídico, puesto que permiten no solo interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del derecho, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivo” (Guzmán 2013: 29). En virtud a lo expuesto, los órganos resolutivos del Indecopi deben ejercer sus funciones considerando la aplicación de dichos principios en la tramitación de cada uno de sus casos, por lo que no basta con tener noción de este, sino que es imprescindible su aplicación en la tramitación, así como en la fundamentación de cada una de sus decisiones.

En la doctrina, se ha mencionado que el Derecho tiene la función de ordenar la sociedad y permitir un adecuado desarrollo y convivencia de todos los seres humanos que la integran, esto es, constituirse como una vía en la cual todos los que la conformamos podemos vivir evitando conflictos y en caso estos surjan, podamos obtener una solución equilibrada. En efecto, según Alvim, la función del Derecho es, en primer lugar, generar estabilidad, lo que proporciona tranquilidad al justiciable, y para los efectos de la presente investigación, a los administrados en protección al consumidor bancario, en la medida en que éstos puedan moldear su conducta al contar con cierta dosis de predictibilidad, creando estabilidad (Alvim 2010: 72), por lo que estar ante el desconocimiento de la solución a los conflictos surge caos y pérdidas de naturaleza patrimonial e incluso extrapatrimonial.

Ante ello, la autora señalada precedentemente, refiere que “siendo la jurisprudencia uniforme, estable, consistente, habrá además condiciones para que se cree predictibilidad, de forma que el ciudadano pueda planear su vida sin grandes sustos” (Alvim 2010: 72). En nuestra realidad, desde hace muchos años existe suspicacia sobre la solución que se obtendrá ante la denuncia de una conducta considerada infractora a la normativa de protección al consumidor, e incluso esta desconfianza se halla en la magnificencia que podría representar una entidad bancaria, por el poder económico que ostenta, y el consumidor no solo podría padecer de temores, justificados, ante la posibilidad de obtener pérdidas económicas; sin embargo, una forma de fomentar confianza para los consumidores y proveedores es otorgarles pronunciamientos amparados en los principios administrativos.

Los administrados que deciden iniciar un procedimiento administrativo ante el Indecopi desean conocer con anticipación la decisión que emitirá la autoridad y no estar en un

estado de incertidumbre durante el plazo que en primera instancia oscila entre los treinta (30) días hábiles para los procedimientos sumarísimos y ciento veinte (120) días hábiles para los procedimientos ordinarios. Cualquier administrado busca tener certeza sobre si el hecho controvertido concluirá con una sanción o un archivamiento –en el caso de los procedimientos sumarísimos- o si será declarada fundada o infundada –en los casos de las denuncias tramitadas ante las comisiones-, y una decisión que se asemeje a lo decidido es lo que se espera por parte de la administración.

En el supuesto de que se disponga sancionar o declarar fundada la denuncia, se podrá tener la expectativa que la autoridad ordenará una medida correctiva que coincida con otras aquellas dispuestas en casos anteriores; así como también realizará la graduación de una sanción con fundamentos semejantes a los expuestos con anterioridad. De esta forma, no debería existir una desproporción significativa entre los diferentes órganos resolutiveos que conforman el Indecopi a nivel nacional.

Lo expuesto sin duda involucra una comprensión de lo que se entiende por Principio de Predictibilidad, pues todos los que potencialmente estamos sujetos a formar parte de un procedimiento administrativo sancionador o, ya encontrándonos en uno, queremos conocer lo que la administración dispondrá en relación con la infracción, esto significa que deseamos saber si ordenará una medida correctiva y si impondrá una sanción.

La doctrina ha establecido que no podemos pretender que en todos los casos los órganos resolutiveos utilicen los mismos términos, sino que el razonamiento jurídico aplicable se ampare en fundamentos semejantes, pues no debe confundirse la réplica o copia de considerandos con lo que se concibe como predictibilidad, en especial debido a que “la predictibilidad es inherente al Estado de Derecho, afirmación también repetida con frecuencia por los juristas de *civil law*, y cuando se piensa en este principio como objetivo deseable y que debe ser alcanzado por el Derecho, no significa que las partes tengan siempre condiciones de prever de forma precisa cómo será la decisión del proceso en el que se oponen, pero la decisión no debe ser tal que sea imposible imaginarla” (Alvim 2010: 74). Este análisis cobra mayor significación cuando se está ante un sector tan particular como el que comprende a los servicios bancarios.

Los principios administrativos contemplados en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, según el Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, entre los que se encuentra el de predictibilidad tienen la finalidad de permitir una interpretación de las normas ahí donde la aplicación literal no es posible, esto es, se constituyen en parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general. Los principios

contenidos en el título preliminar de esta ley deberán emplearse como parámetros para la elaboración de normas legales que regulen procedimientos administrativos sancionadores, así como para la generación de otras disposiciones, en particular las que regulan procedimientos administrativos al interior de las entidades (Guzmán 2013: 30).

El Principio de Predictibilidad se encuentra prescrito en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que determina:

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

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

El Principio de Predictibilidad se define como aquella máxima rectora que demanda el suministro de cualquier información a los ciudadanos sobre las secuencias del procedimiento, competencias administrativas, criterios administrativos anteriores, que les permita anticiparse y planificar sus actividades. El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General incorporó algunas reglas que refuerzan la aplicación del principio de predictibilidad a través de los precedentes administrativos, los cuales deben contener información confiable, actual y exacta (Morón 2017: 128-129).

Del primer párrafo del numeral 1.15 del Título Preliminar se constata que la Autoridad Administrativa tiene la obligación de proporcionar información veraz y completa sobre cada trámite al administrado o sus representantes, en todo momento (Guzmán 2013: 59), esto significa, desde la presentación de la denuncia, los administrados (consumidor y proveedor) puedan tener un conocimiento cierto del resultado final que obtendrán. Este primer párrafo condensa lo que significa la predictibilidad de las decisiones de todo órgano que conforma la Administración Pública, por lo que no solo se requiere estar dentro de un procedimiento, sino que incluso con antelación el consumidor y el

proveedor pueden conocer los resultados que obtendrán, los cuales se caracterizarán por un nivel de credibilidad y difusión efectivo para todos los ciudadanos.

El segundo y tercer párrafos del numeral 1.15 se refieren a la expectativa legítima que tienen los administrados de que la administración pública actúe según la práctica y los antecedentes administrativos, de manera tal que los administrados confíen en que la Autoridad Administrativa, en su caso, no se aleje las decisiones adoptadas precedentemente, según el análisis que vino exponiendo en los actos administrativos que emite. Asimismo, la diferencia con la predictibilidad radica en que la confianza legítima contempla la posibilidad de apartarse de los criterios adoptados sin que exista una conducta arbitraria cuando esto se produzca, permitiendo establecer decisiones nuevas que contengan mandatos cuya aplicación no genere caos, sino que se cuente con plazos pausados y prudentes para su implementación.

En relación con el principio de predictibilidad, Morón expresó que “el cumplimiento del principio de predictibilidad en la actuación administrativa, exige que las autoridades entreguen información de cada procedimiento reuniendo tres cualidades: información cierta, información completa e información confiable, con el objeto de generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál será la actuación del poder en aplicación del Derecho y se retire cualquier riesgo de incertidumbre” (Morón 2017: 128). La predictibilidad se encuentra enfocada en el manejo de la información y la forma en la que esta se pone en conocimiento de los administrados, haciendo un hincapié importante en la exigencia de su oportunidad, puesto que la información tardía y carente de claridad solo obstaculiza la aplicación de este principio.

La doctrina expone que el Principio de Predictibilidad tiene dos finalidades. La primera se concreta en concederle al administrado el hecho de determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuados para sus intereses, reduciéndose los costos en los que pueda incurrir en la tramitación de su procedimiento e incentivando de manera inmediata el uso de mecanismos formales para la obtención de beneficios (Guzmán 2013: 60).

La segunda, se encuentra referida a que “el principio de predictibilidad permitirá desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decirse por la abstención en el ejercicio de la misma. Esto a su vez redundará también en una evidente reducción de costos organizativos en favor de la Administración que tendrá que tramitar una menor cantidad de solicitudes” (Guzmán 2013: 60).

Ante la segunda finalidad del principio de predictibilidad, relacionado directamente con la gestión de la información condensada en las resoluciones administrativas, le corresponde al Indecopi elaborar lineamientos que contengan los pronunciamientos más recientes en temas bancarios, o por lo menos corroborar que las resoluciones de sus órganos resolutivos sean difundidas con celeridad, lo que constituirá en un elemento que motive a los consumidores y proveedores a evitar sobrecargar a la administración pública en forma innecesaria.

No se debe omitir que la noción del principio de predictibilidad se encuentra relacionada con la Teoría de las Autolimitaciones Administrativas, la cuales se caracterizan por ser “el conjunto de instrumentos diversos, más complementarios, que buscan asegurar la razonabilidad, la coherencia y la equidad en el tratamiento conferido por la Administración Pública a los ciudadanos, que son exigencia para asegurar el Estado Democrático del Derecho y el debido proceso legal sustancial, que prohíbe las iniquidades estatales” (Santos de Arago 2010: 39). Contar con información clara, comprensible y que además sea constante durante el transcurso del tiempo sin duda es una característica propia de una administración que respeta los derechos de sus ciudadanos y promueve una solución a sus controversias que no satanice al infractor, sino que promueva una política preventiva y conciliadora. De igual forma, Santos de Arago sostiene la existencia de un deber de coherencia para decidir, que recae en la Administración pública, pues quien mantiene la potestad resolutoria tiene la obligación de investigar y averiguar casos de la misma índole, antes revisados, en la medida que una evidente disparidad de las decisiones ocasiona una desconfianza en el sistema.

Las decisiones administrativas de todas las entidades que conforman la Administración Pública deben evidenciar coherencia, sin admitir un trato diferenciado para los administrados pues ante supuestos infractores idénticos o semejantes no se espera decisiones que sean opuestas ni medidas o sanciones excesivas en algunos órganos resolutivos y diferentes en otros.

De acuerdo con Morón, en el momento actual es un verdadero reto lograr un Estado con aceptable de seguridad jurídica a través del Derecho Administrativo. En la medida que las autoridades públicas sean más predecibles, se dará la condición necesaria para la afirmación de la autonomía de los administrados: trabajadores, inversionistas, contribuyentes, industriales, exportadores, enfermos, jubilados, y en general, todo agente económico y social vinculado con el sistema administrativo. Si las autoridades públicas fueran predecibles en sus decisiones gubernamentales de creación y aplicación del Derecho Administrativo, entonces los ciudadanos diligentes e informados

podríamos conocer de antemano y predecir aquello prohibido, aquello a que estamos obligados y aquello que nos está permitido por el Derecho Administrativo, valorar las consecuencias y riesgos de nuestros actos y omisiones y tomar decisiones autónomamente asumiendo nuestras consecuencias, costos y riesgos (Morón: 126), favoreciendo absoluciones oportunas ante las disconformidades expuestas por los consumidores y con proveedores que no tengan la necesidad de someter a sus clientes a engorrosos procedimientos administrativos que pueden prolongarse hasta por algunos años.

En síntesis, debe tenerse en consideración que la predictibilidad permite que los ciudadanos tengan al alcance las decisiones que el órgano resolutorio expedirá ante un determinado comportamiento, por lo que el manejo de la información en esta época no solo cuenta con mecanismos más permisivos sino que además goza de un mayor alcance, evitando la pérdida de costos tanto para la Administración Pública como para los bancos que deben tramitar una cuantiosa cantidad de procedimientos administrativos y sujetarse a la pérdida de un cliente que puede tener una versión errada de lo que puede ser configurado como una conducta infractora.

1.2 El principio de predictibilidad según el Tribunal Constitucional del Perú

De lo mencionado anteriormente, se ha verificado que el principio de predictibilidad tiene conexión con un Estado Garante, respetuoso de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, fomentando una situación de tranquilidad y armonía al tener conocimiento de que la Autoridad Administrativa podrá otorgarle una solución amparada en una interpretación normativa ya expuesta en forma coherente previamente.

Por ente, no se puede dejar de analizar la posición que asume el Tribunal Constitucional respecto de la predictibilidad. Sobre el particular, este órgano autónomo destaca que el principio de predictibilidad se configura como una conducta que forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho, en especial la de los poderes públicos, ejecutable en los supuestos previamente determinados por el Derecho, constituyéndose como aquella garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad (Tribunal Constitucional: 2016).

Mediante la sentencia emitida en el expediente N° 1454-2010-PDH/TC, el Tribunal se pronunció sobre el principio de predictibilidad concibiéndola como una expresión del deber de transparencia de las entidades públicas, fijando como su obligación la de “poner a disposición de los administrados la información veraz, completa y confiable

sobre los trámites que estos realicen, para que puedan prever el pronunciamiento final” (Tribunal Constitucional: 2010). La aplicación de predictibilidad, en los términos expuestos por este ente constitucional, faculta concluir que las resoluciones finales emitidas deben ser puestas al alcance de todos los ciudadanos. En esta situación reiteramos que, aunque la mayoría de resoluciones de los órganos resolutivos de la Sede Central del Indecopi se encuentran publicadas a través de la página web, esto no ocurre con los demás órganos resolutivos de las Oficinas Regionales, cuyos pronunciamientos no presentan el mismo nivel de accesibilidad para los administrados de las diferentes regiones.

El propio Tribunal Constitucional del Perú reconoce que una consecuencia legítima de aplicar el principio de predictibilidad es la seguridad jurídica. La seguridad jurídica no se encuentra reconocida de forma expresa como un principio constitucional, sin embargo, su exigencia forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. Así, en concordancia con el Tribunal Constitucional de España, se contempla que la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (Sentencia 36/1991, FJ 5).

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional reconoce que la seguridad jurídica involucra una predecible reacción, otorgándole el rango de principio que se encuentra en todo el ordenamiento y si bien su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, se materializa a través de distintas disposiciones constitucionales, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, párrafo a), el cual delimita que "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe", así como de forma específica en el artículo 2°, inciso 24, párrafo d) al estipular que "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley" y, por último, el artículo 139°, inciso 3 desarrolla que "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación", tal como se estipuló en la sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de abril de 2003, en el marco de la tramitación del expediente N° 16-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional: 2002).

Por consiguiente, el principio de predictibilidad goza de reconocimiento constitucional y se encuentra inexorablemente vinculado a la difusión de la información entre los consumidores y proveedores y a la expectativa de que este conocimiento se vea

replicado en los casos en los que tengan participación directa en el marco de tramitación de un procedimiento administrativo, promoviendo, a través de su aplicación en el ámbito administrativo, como consecuencia, un estado de seguridad jurídica para el desarrollo de las relaciones de consumo en el sector bancario.

1.3 La diferencia entre el principio de predictibilidad y la confianza legítima

La redacción actual del numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, asocia el principio de predictibilidad a la protección de la confianza legítima generada en el administrado, corroborando la necesidad de que la información entregada a los administrados, sobre las decisiones tomadas para la Administración Pública, sean completas y confiables, de forma que no se pueda cuestionar el ejercicio de las funciones de la Administración (Morón 2017: 129).

Valbuena señaló que el principio de legítima confianza surgió en el Tribunal Constitucional Alemán, reconocido por este organismo como “una derivación del postulado general de seguridad jurídica, en tanto los servidores públicos encargados de la creación o la aplicación del derecho deben entender que aquel tiene rango constitucional” (Valbuena 2007: 248).

Según Coviello, la protección al principio de legítima confianza constituye un instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos, comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocatoria o derogación, provoca un daño antijurídico en los afectados (Coviello 2004:462).

El Indecopi, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor efectuó un análisis sobre el principio de confianza legítima a través de la Resolución N° 3092-2013/SPC-INDECOPI, delimitando que constituye una vulneración a este principio la sanción impuesta a una entidad bancaria que actuó conforme a las pautas de mercado, las cuales fueron previamente dictadas por la propia autoridad administrativa respecto a la conducta imputada.

En ese sentido, la propia resolución citada precedentemente hace referencia a que debe tenerse en cuenta que la “protección de la confianza es una aplicación del principio de seguridad jurídica desde la perspectiva del individuo, de sus derechos y demás

relaciones jurídicas, según el cual estos deben poder confiar en que a su actuación, así como a la de las entidades públicas que inciden en sus derechos, posiciones y relaciones jurídicas, se ligen efectos jurídicos duraderos, previstos o calculados sobre la base de esas mismas normas” (Mazz 2005: 288).

En dicha resolución, el Indecopi reconoce que “el principio de confianza legítima tiene como principal fundamento que los administrados no se vean afectados por el cambio de criterio, salvaguardando de esta forma la seguridad jurídica al otorgar al ciudadano un periodo de transición para que adecúe su comportamiento a una nueva situación, sin regir cambios respecto de normas procesales” (Indecopi: 2013). Este pronunciamiento debe tener mayor difusión cuando de relaciones de consumo en el sector bancario se trata, puesto que, como se verá en el siguiente capítulo, el Indecopi no ha establecido pautas ni plazos en lo referido a las compensaciones de los créditos con los fondos que mantienen los clientes en las cuentas de haberes, pues cambiar súbitamente los sistemas informáticos solo evidencia arbitrariedad por parte de la Administración.

El principio de confianza legítima también se encuentra desarrollado a través de la Resolución 1853-2013/SPC-INDECOPI, en la cual si bien el proveedor no corresponde a una entidad del sistema bancario sino a un centro educativo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor determinó dejar sin efecto una sanción corroborando que la imputación de cargo no constituía infracción a las normas de protección al consumidor, por lo que para no afectar el principio de la seguridad jurídica era necesario que se aplique el principio confianza legítima (Indecopi: 2013).

En el ámbito comparado, la magistrada Vargas Hernández de la Corte Constitucional de Colombia sostuvo a través de la sentencia N° C-131-2004 del 19 de febrero de 2004, que la esencia de la confianza legítima para las autoridades públicas consiste en la obligación para las mismas de preservar un comportamiento no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales; buscando proteger al particular de cambios inesperados por parte de las autoridades públicas, protegiéndolos ante modificaciones intempestivas, de allí que el Estado se encuentre obligado, en estos casos de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios para adaptarse a la nueva situación (Corte Constitucional de Colombia: 2004).

En Colombia, la confianza legítima es concebida como el “deber que le asiste a la administración pública de revisar sus propias actuaciones, frente a los requerimientos de los administrados cuando sus decisiones van en contravía de sus intereses, debido a que no pueden cambiar de manera súbita las condiciones inicialmente dispuestas ya fuera respecto de la prestación de un servicio, como las que regulaban sus relaciones

con la administración, esto sin prever períodos de transición o alternativas que permitieran su adaptabilidad a la nueva situación” (Suarez 2017: 34), situación que si bien ha sido mencionada a través de escasas resoluciones por parte del Indecopi en el Perú, aún no se materializa en forma concreta en los fundamentos contemplados en las resoluciones administrativas de todas los órganos resolutivos que lo conforman.

Así, la autora Suarez explica que la confianza legítima constituye el reflejo de la buena fe de las actuaciones de las autoridades administrativas aplicando las normas que direccionen su actividad hacia un orden social y justo, asegurando el cumplimiento de los deberes sociales tanto de la administración como de los administrados, sin que dicha confianza posea un origen legal o constitucional que la respalde (Suarez 2017: 35).

No se puede negar que los principios de predictibilidad y legítima confianza se encuentran relacionados; sin embargo, son distintos y ambos demandan una fundamentación distinta por parte de la Autoridad Administrativa, pues cuando se hace referencia a la predictibilidad se exige en cumplimiento de una motivación y fundamentación esperable, que responde a razonamientos anteriores; y por otro lado, la legítima confianza se vincula con la posibilidad de que estos criterios previos sean tomados en cuenta al desarrollar un nuevo cambio, pero además la introducción de una modificación a los criterios prefijados demandarán un plazo de adecuación razonable para que su cumplimiento no genere caos en los administrados.

De otro lado, tanto el principio de predictibilidad, así como la legítima confianza se encuentra enlazados con el principio de la seguridad jurídica, puesto que ambos garantizan el respeto por los derechos de quienes acuden a la vía administrativa. En relación con lo indicado, Morón Urbina expresa que es importante contar con la certeza en el conocimiento del Derecho Administrativo que nos permita saber qué norma está vigente, evitar las derogaciones tácitas y las suspensiones temporales de normas, respeto a resolver siguiendo los antecedentes de criterios institucionales con independencia de las personas que ocupan los cargos, el seguimiento a los precedentes de interpretaciones en casos similares y un apartamiento excepcional debidamente justificado, lo cual también comprende obtener decisiones claras y no confusas (Morón: 126).

Así, la predictibilidad se encuentra ligada con la participación de la Administración que tiene la potestad para mejorar, variar, actualizar y perfeccionar según su criterio, pues no hay una expectativa de los ciudadanos a que las normas vigentes permanezcan así, pero la autoridad lo debe hacer sin afectar situaciones de confianza legítima ya

generadas, respetando los procedimientos participativos previos para producir las normas, y preocuparse de dar las compensaciones adecuadas (Morón: 127).

Lo expuesto sobre el principio de predictibilidad y la legítima confianza, así como la relación que existe de ambas con la seguridad jurídica, genera que un jefe de órgano resolutorio o la instancia colegiada del Indecopi no pueda asumir una posición arbitraria, y que bajo normas sectoriales pueda buscar la validez de sus resoluciones alegando que cuenta con independencia técnica, sustentada en la discrecionalidad administrativa, para alejarse de criterios recogidos por otros órganos resolutorios de la misma entidad.

Es importante indicar que cada uno de los órganos resolutorios del Indecopi ostenta de discrecionalidad administrativa, lo que no significa que estos principios como la predictibilidad y la legítima confianza deban oponerse, sino servir complementariamente para el adecuado desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores.

Según Zegarra la discrecionalidad administrativa es entendida como una libertad de elección que la ley otorga a la Administración para decidir sobre aquello que estima más conveniente para el interés público, delimitándose criterios que no deben estar alejados de lo que se entiende por predictibilidad (Zegarra 2006: 40). Para este autor, dentro de esta primera forma de discrecionalidad se constata que la ley no puede especificar lo que corresponde al interés público, debido a que esa determinación debe hacerse atendiendo, en gran medida, a las circunstancias del caso; de ahí que, esta determinación se remita a la apreciación de la Administración (Zegarra 2006: 40).

Zegarra precisa también que la discrecionalidad administrativa recae en normas que atribuyen a la Administración la potestad para llevar a cabo una determinada decisión, otorgándole a la propia autoridad la posibilidad de fijar criterios (Zegarra 2006: 40).

Por último, la discrecionalidad administrativa como margen para la determinación o creación de fines permita que la Administración cuente con “potestades para la satisfacción de intereses generales que no puede utilizarlas con otra finalidad, de ahí que cuando la ley atribuya a la Administración una potestad lo haga para que mediante el ejercicio de dicha potestad satisfaga un determinado fin, que será una concreción de ese interés general” (Zegarra 2006: 41).

Cabe señalar que la discrecionalidad que ostenta la Autoridad Administrativa no puede manejarse al margen de la normativa imperativa que rige el ejercicio del Derecho Administrativo, y menos otorgar validez a actos administrativos que vulneren principios reconocidos constitucionalmente y contemplados en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General.

De esta forma, analizar una resolución en la que la Autoridad no respete el principio de predictibilidad podrá generar mayores pérdidas para las partes involucradas, quienes no solo considerarán una pérdida de recursos sino que no verán reconocidos sus derechos, pues no se trata de amparar injustificadamente al consumidor o de sancionar ejemplarmente a una entidad bancaria, sino de aplicar correctamente las normas, con criterios de interpretación no solo de la legislación de protección al consumidor sino especialmente de aquella que regula el ejercicio de la banca en el Perú, para que estas decisiones sean dignas de publicación y conocimiento por parte de la ciudadanía.



CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DEL INDECOPI

Durante el desarrollo del presente capítulo pretendo que los administrados podamos tener una visión general de algunos de los pronunciamientos que emitió el Indecopi ante la interposición de una denuncia administrativa sobre infracciones en temas bancarios a través de sus órganos resolutivos.

En efecto, la esencia del Principio de Predictibilidad, según lo hemos señalado citando la doctrina, reside en que los administrados tengamos la posibilidad de conocer que las instancias administrativas adoptaron un criterio uniforme y coherente reflejado en sus decisiones y que éstas serán aplicadas en el marco de la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho.

Ahora, tener acceso a las decisiones que viene adoptando la Autoridad Administrativa, resulta favorable para los administrados que se constituyen como partes en un procedimiento administrativo sancionador.

Desde la posición de consumidores razonables que no conocen de la especificidad propia del sistema bancario es natural que estos no tengan pleno dominio de la normativa que los ampara, ante ello, no es menos cierto que los consumidores no se encuentran en la misma posición que las entidades bancarias, y este desnivel es analizado a través de la asimetría informativa en el caso de los servicios transversales prestados por las entidades del sector bancario.

En la Resolución N° 2502-2014/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor expuso que las entidades del sistema financiero desarrollan sus actividades dentro de un mercado complejo, en el cual se procesa abundante información especializada, ubicando a estas entidades en mejor posición informativa respecto de los consumidores finales, entre ellos, los microempresarios, siendo la asimetría informativa una característica típica de este tipo de servicios (Indecopi 2014: 7).

Entendiendo que un consumidor razonable “no es un experto o excesivamente exigente y cuidadoso, no es uno racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora, sino por el contrario, es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias que atraviesa” (Bullard 2010: 5), resulta más beneficioso que las entidades bancarias puedan contar con la información que comprenda los

pronunciamientos uniformes que les impida incurrir en infracciones a la normativa de protección al consumidor, pues las entidades del sector bancario por las propias normas de gobierno corporativo y el riesgo reputacional al cual se encuentran expuestas, no buscan, dentro de su objeto social, lograr el calificativo de ser consideradas como las empresas “más sancionadas” en el mercado peruano.

Si bien es importante que un consumidor conozca sus derechos en el ámbito de protección al consumidor, resulta más ventajoso y fructífero que las entidades especializadas, los Bancos, sean los que adopten políticas de prevención en forma oportuna, en virtud a un adecuado conocimiento de las resoluciones del Indecopi, favoreciendo gestionar adecuadamente los riesgos en los que incurre la entidad al cometer una infracción y buscar los mecanismos para poder evitar reincidir.

Las entidades bancarias buscan promover políticas de fidelización con sus clientes a través de un adecuado sistema de atención de reclamos y una defensa legítima de las denuncias administrativas. Así, sus departamentos legales al recibir una notificación de una resolución emitida en el ámbito de la protección al consumidor, comunican a sus diversas áreas, entre las que cabe señalar a las de atención de reclamos, monitoreo, agencias, en el menor tiempo posible, las decisiones plasmadas y con ello evitar acumular sanciones que tengan impacto en su reputación.

Sin embargo, difundir al interior de una entidad bancaria los criterios de interpretación contenidos en una resolución administrativa que no resulta coherente con los adoptados con antelación, genera un estado de inseguridad y hasta confusión en la organización interna de una entidad bancaria, en especial cuando no hay un cumplimiento de la legítima confianza por parte de todos los órganos resolutivos.

En el Perú contamos con cuatro entidades bancarias sistémicas, y la aplicación del principio de predictibilidad resulta de gran utilidad para estos proveedores, quienes por la masividad de reclamos y denuncias que reciben, requieren de pronunciamientos del Indecopi coherentes, ello supone que la aplicación de este principio sea una exigencia para todos los órganos resolutivos que conforman la estructura del Indecopi, esto es, los de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor, las comisiones de protección al consumidor y la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

En el artículo 105° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se ha delimitado que el Indecopi es la autoridad con competencia de alcance nacional encargada de tramitar los procedimientos que versen sobre infracciones al Código, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 105.- Autoridad competente

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.

Para la cobertura a nivel nacional el Indecopi, previo acuerdo de su Consejo Directivo, puede constituir órganos resolutivos de procesos sumarísimos de protección al consumidor o desconcentrar la competencia de la Comisión de Protección al Consumidor en las comisiones de las oficinas regionales que constituya para tal efecto; crear comisiones adicionales o desactivarlas conforme lo justifique el aumento o disminución de la carga procesal (...).

La Directiva N° 005-2017/DIR-COD-INDECOPI, aprobada el 24 de abril de 2017, mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 075-2017-INDECOPI/COD, regula el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, estableciendo que los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos son competentes en las controversias que versen: a) por razón de cuantía: sobre productos o servicios cuyo valor, según lo contratado u ofertado, sea de hasta tres (3) Unidades Impositivas Tributarias; b) por razón de materia: denuncias que versen exclusivamente sobre falta de atención a reclamos y requerimientos de información; métodos abusivos de cobranza y falta de entrega del producto, con independencia de su cuantía; incumplimiento de medida correctiva, incumplimiento de acuerdo conciliatorio, liquidación de costas y costos e incumplimiento de pago de costas y/o costos.

Asimismo, el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos es competente para conocer en primera instancia, procedimientos administrativos sancionadores por infracciones a los artículos 5 y 7 del Decreto Legislativo N° 807 en las que incurran los administrados y/o terceros durante el trámite de los procedimientos a su cargo.

En el acápite 3.4 de la Directiva N° 005-2017/DIR-COD-INDECOPI establece que el procedimiento sumarísimo se inicia, en primera instancia, ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos; así como la segunda instancia en vía de apelación, le corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor o a la Comisión con facultades desconcentradas en esta materia, especificando que la resolución emitida por la

Comisión agota la vía administrativa, y puede ser cuestionada mediante el proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial.

El artículo 125° del Código de Protección y Defensa del Consumidor prescribe la competencia de los órganos resolutores de los procedimientos sumarísimos de protección al consumidor estipulando que cada órgano resolutor de procedimientos sumarísimos “es competente para conocer, en primera instancia administrativa, denuncias cuya cuantía, determinada por el valor del producto o servicio materia de controversia, no supere tres (3) Unidades Impositivas Tributarias; así como aquellas denuncias que versen exclusivamente sobre falta de atención a reclamos y requerimientos de información, métodos abusivos de cobranza, falta de entrega del producto, con independencia de su cuantía”.

El artículo 125° del Código también hace referencia a que los órganos resolutores no pueden conocer denuncias que involucren reclamos por productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos, actos que afecten intereses colectivos o difusos y los que versen sobre productos o servicios cuya estimación patrimonial supera tres (3) Unidades Impositivas Tributarias o son inapreciables en dinero. La Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi o la comisión con facultades desconcentradas en esta materia, según corresponda, constituye la segunda instancia administrativa en este procedimiento sumarísimo, y las resoluciones que emita agotan la vía administrativa y puede ser cuestionada mediante el proceso contencioso administrativo.

2.1 Sobre la estructura de los órganos resolutores del Indecopi

A nivel nacional, el Indecopi cuenta con órganos resolutores de procedimientos sumarísimos de protección al consumidor encargados de la tramitación en primera instancia de las denuncias presentadas por los consumidores en el ámbito bancario. Asimismo, las apelaciones interpuestas son resueltas por las Comisiones de Protección al Consumidor adscritas a las Oficinas Regionales del Indecopi.

La Directiva N° 005-2010/DIR-COD-INDECOPI del 26 de noviembre de 2010, aprobada mediante la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 178- 2010-INDECOPI/COD delimita las reglas sobre la competencia desconcentrada en las Comisiones adscritas a las Oficinas Regionales, señalando en su numeral el 4.1 la competencia territorial de las Comisiones adscritas a las Oficinas Regionales se encuentra en los anexos N° 1, 2, 3 y 4 de dicha Directiva.

La Sede Central del Indecopi, en Lima, cuenta con el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 2, el cual, de acuerdo con la división temática delimitada a través de la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 106-2014-INDECOPI/COD del 27 de junio de 2014, mediante su artículo 1° determina que este órgano es competente para la tramitación de las denuncias sobre servicios bancarios y financieros, sistema de pensiones y mercado de valores (Indecopi: 2014).

La Comisión de Protección al Consumidor N° 1 del Indecopi, es la encargada de tramitar, en vía de apelación, las resoluciones emitidas por el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 2.

En atención a que las resoluciones emitidas por el Indecopi son tramitadas (i) por los órganos resolutivos de procedimientos sumarísimos y en segunda instancia por la Comisión de Protección al Consumidor y (ii) las que son presentadas ante la Comisión de Protección al Consumidor y en segunda instancia ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor, deben guardar armonía y analizar en conjunto la aplicación del principio de predictibilidad.

En las líneas siguientes se comentará las resoluciones del Indecopi en materia de protección al consumidor de los servicios bancarios y financieros, a fin de corroborar la vulneración del Principio de Predictibilidad por parte de los órganos resolutivos encargados de la tramitación de los siguientes tipos infractores, por afectación a los intereses económicos de los consumidores contenido en el literal c) del numeral 1.1 del artículo 1°, así como al deber de idoneidad contemplado en los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor por:

- No permitir la cancelación anticipada de los créditos
- Cierre de cuenta sin comunicación previa
- Compensaciones
- Medidas de seguridad

Del análisis de cada uno de estos tipos infractores podrá constatarse que la Autoridad Administrativa no viene cumpliendo válidamente con la aplicación del principio de predictibilidad.

Asimismo, es importante indicar que la selección de las conductas que conforman el análisis de los tipos infractores, se caracterizan por integrar los servicios recurrentes que prestan las entidades bancarias. Así las cancelaciones anticipadas pueden ser solicitadas en todos los préstamos que requieren los consumidores, las cuentas de

ahorros pueden ser bloqueadas afectando la disponibilidad del dinero que pueda existir en cada una de las cuentas, las compensaciones se ejecutan con posterioridad al vencimiento de la fecha de pago de una cuota y las medidas de seguridad se requieren en el uso de todas las tarjetas de débito y crédito.

2.2 Sobre el pago anticipado

Cabe señalar que el pago anticipado es un derecho a favor de los consumidores contemplado en el artículo 86° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, derecho que consiste en que los consumidores, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, puedan efectuar el pago anticipado o prepago de los saldos, en forma total o parcial, con la reducción correspondiente de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que corresponda aplicar penalidades o cobros de naturaleza similar.

El numeral 29.2 del artículo 29° del Reglamento de Gestión de Conducta del Mercado Financiero, estipula que “los pagos efectuados por encima de la cuota exigible en el periodo, en el caso de créditos bajo el sistema de cuotas, se catalogan como pago anticipado y traen como consecuencia la aplicación del monto al capital del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses, las comisiones y los gastos derivados de las cláusulas contractuales al día del pago” (SBS: 2017).

El numeral 29.3 del artículo 29° señalado precedentemente establece que los pagos mayores a dos (2) cuotas (que incluye aquella exigible en el periodo) se consideran pagos anticipados, especificándose que las empresas de intermediación financiera deben requerir a los clientes, al momento de realizar el pago, que señalen si debe procederse a la reducción del monto de las cuotas restantes pero manteniendo el plazo original, o del número de cuotas con la consecuente reducción del plazo del crédito.

La elección del pago anticipado debe efectuarse a través de los mecanismos que para tal efecto se establezcan en los contratos y las empresas deben mantener una constancia que permita acreditar la elección realizada.

A modo de precisar los antecedentes al Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero expuesto en los párrafos anteriores, amerita exponer que la Resolución SBS 1801-2014 modificó algunos artículos del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, vigente desde el 22 de marzo de 2014 hasta la entrada en vigencia del Reglamento de

Gestión de Conducta del Mercado del Sistema Financiero, y ya establecía que los pagos mayores a dos (2) cuotas, incluyendo la cuota del periodo, se considerarán pagos anticipados. Las entidades debían solicitar al usuario cuando efectuara el pago si deseaba que se procediera con la reducción del monto de las cuotas (manteniendo el plazo original) o del número de cuotas (con la consecuente reducción del plazo del crédito), para lo cual también se debía mantener una constancia que acredite la elección del usuario.

La propia norma establece como exigencia para las entidades del sector bancario la acreditación de una constancia que permita demostrar la elección solicitada por el consumidor referida al pago anticipado, y en caso que no se contara con la elección de la reducción del monto de cuotas o del número de cuotas, se elegiría la reducción del número de cuotas.

La Sala Especializada en Protección al Consumidor a través de la emisión de la Resolución N° 516-2010/SC2-INDECOPI del 15 de marzo de 2010 (Indecopi: 2010), se pronunció sobre la conducta referida al establecimiento de una formalidad para la solicitud del pago anticipado por parte de una entidad bancaria.

En la resolución N° 516-2010/SC2-INDECOPI, se analizó como conducta infractora que la entidad bancaria imponía requisitos injustificados para aceptar el pago anticipado de los créditos otorgados, consistentes en la presentación por escrito de una solicitud de pago anticipado y la imposición de diversos plazos de atención dependiendo del tipo de crédito. Ante ello, en el año 2010, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, hoy denominada Sala Especializada en Protección al Consumidor, estableció que resultaba válido que las entidades del sistema bancario contaran con mecanismos que permitieran acreditar la instrucción del consumidor que solicitaba efectuar un pago anticipado, es decir, la presentación por escrito de la solicitud de pago anticipado.

En el procedimiento antes citado, la entidad bancaria presentó su defensa alegando que en los contratos de préstamo que ofrecía se pactó el requisito de la solicitud de pago anticipado por escrito, por lo que debía valorarse las condiciones contractuales acordadas con el consumidor referidas a este requisito necesario para acreditar la solicitud de un pago anticipado. La entidad bancaria también refirió, justificando la necesidad de contar con una orden de instrucción (solicitud) así como la práctica habitual en el mercado financiero que involucra la generación de documentos de fecha cierta para respaldar la atención de las solicitudes de los usuarios, por lo que la exigencia de un documento por escrito, esto es de una solicitud presentada por el cliente

cuando pretendiera realizar una operación de pago anticipado, no constituía una infracción.

La Sala de Defensa de la Competencia N° 2, señaló mediante un análisis más amplio que el derecho al pago anticipado comprende por sí, toda prohibición general de imponer restricciones u obstáculos al ejercicio del derecho al pago anticipado, las cuales son entendidas como todo aquel comportamiento propio de las entidades del sector bancario y financiero que impliquen un obstáculo o limitación para el ejercicio de este derecho. Sin embargo, el establecimiento de una formalidad o procedimiento a seguir para efectivizar un pago anticipado, como era la presentación de una solicitud que reflejara el requerimiento de un usuario a realizar un pago anticipado, no involucraba necesariamente una infracción a tal derecho, pues el tipo infractor requiere que dicha formalidad o procedimiento tenga por efecto directo la obstaculización o restricción del pago anticipado.

La Sala además precisó que resultaba razonable que, dependiendo de la complejidad del tipo de producto crediticio de que se trate (convenio de descuento por planilla, crédito personal u otros), el proveedor requiera contar con una constancia de las condiciones en que el consumidor desea ejercer su derecho al pago anticipado, en la que se señale claramente si se trata de un pago total o parcial, si debe computarse como un pago anticipado o una cancelación anticipada, si prefiere la reducción de sus cuotas o la reducción del plazo de pago. E incluso, se hace mención a que también resultaba razonable que requiera un plazo prudencial para atender la solicitud de su cliente, pues dependiendo de la complejidad del producto crediticio sobre el que se solicita el pago anticipado, necesitará verificar el estado de cuenta de la deuda requiriendo a terceras instituciones información sobre los pagos (créditos por convenio, créditos que contarán con la participación de Cofide).

Asimismo, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante la Resolución N° 1683-2011/SC2-INDECOPI señaló que el establecimiento de una formalidad para la solicitud de un pago anticipado más aún si ha sido incorporada al contrato, así como de un plazo de verificación del estado de la deuda, no constituye una negación del derecho a efectuar el pago anticipado de una deuda.

Sin embargo, la Comisión de Protección al Consumidor N° 1, corroborando una vulneración al Principio de Predictibilidad, a través de la Resolución Final N° 3570-2017/CC1, en el año 2017, dispuso que no resultaba necesario que el consumidor presente algún medio probatorio que permitiera acreditar la instrucción de

pago anticipado de su crédito hipotecario, siendo necesario que únicamente contara con fondos suficientes en la cuenta de ahorros asociada a dicho crédito.

Al respecto, el criterio establecido por la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 se resume en los siguientes términos:

27. Ahora bien, en el presente caso, el consumidor no ha aportado medio probatorio alguno a efectos de acreditar que luego del abono a la cuenta ***-****-**-*****2857 brindó una instrucción al Banco a efectos de que la entidad financiera amortice su obligación -Crédito N° 0011-0831-96-00247234- con el depósito realizado.

(...)

32. En consecuencia, el depósito realizado el 3 de noviembre de 2015 por el importe de S/ 49 821,96 a la cuenta N° ***-****-**-*****2857, la cual fue abierta conjuntamente con la adquisición del crédito 0011-0831-96-00247234 y a efectos de operar como un canal a través del cual se pagaba el crédito materia de denuncia, sí calificaba como un pago.

En efecto, tal como se aprecia de los siguientes considerandos, se puede advertir que dicha instancia no analizó el caso de los pagos parciales, ocasionando confusión e incertidumbre a las entidades bancarias del sector bancario sobre la forma de aplicar pagos anticipados, pues las entidades ante la decisión del Indecopi, supuestamente a partir del año 2017, deberán disponer de los fondos que una persona decida mantener en su cuenta de ahorros (asociada al crédito) y aplicarla como pago anticipado sin que exista una instrucción y alejarse de los pronunciamientos anteriores, en los que la existencia de una instrucción de pago anticipado por escrito era válido para las entidades del sistema financiero.

La resolución dispuesta por la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 de la Sede Central, sin duda no analiza toda la magnitud que involucra disponer del dinero que los consumidores mantienen en su cuenta de ahorros asociados al crédito, pues en muchos supuestos cualquier cliente podría realizar el abono para utilizar su dinero con un propósito distinto del de efectuar el pago anticipado de deuda. E inclusive con el criterio expuesto por la Comisión, y en esa línea de razonamiento, debería presuponerse que cualquier suma podría aplicarse si bien no como pago anticipado total, sino como pago anticipado parcial.

2.3 Sobre el cierre de cuenta de ahorros sin comunicación previa

De conformidad con el deber de idoneidad contenido en los artículos 18° y 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, ante el supuesto de contratación de una cuenta de ahorros con una entidad bancaria, lo esperable para cualquier consumidor es que dicho producto se mantenga durante el tiempo que estime por conveniente, y en cumplimiento de las condiciones contractuales que corresponden a Cláusulas Generales de Contratación de Operaciones Pasivas aprobadas administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

En el marco de la tramitación del expediente N° 1327-2009/CPC, se denunció que a través de una carta, la entidad bancaria informó de su decisión de cerrar la cuenta de ahorros que había contratado el cliente desde el año 2004, sin realizar referencia alguna del motivo o circunstancia que habría originado adoptar dicha decisión.

La entidad bancaria se defendió señalando que según una de las disposiciones de las cláusulas generales se encontraba facultado a cancelar la cuenta sin requerir para ello expresar la causa de dicha decisión. Asimismo, refirió que requerir una causal objetiva para resolver un contrato constituía una exigencia contradictoria con otras obligaciones legales de las entidades financieras pues ante el supuesto de transacciones sospechosas por el delito de lavado de activos, debería cumplir con comunicar este hecho al cliente incumpliendo el deber de reserva en materia de lavado de activos. Es así que el Banco adjuntó la opinión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que describe las recomendaciones correspondientes a la Debida Diligencia con la Clientela y Supervisión Bancaria Efectiva.

En primera instancia, mediante la Resolución 4267-2009/CPC del 2 de diciembre de 2009, la Comisión de Protección al Consumidor determinó que las entidades del sistema financiero debían emitir comunicaciones directas a los usuarios, e informar sobre que la negativa a contratar se encontraba sustentada en la normativa respectiva para que la entidad financiera no vulnere el deber de idoneidad (Indecopi: 2014), sancionando a la entidad bancaria con diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, precisando que la resolución del contrato de cuenta de ahorros fue indebida y ordenando en calidad de medida correctiva que se deje sin efecto la cancelación de dicha cuenta de ahorros. En virtud al recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, expidió la resolución N° 2639-29117/SC2-INDECOPI del 3 de octubre de 2011, confirmando la decisión de la Comisión.

En los fundamentos contemplados por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 se precisó que la entidad bancaria no habría comunicado a sus clientes que las cláusulas generales se emplearían en los contratos suscritos, denegándose el pedido del Banco de aplicar la resolución del contrato según lo expuesto en uno de los considerandos que le otorgaban la facultad de cancelar la cuenta de ahorros sin necesidad de expresión de causa.

Asimismo, la Sala estimó que según el artículo 1398° el Código Civil no podían pactar en los contratos de adhesión la facultad de resolver un contrato sin expresión de causa y sin asumir alguna responsabilidad, aún inclusive si como en el presente caso hubieran sido aprobadas administrativamente, por lo que la forma en la que procedió la entidad bancaria denotaba una conducta indebida que solo establecía condiciones a su favor. Se alegó, además, que las entidades bancarias se encontraban obligadas a brindar sus servicios a cualquier persona y no limitar el acceso a estos una vez entablada la relación de consumo, pues pretender concluir unilateralmente sin que medie una causa que sustente su decisión se enmarca en una infracción a los derechos de los consumidores.

Por otro lado, el Indecopi en dicha resolución efectuó un análisis sobre la Ley N° 27693, Ley que creó la Unidad de Inteligencia Financiera, en la cual se detalló que si bien la información puesta en conocimiento de dicha entidad respecto de operaciones sospechosas detectadas por los propios bancos tienen carácter confidencial, protegido por el deber de reserva impuesto a estos, de la revisión normativa, las entidades bancarias no disponían de la facultad de cancelación de las cuentas bancarias cuando se tomara conocimiento de una investigación por el delito de lavado de activos.

El Indecopi concluyó que el deber de reserva invocado por el Banco para justificar la omisión de expresión de una causal en la resolución del contrato suscrito el denunciante y el cierre de una cuenta de ahorros, operaba únicamente respecto de la información puesta en conocimiento de dicha entidad de inteligencia financiera, sin que esto configure una causal de resolución de un contrato y posterior, cierre de cuenta. En este supuesto, el Indecopi no analizó la contingencia de las entidades bancarias al mantener cuentas de consumidores que podrían encontrarse involucrados en el delito de lavado de activos, generándose de esta forma un criterio que fue asumido incluso en más de cinco (5) procedimientos administrativos.

Sin embargo, recientemente a través de la Resolución N° 2311-2018/SPC-INDECOPI, emitida en razón de la Sentencia Casación N° 4016-2015, emitida por la Sala de la Corte Suprema que declaró nula la Resolución N° 2639-2011/SC2-INDECOPI, se pronunció

desvirtuando los argumentos que expuso la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi, actualmente, la Sala Especializada en Protección al Consumidor.

El Supremo Tribunal del Poder Judicial estableció que la entidad bancaria se encontraba debidamente autorizada al cierre de cuentas bancarias por encontrarse el consumidor en la condición de investigado por el delito de lavado de activos. En relación con ese delito, se detalló que la intención del legislador fue dar un margen de acción amplio a las entidades bancarias para poder aplicar los dispositivos normativos cumpliéndose su finalidad; por lo que el cierre de cuentas precisamente constituyó el mecanismo utilizado por el banco actor para acatar lo dispuesto por el legislador.

En relación a las cláusulas administrativamente aprobadas, el Supremo Tribunal verificó que estas fueron aprobadas administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, a través de la Resolución S.B.S. N° 4369-2008, por lo que la Sala del Indecopi debió resolver otorgándoles legalidad; no obstante, esta última omitió aplicar las normas bajo estudio.

Ahora bien, en la Resolución N° 2311-2018/SPC-INDECOPI se consideró que, en estricto cumplimiento de la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que no le correspondía al Indecopi analizar como hecho controvertido que sobre el denunciante recayese una investigación preliminar por el delito de lavado de activos, en la medida que bastaba otorgarle legalidad a la cláusula general de contratación mencionada por el Banco y aprobada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. En síntesis, el Banco se encontraba facultado para cancelar la cuenta de un cliente sin necesidad de expresión de causa, bastando el envío de una comunicación por escrito a la otra parte, tal como ocurrió en dicho caso.

En efecto, el criterio de predictibilidad adoptado por el Indecopi fue modificado a través de una resolución del órgano jurisdiccional, el cual le otorgaba validez de conformidad con la aplicación de cláusulas aprobadas administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Por otro lado, la falta de predictibilidad también queda evidenciada con los fundamentos de la Resolución N° 2311-2018/SPC-INDECOPI del 5 de setiembre de 2018, que contradice los criterios adoptados por la propia Sala Especializada en Protección al Consumidor, al exigir que las comunicaciones dirigidas a los consumidores debían sustentar objetivamente la causal que las motiva.

A través de la Resolución 0811-2010/SC2-INDECOPI y la Resolución N° 0818-2010/SC2-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 se pronunció alegando que para las cuentas de ahorros, distintas a la cuenta corrientes, se deberá aplicar el artículo 1398° del Código Civil, el cual invalidaba aquellas cláusulas que les otorgaban a las entidades bancarias, en forma indebida las facultades para suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo.

Asimismo, la Sala del Indecopi en aplicación de dicho artículo, reiteró que las entidades financieras no podían pactar en los contratos de adhesión, cláusulas a su favor, pues lo contrario suponía no reconocer la adecuada prestación del servicio al cual se comprometieron.

En relación con todo lo anterior, también vale la pena destacar aquellos casos en los que si bien no se está en una relación de consumo, los criterios adoptados por el Indecopi exigen que se remita comunicaciones a los consumidores a través de los cuales se les informe que no se procederá con la celebración de un contrato debido a alguna de las condiciones expuestas en el artículo 85° del Código de Protección al Consumidor que desarrolla que en el caso de la contratación de productos o servicios financieros, las empresas del sistema financiero pueden decidir la contratación con los usuarios del servicio en función a las condiciones particulares de riesgo, el comportamiento crediticio, las características de los productos que se diseñen para los mercados y la falta de transparencia debidamente reglamentada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

La Circular SBS B2197-2011 desarrolla lo establecido en el artículo 85° del Código, prescribiendo que las entidades del sistema financiero podrán elegir no contratar con los usuarios, modificar e incluso resolver los contratos celebrados con aquellos, como consecuencia de la aplicación de normas prudenciales, tales como las referidas a:

- (i) la administración del riesgo de sobreendeudamiento de deudores minoristas;
- (ii) consideraciones del perfil del cliente vinculadas al sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo; y,
- (iii) por falta de transparencia de los usuarios.

Por tanto, en el caso de la prevención del lavado de activos, el Indecopi exigía a las entidades del sector bancario que se debía mencionar explícitamente que tal

contratación no se realizará debido a que en forma genérica existe una causal contemplada en el artículo 85° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

No obstante, ante la reciente decisión del Poder Judicial contenida en la Sentencia de Casación N° 4016-2015, emitida por la Sala de la Corte Suprema resultaba importante que en el presente caso exista un trabajo conjunto y coordinado entre la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y el Indecopi, y no se deba esperar diez (10) años para que se pueda otorgar legalidad a las cláusulas generales de contrataciones aprobadas administrativamente por la Superintendencia y que el Indecopi a través de sus decisiones determine que la aceptación de estas a través de contratos de adhesión no se encuentran permitidas por evidenciar lesividad a los consumidores, que por lo menos en el hecho materia de investigación se refieren a delitos complejos como el de lavado de activos.

Cabe tener en consideración que la falta de aplicación del principio de predictibilidad por parte del Indecopi queda demostrada, en la medida que aún existe la incertidumbre de si fundamentar el cierre de cuentas con la sola cláusula general administrativa o es necesario que en algunos supuestos se cite el artículo 85° del Código de Protección al Consumidor, con lo que se demuestra que inclusive cuando el Poder Judicial ha ratificado la legalidad de las cláusulas generales de contratación, el Indecopi aún puede sancionar aquellos casos en los que estime necesario citar las causales objetivas que originan el cierre de una cuenta de ahorros.

Por otro lado, resulta oportuno traer a colación que mediante la Resolución N° 2371-2014/SPC-INDECOPI, se contempló la posibilidad de que las entidades bancarias puedan resolver un contrato de tarjeta de crédito de un consumidor, lo cual comprende cancelar la línea de crédito otorgada en virtud al riesgo de sobreendeudamiento expuesto ante la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

El procedimiento a través del cual se emitió la resolución anterior se originó porque un consumidor cuestionó ante el Indecopi que se le restringió la posibilidad de realizar operaciones de disposición de efectivo con su tarjeta de crédito; sin embargo, también de acuerdo con las condiciones contractuales establecidas el consumidor manifestó su voluntad de que se proceda con dicho trámite a fin de proteger la recuperación de acreencias por parte de la entidad bancaria y permitir que el cliente cumpla con sus obligaciones en función a su capacidad de pago.

En este último procedimiento administrativo, el denunciante cuestionó que la información contenida en un reporte sobre su capacidad crediticia era falsa puesto que

no mantenía deudas pendientes de pago, siendo que una de las deudas mostradas era materia de un procedimiento administrativo, por lo que no se encontraba bajo cobro; lo cierto es que la entidad bancaria para conocer la situación financiera del denunciante requería de la información proporcionada por la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, siendo que dicha fuente mostraba una calificación de “pérdida” del 65% del crédito obtenido por el consumidor en el sistema financiero.

En este caso se reconocieron las condiciones pactadas por el producto de tarjeta de crédito, mediante las cuales el cliente autorizaba de manera previa y manifiesta su expreso consentimiento para que el Banco pueda variar, incrementar, disminuir o suprimir el monto de la línea, así como el porcentaje máximo de sobregiro, en atención al comportamiento del cliente y/o por presentar niveles elevados de endeudamiento en el sistema financiero.

Sobre lo contemplado en el artículo 85° del Código de Protección y Defensa del Consumidor podemos sostener que a través de las Resoluciones N° 0755-2017/SPC-INDECOPI, N° 1001-2017/SPC-INDECOPI y N° 1526-2017/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor determinó que la regla en la contratación privada se enfoca principalmente en la voluntad de los contratantes, la cual se constituye como ley entre las partes, dicha situación presuponía la existencia de una relación de equilibrio entre ambas. No obstante, analiza que la dinámica del mercado estableció cambios en los presupuestos de la contratación privada, a través de los cuales surgió el fenómeno de la contratación masiva, que desplazó el proceso de negociación que antes era imprescindible para el inicio de una relación contractual.

En esa línea de ideas, la Sala Especializada en Protección al Consumidor precisó que debido a que la libertad de contratar no es un derecho irrestricto, las entidades financieras se encuentran obligadas a brindar sus servicios a cualquier persona y no pueden limitar el acceso a éstos o, una vez entablada la relación de consumo, pretender concluirla unilateralmente, salvo que medie una causa que sustente dicha decisión, tal como el incumplimiento de las obligaciones contraídas, la insolvencia económica del cliente, entre otros; mas no la sola voluntad de la entidad financiera, al no constituir una causal válida en el contexto del derecho del consumidor cuyo presupuesto es que la información resulta primordial para que dicho esquema de normas pueda cumplir su rol en el mercado. Lamentablemente, la Sala del Indecopi, concluyó que el banco buscaba que se le exima de responsabilidad por la aplicación de las normas prudenciales

dictadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, conforme al artículo 85° del Código, el cual establece que en el caso de contratación de servicios financieros, las empresas del sistema financiero pueden decidir la contratación con los usuarios del servicio en función a las condiciones particulares de riesgo, el comportamiento crediticio, las características de los productos que se diseñen para los mercados y la falta de transparencia debidamente reglamentada por el ente regulador previamente mencionado.

2.4 Sobre las compensaciones

El numeral 11 del artículo 132° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero, referido a las formas para atenuar los riesgos del ahorrista, prescribe 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; especificando que no serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

El derecho de compensación de las entidades del sistema bancario peruano que afecta los fondos de las cuentas de ahorros a través del cual los consumidores perciben sus remuneraciones ha sido cuestionado a través de procedimientos administrativos, obteniendo durante la última década pronunciamientos que se resumen en las siguientes interrogantes ¿es válido o no compensar? ¿es válido o no fijar cláusulas de contratación aprobadas administrativamente que permitan la compensación?

Los pronunciamientos del Indecopi, durante los últimos ocho (8) años, nos muestran el razonamiento cíclico adoptado generando en la actualidad incertidumbre tanto en los consumidores como en los proveedores.

En la Resolución N° 3448-2011/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2011, se analizan los hechos denunciados referidos a que una entidad bancaria habría descontado indebidamente de la cuenta de ahorros de la denunciante importes a fin de realizar el cobro de la deuda que mantenía pendiente de pago.

En su defensa, la entidad bancaria se pronunció sosteniendo que los cargos en la cuenta de ahorros se dieron a fin de cancelar las cuotas del préstamo personal que había solicitado la denunciante, y que además contaba con la carta de autorización a favor de la entidad bancaria que la facultaba a cargar las cuotas correspondientes de la cuenta de ahorros donde su empleador depositaba sus remuneraciones.

En el mismo procedimiento, a través de la Resolución N° 141-2010/INDECOPI-ICA del 24 de setiembre de 2010, la Comisión de la Oficina Regional de Ica se pronunció alegando que se había incurrido en infracción a la normativa de protección al consumidor al demostrarse que se efectuó la compensación de dos cuotas correspondiente a la deuda que la denunciante mantenía y que esta era inferior a cinco (5) Unidades de Referencial Procesal, por lo que se le impuso una sanción de 8.6 Unidades Impositivas Tributarias, así como ordenado la devolución de las sumas cargadas.

No obstante, mediante la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2011, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 del Indecopi decidió revocar la resolución de la Comisión (Resolución N° 141-2010/INDECOPI-ICA) en tanto advertía que no se realizaron descuentos indebidos en la cuenta de haberes de la denunciante.

En dicha resolución la Sala se apartó del criterio adoptado a través de la Resolución 199-2010/SC2-INDECOPI del 29 de enero de 2010. Si bien la Sala consideró que el ordenamiento vigente prohibía el derecho de compensación para remuneraciones cuando estas no sean mayores a cinco (5) Unidades de Referencia Procesal, desarrolló también lo estipulado por el artículo 132° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero, el artículo 1290° del Código Civil que prescribe la prohibición de la compensación del crédito inembargable y, por último, el artículo 648° del Código Procesal Civil que define los bienes calificados como inembargables, incluyendo las remuneraciones cuando no supere el límite de las cinco (5) Unidades de Referencia Procesal, siendo el exceso embargable.

En relación con la compensación, la Sala, en la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, sostuvo que este es un acto de disposición patrimonial y que le asiste a toda persona el hecho de disponer libremente su patrimonio, por lo que cualquier limitación debía ser interpretada restrictivamente a fin de no afectar la esfera del derecho de libertad propio, pues cuando un consumidor decide que sus remuneraciones pueden servir para atender las obligaciones que mantiene con una entidad de intermediación financiera, actúa en el marco de la autonomía privada que es un derecho de rango Constitucional.

En la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, el órgano resolutivo colegiado alegó también que el derecho de compensación de las entidades bancarias es una medida que permite atenuar el riesgo crediticio, permitiendo que los créditos sean colocados a tasas de interés menores. Por ello, la prohibición de la compensación con cargo a haberes o pensiones aumenta el costo de crédito y, podría originar la contracción de la oferta del crédito por parte del sistema bancario.

Asimismo, se aparta del criterio contenido en la resolución del año 2010, que prohibía la compensación realizando un análisis literal sobre la naturaleza de un embargo que dista del derecho de compensación *per se*. De esta forma, se menciona que la Sala hace una diferencia del embargo sobre haberes o pensiones del supuesto en el que el consumidor decide otorgar la facultad a la entidad bancaria para que pueda realizar el pago de sus obligaciones crediticias otorgando voluntariamente la autorización para que se efectúe la compensación con cargo a sus cuentas de ahorros en las que percibe sus remuneraciones.

El artículo 648° del Código Procesal Civil debía ser aplicado en forma literal, esto es ante embargos ordenados por autoridades administrativas o judiciales, es decir, con la existencia de un acto jurídico que se pronuncie sobre tal medida, y no en la compensación que corresponde a un acuerdo entre el consumidor y una entidad bancaria.

Sin embargo, mediante la Resolución Final N° 856-2018/PS2 del 22 de junio de 2018, el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 2 del Indecopi, se pronunció declarando fundada una denuncia en tanto compensó la deuda del denunciante sin observar los límites legales establecidos para el caso de remuneraciones (Indecopi: 2018).

La emisión de la resolución del órgano resolutivo de procedimientos sumarísimos cobra sentido en tanto se ha tomado conocimiento de que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 11823-2015 del 4 de mayo de 2017, se ha pronunciado sobre el tema de las compensaciones al fijar que las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros sueldo no pierden tal calidad y por ello, son inembargables conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 648° del Código Procesal Civil hasta por el monto de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal, encontrándose prohibida la compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290° del Código Civil.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en el numeral 3 de la Casación establece que el Código Civil establece los supuestos en los que se encuentra prohibido realizar la compensación entre los cuales señala al crédito inembargable, es decir, el crédito inembargable tampoco resulta susceptible de compensar. El numeral 3 del artículo 1290° del Código Civil prohíbe la compensación del crédito inembargable y el artículo 648° del Código Procesal Civil prohíbe embargar remuneraciones cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal; son

estas normas de carácter imperativo el motivo por el cual las cláusulas contractuales celebradas con el Banco no surten efectos en el presente caso.

Ahora, el propio Poder Judicial no reconoce la legalidad de las cláusulas generales de contratación en la ejecución de compensaciones, pese a que en el caso de los supuestos tipos infractores de cierre de cuenta de ahorros sin comunicación previa se hace un análisis distinto, reconociendo la legalidad de dichas cláusulas.

Sin embargo, en esta resolución, la Sala de la Corte Suprema reitera en el numeral 3.6 que si bien el contrato faculta al Banco a cargar en cualquier cuenta los importes que adeudara, esta estipulación encuentra límites en las normas legales comprendidas en el artículo 1290° del Código Civil y el artículo 648° del Código Procesal Civil, por lo que las entidades de intermediación financiera se encuentran obligadas a respetarlas y no afectar las cuentas en las que se perciben remuneraciones cuando el depósito no supere los límites descritos precedentemente.

La Sala Suprema precisa que se entiende como remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición, la cual sirve de sustento no solamente al trabajador sino también a su familia, destacando la naturaleza alimentaria, constituyendo un derecho de prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

Finalmente, la Sala realiza una cita de los fundamentos del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3453-2003-AA/TC referido a 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, de forma que al haberse recortado el pago de las remuneraciones, se transgreden derechos constitucionales invocados, y además, se detalla que una entidad bancaria no puede ni debe obviar que la inembargabilidad de las remuneraciones está referido cuando estas están en poder del empleador, pero una vez que ellas son abonadas en las cuentas bancarias, estos depósitos tienen igual tratamiento que cualquier otro, con lo que se demuestra que el hecho que un denunciante haya contraído obligaciones tributarias, las cuales se encuentran pendientes de pago, no autoriza una actuación al margen de la ley por parte de la Administración Tributaria, a fin de garantizar el cobro de la deuda sobre un depósito de naturaleza intangible.

De todo lo resuelto y señalado, podemos corroborar que efectivamente no existe una aplicación del principio de predictibilidad por parte de la Autoridad Administrativa, en la

medida que se modifica un criterio adoptado por el Indecopi durante casi una década y, sin analizar las contingencias que involucra en el sistema bancario un cambio tan drástico, determina sancionar a un ente de intermediación financiera, señalando que todas las compensaciones en cuentas de ahorros de naturaleza remunerativa constituyen infracciones.

Cabe señalar que en este tipo de casos se debe buscar un período que permita a las entidades bancarias modificar sus sistemas, pues sancionar sin considerar el volumen de las operaciones y los consumidores involucrados no solo podrían traer consecuencias perjudiciales para la banca sino para la propia Administración.

2.5 Sobre las medidas de seguridad

El artículo 17° del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, aprobado mediante la Resolución SBS N° 6523-2013 de la establece la obligación de las entidades bancarias de contar con medidas de seguridad respecto del monitoreo y realización de operaciones del sistema bancario.

Las entidades bancarias, de conformidad con lo estipulado por el artículo 17° del reglamento referido con anterioridad, se encuentran obligadas a contar con sistemas de monitoreo de operaciones, que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual de consumo del usuario, implementar procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el sistema de monitoreo de operaciones, identificar patrones de fraude, mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones; establecer límites y controles en los diversos canales de atención, que permitan mitigar las pérdidas por fraude; requerir al usuario la presentación de un documento oficial de identidad, cuando sea aplicable, o utilizar un mecanismo de autenticación de múltiple factor.

En el caso específico de operaciones de retiro o disposición de efectivo, según corresponda, u otras con finalidad informativa sobre las operaciones realizadas u otra información similar, deberá requerirse la clave secreta del usuario, en cada oportunidad, sin importar el canal utilizado para tal efecto, de acuerdo con la exigencia prescrita por el artículo 17° del reglamento.

De acuerdo con lo anterior, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, a través de las Resoluciones N° 1018-2014/SPC-INDECOPI, N° 2981-2016/SPC-INDECOPI y 1823-2017/SPC-INDECOPI de acuerdo con lo contemplado a través del artículo 17° del

Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, precisó que era importante requerir a las empresas bancarias la obligación de verificar la pluralidad de transacciones que le permitan definir el comportamiento habitual en la línea de crédito de su cliente.

Ante ello, los órganos resolutivos del Indecopi diferenciaban aquellos supuestos en los que se atribuía como cargo de imputación a las entidades bancarias la falta de cumplimiento de medidas de seguridad o la falta de validez de las operaciones. Así, en los casos en los que expresamente se imputaba la falta de medidas de seguridad se fijó las siguientes posibilidades en los que las entidades bancarias podían vulnerar la normativa de protección al consumidor:

2.6.1 Medidas de seguridad en las operaciones en Ventanilla

En mérito a lo anterior señalado, a través de la Resolución N° 2728-2013/SPC-INDECOPI y la Resolución N° 1092-2015/SPC-INDECOPI, se determinó que las entidades bancarias debían verificar en cumplimiento a las medidas de seguridad atribuidas por la normativa sectorial requiriendo la presentación del documento nacional de identidad en aquellos casos en los que el monto podía representar algún riesgo, usualmente aquel que fuera superior al que se podía disponer a través de los cajeros automáticos en los que bastaba la presencia del plástico de la tarjeta de crédito.

2.6.2 Medidas de seguridad de operaciones a través de Internet

Asimismo, en relación con las medidas de seguridad atribuidas a operaciones efectuadas a través de Internet, a través de la Resolución N° 0326-2014/SPC-INDECOPI se estableció la exigencia contemplada en el artículo 6° de la Circular G-140-2009, la cual brinda a las empresas bancarias la posibilidad de determinar la forma de autenticación que aplicarán en las operaciones a través de la Banca por Internet, exigiendo claves dinámicas que corroboren la posibilidad de corroborar la identidad de los titulares de los productos bancarios que utilicen dicho canal.

A través de las Resoluciones N° 1642-2017/SPC-INDECOPI, N° 2307-2017/SPC-INDECOPI y N° 2360-2017/SPC-INDECOPI se analizó la validez de transacciones realizadas vía internet desde la página de la entidad financiera, tales como transferencias, pagos a terceros, determinándose que corresponde verificar la

efectiva creación de la respectiva clave web y/o clave dinámica requerida acorde el protocolo del proveedor, así como la situación activa de la tarjeta e ingreso de clave adicional, lo cual constituye un requisito necesario para evitar comportamientos de fraude o suplantación por terceros ante el descuido de los propios clientes o antes eventos delictivos en los cuales se haga un uso indebido de las tarjetas de los clientes a través de la Banca por Internet e inclusive a la fecha, esto podría extenderse a las operaciones realizadas a través de los aplicativos móviles de los bancos.

En los fundamentos de la Resolución N° 1648-2017/SPC-INDECOPI, en el que la denuncia versa sobre la validez de consumos realizados con la tarjeta del usuario desde el portal de los establecimientos comerciales donde se realicen dichas operaciones, corresponde verificar de antemano (en el contrato) la efectiva habilitación del producto al referido canal, así como la concurrencia de los requisitos exigidos para su validación, tales como la situación activa de la tarjeta, el ingreso de la clave secreta o dinámica predeterminada, entre otros.

La exigencia del monitoreo de las operaciones cuestionadas por los denunciantes también involucró a aquellas realizadas a través de los agentes de las entidades bancarias. Este análisis fue comprendido a través de las Resoluciones N° 1605-2017/SPC-INDECOPI, N° 1971-2017/SPC-INDECOPI y N° 2455-2017/SPC-INDECOPI en las cuales, la Sala Especializada en Protección al Consumidor sancionó a las entidades de intermediación financiera que autorizaron operaciones a través de dichos agentes sin verificar la presencia del plástico de la tarjeta de crédito o débito y el respectivo ingreso de la clave secreta, que según contractualmente, es de exclusivo conocimiento de los titulares de los productos.

Ahora bien, a través de la Resolución N° 2063-2018/SPC-INDECOPI del 15 de agosto de 2018, se cambió el criterio que se venía adoptando en los diferentes casos antes señalados, en los cuales con independencia de si los denunciantes invocaban o no expresamente los términos “validez” y/o medidas de seguridad”, pues en los supuestos en los que los consumidores señalaban que cuestionaban la validez, no se hacía un análisis del cumplimiento de las medidas de seguridad.

Por tanto, a partir de lo resuelto, en tanto que el hecho controvertido a través del cual se cuestionen en el registro de operaciones no reconocidas en los productos de cuenta de ahorros o tarjeta de crédito, se incluirá el análisis del monitoreo y la validez de las operaciones.

Es así que en el numeral 22 de la Resolución N° 2063-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor consideró necesario variar el criterio

adoptado respecto a la interpretación de la normativa sectorial antes citada, con la finalidad de realizar una única imputación de cargos y consiguiente análisis de las denuncias donde el consumidor desconoce las operaciones realizadas con su tarjeta de crédito o débito, disponiendo que, a partir de dicho caso, se omita identificar como presuntas infracciones independientes a aquellas referidas a la validez y –de otro lado- a las medidas de seguridad; siendo lo correcto imputar este tipo de denuncias en atención a la presunta falta de adopción de medidas de seguridad, cuyo análisis involucrará el sistema de monitoreo empleado y –a su vez- la validez de las operaciones.

En relación con contemplado en la resolución señala en el párrafo anterior, deberá tenerse en consideración que a través de la Resolución Final N° 953-2018/ILN-CPC, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi sede Lima Norte subsumió las conductas imputadas referidas a la autorización o procesamiento indebido de las operaciones (validez), en el análisis de las conductas relacionadas a la falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad bancaria.

En efecto, la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi sede Lima Norte imputó en calidad de presuntas conductas infractoras el hecho de que la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el procesamiento del préstamo no reconocido por el denunciante, realizado a través de un cajero automático con cargo a su cuenta de ahorros; así como la misma entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar el procesamiento de dos (2) transferencias por los montos de S/ 5000.00 y S/ 1000.00, operaciones no reconocidas por el denunciante, con cargo a su cuenta de ahorros.

Lo anterior, debido a una falta de difusión coloca en una situación de inseguridad jurídica producto de la falta de aplicación del principio de predictibilidad puesto que ante un supuesto cargo de imputación en el que solamente se cuestiona la validez de las operaciones, tendremos resoluciones finales que afectando también el derecho de defensa se pronuncien por el monitoreo exigido a las entidades del sector bancario.

CAPÍTULO 3: EL RIESGO

De la revisión de los Informes Anuales más recientes y publicados por el Banco de Crédito del Perú, el BBVA Banco Continental y el Banco Internacional del Perú – Interbank, se puede concluir que estas entidades bancarias sistémicas se encuentran caracterizadas por la búsqueda de adecuación a la gran transformación global, orientándose a alcanzar la satisfacción de los consumidores e impulsando el desarrollo sostenible de nuestro país.

Las entidades bancarias tienen políticas de buen gobierno corporativo, cuentan con la presencia física de funcionarios de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP dentro de sus instalaciones durante algunos meses del año, están sujetas a constante fiscalización por varias entidades del Estado y, como hemos descrito en la presente investigación, las infracciones en las que incurran afectando a consumidores ameritarán la participación del Indecopi.

Los bancos son empresas cuyo objeto social es generar ganancias a través de la captación y colocación de dinero; sin embargo, el quiebre de alguno generaría crisis en la economía peruana, por lo que sus políticas internas están orientadas no solo competir en el mercado con otras empresas -contempladas en el artículo 16° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero- sino ahora con nuevos modelos como, por ejemplo, las plataformas de crowdfunding.

El motivo de este trabajo de investigación surgió ante la información proporcionada por el Indecopi relacionada a los proveedores más sancionados por infracciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor, sería errado afirmar que las empresas del sector bancario no cometen infracciones pues esta aseveración quedaría desmentida por el portal público “Mira a quien le compras” y las propias noticias difundidas a través de los medios de comunicación masivos. No obstante, también sería contraproducente exponer que ante el riesgo operacional y reputacional, no es óptimo para sus vínculos comerciales ni para la fidelización de clientes en un mercado muy competitivo, que los bancos tengan la primera plana detallándose que alguna ocupó el primer lugar en el ranking de infracciones.

Es innegable que las empresas deben buscar mecanismos internos para evitar incurrir en afectaciones a los derechos del consumidor, pero en los casos expuestos en estas líneas pretendo reflejar que la Autoridad Administrativa que no aplica el principio de

predictibilidad al emitir resoluciones decanta consecuencias directas en las entidades bancarias.

Estas consecuencias representan riesgos latentes que deben ser asumidos diariamente, repercutiendo en el desarrollo del negocio, y en muchas ocasiones en el consumidor, pues las operaciones bancarias masivas se ven afectadas ante los cambios súbitos e inesperados.

El análisis de las resoluciones mencionadas en el capítulo anterior demuestra que las entidades bancarias se encuentran expuestas a las vulneraciones de sus derechos en procedimientos que se contraponen a la aplicación del principio de predictibilidad. En efecto, la notificación de una resolución y la exigencia de una medida correctiva que se emita sin aplicar dicho principio ocasiona caos en una entidad bancaria, pues al no poder contar con una decisión uniforme se afecta una adecuada gestión de riesgos. Los párrafos siguientes están enfocados en la noción de riesgo, así como el tratamiento que le ha proporcionado el Comité de Basilea.

3.1 Sobre la noción de riesgo

Las empresas de intermediación financiera deben enfrentarse ante eventos, en algunos casos inesperados y lamentables, que surgen durante el desarrollo de sus funciones y, corroborar, en un estado de alerta, con la mayor minuciosidad posible, que están efectuando sus actividades en el marco de la legalidad, pues de lo contrario se encontrarán a las pocas horas con funcionarios del Indecopi realizando actos de supervisión *in situ* o exigiendo informes -dentro de un plazo corto- con requerimientos de documentación y una explicación de cada una de los actos involucrados, materia de su alerta.

El riesgo es la consecuencia aleatoria de una situación, pero bajo la perspectiva de una amenaza o de un posible perjuicio. Los orígenes etimológicos nos permiten sugerir que su valor e interés responden a la capacidad de ver un suceso causado por la actividad humana como riesgo y de poder gestionarlo. Es así como la caracterización del riesgo tiene junto a la descriptiva una dimensión normativa, en tanto que el riesgo se asocia a la producción de seguridad y control (Renn: 1992).

Es innegable que casi toda empresa se encuentra afecta a una serie de riesgos o situaciones inesperadas, como son: riesgo de negocio, riesgo operacional y riesgo financiero [...], es en esa línea de ideas que el riesgo operacional se relaciona, con la estructura de costos (González y Umaña 2004: 11). La gestión de riesgos ha sido

siempre un aspecto clave para las entidades financieras, sabedoras de que su actividad conlleva asumir un conjunto de incertidumbres necesarias e inherentes a sus operaciones más habituales. De este modo, se han preocupado siempre por la insolvencia de sus clientes, la posible pérdida de créditos concedidos y la dotación de coberturas exigidas por la regulación bancaria al respecto (Fernández 2009: 55).

El riesgo operacional se define como “el riesgo de pérdida debido a la inadecuación o a falencias en los procesos, el personal y los sistemas internos o a causa de eventos externos. Se incluye en este concepto el riesgo legal, pero no el riesgo estratégico y el de reputación” (González y Umaña 2004: 11). Ante esta noción, resulta oportuno destacar que las decisiones por parte de la Autoridad que demanden cambios en la forma como se aplican pagos anticipados, cierre de cuentas o monitoreo de las operaciones, sí generan riesgos que originan fallas por la inadecuación de los sistemas internos y de los procesos estipulados en su ejecución por parte de empleados.

Sobre lo indicado en el párrafo anterior, somos absolutamente conscientes que las empresas deben implementar todas las medidas necesarias para que sus trabajadores no generen infracciones en perjuicios de los consumidores, circunstancia que además comprende tener una visión preventiva a través de las unidades de riesgo operacional, existentes en las diferentes entidades bancarias, en especial, por la responsabilidad vicaria a la que se encuentran obligadas. Es innegable que los empleados cometan yerros, ocasionando pérdidas tanto en el ámbito de protección al consumidor, así como en los ingresos bancarios, resultando estas cuantificables.

Sin embargo, a pesar de la prudencia que se pueda reflejar en el contenido de los protocolos elaborados por las entidades de intermediación financiera para que sus trabajadores puedan ejecutar sus labores sin incurrir en conductas infractoras, siempre existirá un riesgo no previsto cuando la Autoridad Administrativa no aplique el principio de predictibilidad. Este hecho consistente en la falta de aplicación del referido principio, aunque pueda pasar desapercibido por la doctrina de protección al consumidor, al interior de una entidad bancaria surte efectos de gran envergadura, en particular porque lo que ayer no era una conducta ilícita para el Indecopi, hoy lo es o mañana podría serlo; provocando comités de dirección con carácter de urgencia, modificaciones en los protocolos fijados internamente, variaciones en las instrucciones brindadas al personal e incluso que el propio nivel de comunicación con los consumidores se vea afectado.

En efecto, la importancia del riesgo operacional reside en que este “usualmente involucra una pequeña parte de las pérdidas totales anuales de la banca comercial; sin embargo, en el momento en que ocurre un evento de riesgo operacional extremo, este

puede causar pérdidas notables. Por esta razón, los grandes cambios dentro de la industria bancaria en la escala mundial están dirigidos a contar con mejores políticas y con recomendaciones en materia de riesgo operacional” (Martínez-Sánchez y Venegas-Martínez: 2013), todo lo cual encuentra su mayor auge en las severas crisis económicas iniciadas en la década pasada.

El riesgo operacional preocupa no tanto por lo novedoso (se trata, por el contrario, del más antiguo de todos los riesgos), sino por la dificultad que entraña su detección y control, así como por las variadas formas en que se manifiesta. Riesgo operacional es algo más que riesgo operativo, ya que, al margen de los fallos que surgen en los procesos cotidianos de una entidad financiera (captura de datos, doble registro, errores en transacciones, etcétera) hay otros elementos menos visibles que están detrás de algunos de los sucesos más impactantes que durante la pasada década de los noventa despertaron el interés por esta materia; los problemas bancarios vividos en aquel momento por algunas entidades, con gran trascendencia en los medios, no tenían su origen en el impago de los clientes (Fernández 2009: 49). Y aunque a la fecha no se encuentre una relación directa entre la participación de las Autoridades Administrativas en la gestión del riesgo operacional, no se puede negar que esta existe y se encuentra vinculada a los procedimientos en temas bancarios de competencia del Indecopi.

A diferencia de los riesgos de crédito y mercado, el riesgo operacional está presente en todas las áreas de la entidad, comenzando su gestión precisamente en éstas y no exclusivamente en el departamento de riesgo operacional. Por tanto, las entidades bancarias deben tener como objetivo implantar una adecuada cultura de riesgo operacional. Además, se requiere el desarrollo de un plan de auditoría interna que deberá revisar de forma continua el sistema de gestión y evaluación del riesgo operacional (Fernández 2009: 53), y que encuentre soporte en las decisiones emitidas por la Administración.

La literatura revisada para el primer capítulo de este trabajo de investigación se encuentra referida a la exigencia de predictibilidad, pero no solo es importante conocer las funciones de la Autoridad Administrativa y delimitar la influencia de las decisiones no restringidas a las disposiciones que rigen los procedimientos administrativos, sino en esta tercera parte, es oportuno expresar que muy poco se ha impulsado la labor conjunta que demanda, de forma muy especializada, el sector bancario, es decir, la conexión institucional que debe existir por parte de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y el Indecopi. El ejercicio de esta última entidad no debe omitir la labor que viene fungiendo la primera respecto de los Comités de Basilea y la promoción de una

adecuada gestión de riesgos, debido a que los cambios de criterios súbitos en las resoluciones solo disgregan los aportes que durante ya casi más de una década viene priorizando el organismo de rango constitucional.

No se debe soslayar que el análisis de la gestión de riesgos, y propiamente la inclusión del riesgo operacional constituye uno de los aportes del Comité de Basilea II, tal como lo reconocen diferentes autores. El Acuerdo de Basilea II, surgió dentro del marco de complejidad de los mercados financieros internacionales, configurándose como una nueva regulación bancaria que, aparte de reforzar los objetivos del acuerdo de Basilea I, exige a las entidades del sector financiero una mayor preocupación por la medición y gestión de riesgos, al momento de establecer los niveles mínimos de capital requeridos (González y Umaña 2004: 10).

En dicha medida la importancia de adoptar los acuerdos del Comité de Basilea, según lo publicado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, reside en tener conciencia de las ventajas en seguridad y estabilidad que genera un esquema como el propuesto en Basilea II, que no está al margen de esta reforma internacional de la regulación bancaria. [...] A raíz de la crisis financiera internacional del 2008, se evidenció la necesidad de fortalecer la regulación, supervisión y gestión de riesgos del sector bancario, por lo cual el Comité de Basilea inició en el 2009 la reforma de Basilea II, actualmente llamada Basilea III. En este sentido, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP está evaluando la implementación de estos cambios de acuerdo a la realidad peruana (SBS: 2018).

Uno de los aportes de Basilea II consiste en el valor que se le ha atribuido al riesgo operacional (Pinto y Leyva 2008: 91). Sobre el particular, se ha destacado que los acuerdos de capital Basilea II están basados en tres pilares, uno de ellos trata sobre la regulación del riesgo operacional y es conocido como el Pilar II, denominado como el Proceso de Examen del Supervisor y a efectos de su implementación en el sistema financiero peruano, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP la ha normado, en el 2008, a través del *Reglamento de gestión integral de riesgos* y, posteriormente, en el 2009, de manera más específica, mediante el *Reglamento para la gestión del riesgo operacional* (Fuente y Zúñiga 2010: 30).

Ahora bien, en el contexto internacional, Basilea III surgió ante la necesidad de fortalecer la regulación, supervisión y gestión de riesgos del sector bancario, en respuesta a la crisis financieras y forman parte de las iniciativas mundiales para fortalecer el sistema de regulación financiera planteando medidas encaminadas a: “i) Mejorar la habilidad del sector bancario para absorber los shocks resultantes de un estrés

económico o financiero y ii) Mejorar la gestión de riesgos y la gobernabilidad” (SBS: 2018). Una mirada amplia de lo que ocurre en el ámbito de las entidades bancarias respecto a una adecuada gestión de riesgos debe analizar el nivel de formación de las Autoridades Administrativas que se encuentran facultadas para sancionarlas y si es que en el ejercicio de sus funciones no vulneran principios administrativos que generan un incremento del riesgo operacional. De esta manera, es conveniente que los entes supervisados implementen las regulaciones internacionales coordinadamente con los avances propios de la globalización, pero además la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP debe enfocarse en la realidad de la banca en el Perú y emitir informes técnicos incluyendo, por no decir, enfocándose prioritariamente, en el rol que cumple el Indecopi en el manejo de la gestión de riesgos de los servicios de intermediación financiera, a través de sus pronunciamientos.

A su vez, es importante indicar que el riesgo reputacional puede ser concebido como la posibilidad de pérdida o merma en la reputación de una organización de forma que afecte de forma negativa a la percepción que el entorno social tiene sobre la misma, y se produzca un efecto de pérdida directa o indirecta en el valor de una compañía, así en pleno proceso de implementación de los requisitos recogidos en Basilea II, en el año 2008, se informó que eran muy pocas las entidades financieras que habían tomado medidas enfocadas a mejorar su imagen con una gestión proactiva de este tipo de riesgo reputacional y la mayor parte de estas políticas estaban amparadas en la gestión de la responsabilidad corporativa (Ruíz 2008: 21).

En este punto, debemos señalar que en reiteradas oportunidades los medios de comunicación publican las decisiones adoptadas por las Autoridades Administrativas, en algunos casos no confirmadas por la instancia superior, lo cual nos hace inferir que el riesgo reputacional también tiene una conexión directa con la participación del Indecopi, situación que estaría exacerbada cuando en dicho procedimiento no se aplicase el principio de predictibilidad.

Los bancos invierten en publicidad, cuentan con áreas de marketing, y buscan posicionarse en los medios de comunicación con el propósito de captar a la mayor cantidad de ahorristas posibles para que estos puedan abrir cuentas de ahorros y recibir un interés a cambio, a mayores depósitos podrán disponer de liquidez para la celebración de colocaciones a favor de más clientes que ostenten la condición de prestatarios. El nivel de reputación de la entidad a la que se confíe los ahorros debe ser muy alto, puesto que nadie está dispuesto a otorgar sumas dinerarias a empresas infractoras que no brinden un nivel adecuado de atención a sus clientes o incluso,

muchos potenciales consumidores evitarían exponerse ante contingencias propias de la asimetría informativa que existe en este tipo de servicios, en especial aquellos grupos conocidos por la importancia de ser incluidos financieramente.

La difusión de las sanciones emitidas en primera instancia a través de medios de comunicación, la publicación de algunas de las resoluciones mediante la página oficial del Indecopi e inclusive la propia información del portal de sanciones de esta entidad, constituyen riesgos que atentan la reputación de los bancos en tanto no se aplique el principio de predictibilidad en las decisiones o menos se mencione los criterios de confianza legítima que la propia autoridad ha reconocido.

No es difícil imaginarse las implicancias del riesgo reputacional al emitir resoluciones en las que no se haya aplicado el principio de predictibilidad en situaciones referidas a la cancelación anticipada de los créditos, el cierre de cuenta sin comunicación previa o las compensaciones. Este riesgo al cual se encuentran expuestas las entidades bancarias y que además es reconocido por el propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, no es contemplado por el Indecopi en tanto no existe la cohesión necesaria sobre los alcances de la aplicación del principio de predictibilidad en las instancias de todos sus órganos resolutivos.

3.2 Sobre los factores que originan el riesgo operacional

Cabe señalar que la normativa sectorial de riesgo operacional ha desarrollado los siguientes tipos: a) Procesos internos: las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados con los procesos internos implementados para la realización de sus operaciones y servicios, relacionados con el diseño inapropiado de los procesos o con políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes; b) personal: las empresas deben gestionar apropiadamente los riesgos asociados con el personal debido a una inadecuada capacitación, negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible; c) tecnología de la información: fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos; e) eventos externos: fallas en los servicios públicos ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos (Fuentes y Zúñiga 2010: 32-33).

Fernández García ha señalado que los errores operativos son los habitualmente conocidos como errores humanos. Estamos ante errores que podemos clasificar como inconscientes e indeliberados. Así, indica que la percepción del riesgo es una de las variables más importantes para determinar la aceptación de riesgo por parte del

trabajador, a mayor percepción de riesgo, menor riesgo aceptado (Fernández García: 2018).

La investigación de César Fuentes e Isaac Zúñiga establece que las razones para desarrollar la gestión de riesgos se sustentan en los siguientes fundamentos: a) cualquier empresa bien dirigida gestiona sus riesgos, pero deben realizarse las inversiones necesarias para que dicha gestión sea sistemática, objetiva y homogénea; b) la gestión integrada de todos los riesgos dentro de la empresa puede contribuir a la creación de valor para el accionista, reducir los costos de quiebra, endeudamiento, fiscales y de liquidez; c) una adecuada gestión de riesgos debe servir para mantener o mejorar el nivel de calificación crediticia externo, así como para facilitar las operaciones con otras empresas que asumen un riesgo crediticio con la entidad y d) la gestión de riesgos ayuda a demostrar a los organismos reguladores e inspectores la capacidad para desarrollar el negocio, salvaguardando los intereses de terceros (Fuentes y Zúñiga 2010: 28-29).

La banca en el Perú mantiene políticas para gestionar de los riesgos, en virtud a la normativa establecida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, corroborándose el nivel de implementación a través de supervisiones periódicas en las que se constata el desarrollo de las actividades y levantando actas con observaciones que deben ser subsanadas en determinados plazos. Asimismo, se busca reducir costos de quiebra o liquidez con la exigencia de presentación de reportes proporcionados por las áreas de riesgo operacional o incluso con la información de las provisiones de las unidades de contabilidad, que describen a detalle las probables multas –en un parámetro bastante amplio debido a la ausencia de predictibilidad- a imponerse en los procedimientos administrativos sancionadores en los que tiene participación, evidenciando de esta forma una labor ardua a favor de la adecuada gestión de riesgos, pero perdiendo eficacia ante la ausencia de estudio sobre los riesgos que ocasiona el Indecopi debido a la inaplicación del principio materia de investigación.

Del análisis correspondiente a las resoluciones materia del presente trabajo debemos concluir que si bien los riesgos operacional y reputacional son propios de las entidades bancarias y les corresponde a estas efectuar todos los mecanismos viables para evitar caídas desastrosas como las ocurridas a partir del año 2009, o para contextualizar, la desestabilización del sistema económico peruano, no es menos cierto que no conocer la estructura de un banco tiene incidencia directa en la existencia de factores externos que pueden generar pérdidas o hacer incurrir en error a los sistemas, entre estos es

innegable no incluir a los pronunciamientos expedidos por las Autoridades Administrativas que carecen de predictibilidad.

Ya señalé que cuando se recibe una notificación por parte del Indecopi, la información no solo debe ser manejada por el área legal, sino que esta requiere ser compartida con las aquellas propias del negocio bancario, de regulación institucional, las que se encargan de la atención de los reclamos, de las de monitoreo operativo, entre otras.

En consecuencia, las decisiones que cambian radicalmente posiciones ya establecidas tienen relación con los errores involuntarios en los que pueden incurrir trabajadores durante el lapso de difusión y análisis de los pronunciamientos emitidos, así como surge la necesidad de crear procesos nuevos, modificar protocolos de prestación de los servicios o comercialización de los productos, o incluso variar la información puesta a disposición de los consumidores quienes tienen la facultad de manifestar su disconformidad a través de reclamos ante el propio banco o el Servicio de Atención del Ciudadano del Indecopi, para estimar resolver sus contratos y recurrir a otra entidad bancaria u otra no supervisada.

En relación con los pagos anticipados no se puede pretender que una entidad bancaria cree un área exclusiva que se encargue del monitoreo de los fondos que una persona mantiene en una cuenta de ahorros, así esta se encuentre asociada al préstamo solicitado. Ello supondría incurrir en el absurdo de que todos los días las empresas cotejen si es que los fondos de una cuenta de ahorros asociada, mantiene un porcentaje que se asemeja al total de la deuda y en una labor esotérica presumir que dicha operación de abono busca cancelar anticipadamente la obligación que el cliente mantiene.

Una labor mucho más ardua, por no decir imposible, es aquella referida a los pagos parciales que también se encuentran comprendidos en la norma. En consecuencia, el hecho de que las entidades del sistema bancario pretendan gestionar las instrucciones de los clientes sin que exista ningún medio probatorio, como es la solicitud de instrucción presentada a través de los canales, no solo evidencia una falta de conocimiento del funcionamiento de las operaciones de los clientes.

Por consiguiente, la decisión de la Comisión detallada en el segundo capítulo del presente, en relación con los pagos anticipados no guarda concordancia con aquellos fundamentos sustentados previamente por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, por lo que pagar anticipadamente una deuda, podría generar fallos en los sistemas de los bancos al proceder a cargar, de las cuentas de los clientes, sumas que no estaban destinadas para la extinción de sus obligaciones.

En relación con el cierre de las cuentas de ahorros, también se expuso a las entidades bancarias ante contingencias que no solo se encuentran comprendidas por la imposición de una sanción, sino que adicionalmente, el problema se originó por la falta de reconocimiento por parte de la Autoridad Administrativa de las decisiones que posee un organismo de rango constitucional como es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, sin que en ninguno de estos procedimientos se haya efectuado la aplicación del artículo 89° del Código de Protección al Consumidor que contempla la posibilidad de realizar requerimientos técnicos al organismo supervisor de la banca en el Perú.

En los casos referidos a las compensaciones, el riesgo operacional se incrementa debido a que muchos consumidores por la práctica de las relaciones de consumo tienen la expectativa de que ante su ausencia por diferentes motivos, la deuda será compensada y los sistemas de los bancos del Perú se encuentran adaptados para que realicen sus operaciones según las condiciones ofrecidas a sus clientes y en virtud a la naturaleza de las propias cláusulas generales de contratación que hacen referencia a la aplicación de la compensación con cargo a las cuentas que el consumidor pueda mantener en la entidad bancaria.

Así corresponde citar las cláusulas generales de contratación de las entidades del sistema bancario peruano y la validez otorgada por la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP y el criterio asumido por el Indecopi ante su valoración como medios probatorios.

Por otro lado, también se describió la forma en la que las entidades bancarias ven afectado su derecho de defensa al modificarse sin mayor fundamentación la imputación ante los supuestos en los que consumidores no reconocen operaciones de consumos con sus tarjetas de crédito o débito, y que esta variación de lo que se entiende como obligación de medidas de seguridad haya ocurrido a través de una resolución, apartándose de la motivación impulsada previamente por parte de los órganos resolutivos.

Por tanto, con la selección de estos casos enmarcados como conductas infractoras por parte de las entidades bancarias queda demostrado que la inaplicación del principio de predictibilidad en las decisiones del Indecopi, emitidas en sus procedimientos de oficio iniciado por los consumidores, sí trasciende en la gestión de riesgos de las entidades bancarias en el Perú, y lamentablemente de forma negativa, incrementando pérdidas o generando sobrecostos innecesarios que repercuten en una desconfianza e inseguridad jurídica de estos administrativos, y en especial de los consumidores quienes no solo

desconfían de un sistema tan especializado sino se amplía su margen de desconfianza ante decisiones inesperadas que cambian la forma en la que se le brindan los servicios.



CONCLUSIONES

Las decisiones del Indecopi, en el caso de los procedimientos sancionadores de oficio iniciados por los consumidores, en el marco de las relaciones de consumo propias del sector bancario, no se emiten en cumplimiento del principio de predictibilidad generando no solo una afectación a la confianza legítima sino promoviendo una situación de inseguridad jurídica.

Existe una necesidad de implementar lineamientos de las resoluciones administrativas de los órganos resolutores del Indecopi (Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos, Comisiones de Protección al Consumidor y Sala Especializada en Protección al Consumidor) vigentes que permitan que los ciudadanos cuenten con información oportuna y de fácil acceso, en coordinación con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, lo cual también se enmarca en una aplicación del principio de predictibilidad.

No existe una adecuada interpretación de la legalidad de las cláusulas aprobadas administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP por parte del Indecopi, situación que además se encuentra supeditada a las resoluciones contradictorias expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República, pues gozan de legitimidad en algunos supuestos y no en otros como en el caso de la compensación con cargo a cuentas en las que se perciben remuneraciones. Por tanto, el sector bancario se encuentra sujeto no solo a criterios cambiantes en el transcurso del tiempo, sino ante la falta de coherencia por el Indecopi y el Poder Judicial, desconociendo las facultades de la Superintendencia con rango de organismo constitucional.

Las entidades del sector bancario se encuentran expuestas a riesgos que pueden poner en peligro la estabilidad económica del país, por lo que adoptar medidas preventivas a través de los órganos de administración pública no solo evitará pérdidas a estas empresas, sino que además repercutirá en soluciones oportunas a los clientes de este tipo de servicios especializados y sensibles prestados en el marco de la intermediación financiera. Dichas medidas preventivas se encuentran supeditadas a la aplicación del principio de predictibilidad en los procedimientos sancionadores.

Los riesgos operacional y reputacional de las entidades del sector bancario se ven incrementados por la falta de aplicación del principio de predictibilidad en las decisiones de la Autoridad Administrativa, con criterios que por exigencia normativa no deben apartarse de lo ya dispuesto en la medida que se afectan las relaciones propias de

intermediación financiera, debido a que los sistemas operativos de las entidades bancarias no pueden variar de un día a otro y menos inclusive estar sometidos a las notificaciones de las entidades administrativas para el adecuado desarrollo de sus actividades.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Teresa

- 2010 “La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho”. *Revista Themis*. Lima. N° 58. pp. 72-74. Consulta: 2 de enero de 2019.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9119/9530>

BALBUENA, Gabriel

- 2007 “La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado”. *Universidad Externado de Colombia*. 2007, p. 248.

BULLARD, Alfredo

- 2011 “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10*. Lima. N° 10. p. 5. Consulta: 10 de noviembre de 2018.
<http://www.ipde.org.py/wp-content/uploads/2017/07/Es-el-consumidor-un-idiota-Alfredo-Bullard.pdf>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- 2004 *Expediente N° D-4599*. Sentencia N° C-131-2004: 19 de febrero de 2004.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-131-04.htm>

COVIELLO, Pedro

- 2004 *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Lexis Nexis. p. 462.

FERNÁNDEZ, José

2009 “Riesgo operacional: del olvido regulatorio a la nueva circular de solvencia”.
Revista Estrategia Financiera. N° 280. pp. 45-53.

FUENTES, César e Isaac ZÚÑIGA

2010 *Gestión integral de riesgos operativos en el proceso de crédito microfinancieros*. Lima.: Esan Ediciones

GONZÁLES, Julián y Benito UMAÑA

2004 *Acuerdo de Basilea II, un desafío para la banca chilena*. Horizontes Empresariales

GUZMAN, Christian

2013 “Los principios que regulan la función administrativa”. *Manual del procedimiento administrativo general*. Lima: Pacífico Editores, pp. 29-60.

INDECOPI

2010 *EXPEDIENTE 72-2008/CPC-INDECOPI-CAJ.* Resolución
516-2010/SC2-INDECOPI: 15 de marzo de 2010.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2011 *Expediente N° 1327-2009/SPC-INDECOPI.* Resolución
2639-2011/SC2-INDECOPI: 3 de octubre de 2011.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2011 *Expediente N° 67-2010/CPC-INDECOPI-ICA.* Resolución 3448-2011/SC2: 15 de diciembre de 2011.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2013 *Expediente N° 118-2013/ILN-PS0.* Resolución 3092-2013/SPC-INDECOPI: 18 de noviembre de 2013.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2013 *Expediente N° 150-2012/CPC-INDECOPI-TAC.* Resolución 1853-2013/SPC-INDECOPI: 15 de julio de 2013.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2013 *Expediente N° 109-2012/CPC-INDECOPI-ANC.* Resolución 1305-2013/SPC-INDECOPI: 24 de mayo de 2013.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2014 *Expediente N° 1327-2009/CPC.* Resolución 4267-2009/CPC: 2 de diciembre de 2009.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2014 *Expediente N° 114-2013/ILN-CPC*. Resolución 2502-2014/SPC-INDECOPI:
4 de agosto de 2014.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2014 *Expediente N° 525-2012/ILN-CPC*. Resolución 2371-2014/SPC-INDECOPI:
21 de julio de 2014.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2014 *Expediente N° 114-2013/ILN-CPC*. Resolución 2502-2014/SPC-INDECOPI:
4 de agosto de 2014.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2017 *Expediente N° 7-2018/PS2*. Resolución Final 755-2017/SPC-INDECOPI: 22
de junio de 2018.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2017 *Expediente N° 827-2018/PS2*. Resolución Final
1001-2017/SPC-INDECOPI: 22 de junio de 2018.

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2017 *Expediente N° 827-2018/PS2. Resolución Final 1526-2017/SPC-INDECOPI: 22 de junio de 2018.*

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2018 *Expediente N° 827-2018/PS2. Resolución Final 856-2018/PS2: 22 de junio de 2018.*

<http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

INDECOPI

2014 *Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N° 106-2014-INDECOPI/COD. Lima, 27 de junio. Consulta: 11 de noviembre de 2018.*

https://www.indecopi.gob.pe/documents/36537/200871/Res_+N%C2%B0+106-2014.pdf/bf7bc8d0-e831-423f-8e7c-2e0e4d084d90

KRESALJA, Baldo

2009 “El Derecho Constitucional Económico”. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: PUCP, pp. 135-138.

MARTÍNEZ-SÁNCHEZ, José Francisco y Francisco VENEGAS-MARTÍNEZ

2013 “Riesgo operacional en la banca trasnacional: un enfoque bayesiano”. *Ensayos de Revista de Economía*. 2013, volumen XXXII, p. 32.

MAZZ, Addy

2005 “El principio de seguridad jurídica y las inversiones”. *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, p. 288.

MORÓN, Juan

2017 “Título preliminar”. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general del texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 124-132.

PARDO, José Esteve

2010 “La Administración Garante. Una Aproximación”. *Revista de Administración Pública N° 197*. Madrid. N° 197. pp. 38-39.

PINTO, Luz Mercedes y Alejandro LEYVA

2008 “Administración del riesgo operacional en Colombia. Estado de la implementación del SARO en el sector bancario”. *Ad-minister Universidad EAFIT*. 2008, número 12, p. 91.

SANTOS DE ARAGAO, Alexandre

2010 “Teoría de la Autolimitaciones Administrativas: actos propios, confianza legítima y contradicción entre órganos administrativos”. *Círculo de Derecho Administrativo*. 2010, número 9, p. 39.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13704>

SUAREZ SALGUERO, Luz

2017 “Convalidación de confianza legítima para la seguridad jurídica en las decisiones de la administración pública en Colombia”. *Universidad Militar Nueva Granada*. 2017, pp. 34-35.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP

2017 *Resolución SBS N° 3274-2017 que aprueba el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero y modifica el Manual de Contabilidad para las empresas del sistema financiero y el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito*. Lima, 18 de agosto de 2017. Consulta: 6 de noviembre de 2018.

<http://ima01.gestion.pe/doc/0/0/2/4/3/243991.pdf>

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP

2017 Resolución S.B.S. N° 272-2017 - Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos y establecen otras disposiciones. Lima, 18 de enero de 2017. Consulta: 10 de setiembre de 2018

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-de-gobierno-corporativo-y-de-la-gestion-resolucion-no-272-2017-1476592-1/>

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP

2018 Comité de Basilea II y III. Consulta: 11 de setiembre de 2018

<http://www.sbs.gob.pe/regulacion/basilea-ii-y-basilea-iii>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2002 *Expediente N° 16-2002-AI/TC*. Sentencia del Tribunal Constitucional: 30 de abril de 2003.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 *Expediente N° 1454-2010-PHD/TC*. Sentencia del Tribunal Constitucional: 6 de agosto de 2018.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01454-2010-HD.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2010 *Expediente N° 6129-2014-PA/TC*. Sentencia del Tribunal Constitucional: 23 de noviembre de 2016.

<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/06129-2014-AA.pdf>

ZEGARRA, Diego

2006 “Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo (sus alcances en la Doctrina Española)”. *Revista de Derecho Administrativo*. España: pp. 40-41

