

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**Cláusulas abusivas en la activación de los seguros bancarios por adhesión en el
sistema peruano**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor

Autor:

Jenny del Carmen Curo Tercero

Asesor:

Javier Mihail Pazos Hayashida


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, PAZOS HAYASHIDA, JAVIER MIHAIL, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Cláusulas abusivas en la activación de los seguros bancarios por adhesión en el sistema peruano", del autor(a) Curo Tercero, Jenny del Carmen, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 09/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de diciembre del 2024

PAZOS HAYASHIDA, JAVIER MIHAIL	
DNI: 07758696	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

1. RESUMEN

El presente trabajo busca analizar las cláusulas abusivas en los contratos de seguro de servicio financieros de tarjeta de crédito y débito, entendiendo que la suscripción del contrato de éstas últimas implica, como base en el deber de idoneidad, una responsabilidad mayor de la entidad financiera que no puede ser reemplazada por el contrato de seguro.

Asimismo, se analiza cuál es la postura del Indecopi y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP frente a las cláusulas abusivas, pasando sobre algunas resoluciones que hablan del tema.

Finalmente, analizamos algunos ejemplos de contratos financieros de éste tipo de seguros y encontramos ciertas situaciones que parecen calificar como cláusulas abusivas para la activación de los mismos.

2. Palabras clave

Contratos de seguros, Seguros de tarjetas, cláusulas abusivas, activación de seguros financieros

3. ABSTRACT

This paper seeks to analyze the abusive clauses in credit and debit card financial service insurance contracts, understanding that the subscription of the contract of the latter implies, as a basis on the duty of suitability, a greater responsibility of the financial institution that cannot be replaced by the insurance contract.

Likewise, the position of Indecopi and the Superintendencia de Banca, Seguros y AFP in the face of abusive clauses is analyzed, passing on some resolutions to talk about the subject.

Finally, we analyse some examples of financial contracts for this type of insurance and find certain situations that seem to qualify as abusive clauses for their activation.

4. Keywords

Insurance contracts, Card insurance, abusive clauses, activation of financial insurance

5. ÍNDICE

1. Resumen	1
2. Palabras clave	2
3. Abstract	3
4. Key words	4
5. Índice	5
6. Introducción.	6
7. Capítulo 1: Idoneidad de los contratos de seguros contra robo de productos financieros	7
7.1. Qué es el deber de Idoneidad	7
7.2. La idoneidad en los contratos de productos y seguros financieros	7
7.2.1. Idoneidad en los contratos de adquisición de productos financieros	7
7.2.2. Idoneidad en los contratos de seguros de productos financieros	9
7.3. Idoneidad en los contratos de adquisición y de seguros de las tarjetas de débito y crédito	10
7.3.1. Idoneidad en los contratos de adquisición de tarjetas de crédito y Débito	10
7.3.2. Idoneidad en los contratos de seguros de tarjetas de crédito y débito	11
8. Capítulo 2: Cláusulas abusivas en los contratos de seguros contra robo en productos financieros	13
8.1. Qué son las cláusulas abusivas según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)	13
8.2. Qué son las cláusulas abusivas según el Indecopi	17
9. Capítulo 3: Cláusulas abusivas en los requisitos y exclusiones para la activación de la póliza de seguro en los contratos de seguros contra robo de productos financieros	21
9.1. Requisitos para la activación del seguro	21
9.2. Análisis de exclusiones para la activación de los seguros	23
10. Conclusiones y recomendaciones	26
11. Bibliografía	27

6. INTRODUCCIÓN

Actualmente 4 de 10 peruanos adultos cuentan con un producto financiero de acuerdo a lo reportado en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO)¹. Este número aunque parezca no afectar a la mayoría de peruanos, sí representa a un gran número de ellos y debe hacernos tomar conciencia de la importancia del sistema financiero y sus reglas en la vida cotidiana de los mismos.

Tenemos además información del INEI que nos habla del aumento en la cultura del ahorro y de las transacciones financieras, de un país en vías de desarrollo que trata aún de reinventarse tras la pandemia y que encuentra en los préstamos y créditos, una forma de conseguir el capital necesario para “volver al ruedo”.

Mientras que, en paralelo, tenemos un país con un índice de delincuencia altísimo, ya no solo por el robo físico a ciudadanos de a pie sino también por ataques cibernéticos.

Esto último que viene en aumento tras la virtualidad a la que nos volvamos tras la pandemia, que dejó una nueva forma de realizar compras, de enfrentarnos al mundo de las transacciones y que, tal parece, ya no regresará al punto anterior.

Es así que nos encontramos entre un aumento del riesgo y la necesidad de los consumidores en sus nuevos hábitos de consumo, los contratos masivos de adhesión que reducen costos y el deber de seguridad e idoneidad de los productos financieros que se ofrecen.

Por ello, vemos la necesidad de analizar y contrastar si los contratos de seguro de protección de tarjetas de crédito y débito, como productos financieros más usados por los consumidores, son efectivos o incluyen cláusulas abusivas que los afecten.

¹ Reporte de la situación de la educación financiera en el Perú. www.asbanc.com.pe

7. CAPÍTULO I: Idoneidad de los contratos de seguros contra robo de productos financieros

7.1. Qué es el deber de Idoneidad

El artículo 8 del Texto Único Ordenado (TUO) del Sistema de Protección al Consumidor ya establecía la responsabilidad de los proveedores sobre la idoneidad de los productos y servicios que ofrece.

Actualmente, el Código de Protección al Consumidor (en adelante, el Código) define en su artículo 18 el deber de idoneidad como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe. Esto último estará determinado por aquello que el proveedor hubiera ofrecido, la información y publicidad transmitida al consumidor, las características y naturaleza del producto o servicio, entre otros².

Asimismo, la idoneidad estará determinada también por aquellas expectativas generadas en el consumidor cuando se estableció la relación de consumo, considerándose condiciones como la posición ostentada por el proveedor, la vulnerabilidad del consumidor, la asimetría informativa y la confianza que podría haberse generado en el consumidor.

Finalmente, no debemos olvidar que la idoneidad está estrechamente vinculada con las garantías del producto o servicio, las mismas que pueden ser legales, explícitas e implícitas. Las cuales se deben analizar en conjunto para determinar si el producto o servicio brindado cumplió o no con este deber³.

7.2. La idoneidad en los contratos de productos y seguros financieros

7.2.1. Idoneidad en los contratos de adquisición de productos financieros

Para este análisis vamos a centrarnos en los productos financieros ofrecidos a los consumidores ya que, si bien los productos o servicios que ofrecen las entidades financieras actualmente son muy variados, lo que nos importa aquí es su aplicación específicamente a lo que el Indecopi define como consumidor final.

² Artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

³ Un consumidor contrató un servicio de transporte para trasladar el féretro que contenía los restos mortales de su madre; sin embargo, al recibirlo, este presentó daños en su estructura. Aplicando una garantía legal contenida en la Ley de Aeronáutica Civil, la Comisión declaró fundada la denuncia, debido a que quedó acreditado que el proveedor brindó un servicio carente de idoneidad, pues se determinó que los daños fueron ocasionados durante el servicio de transporte de carga Resolución Final 1112-2012/ILN-CPC.

Asimismo, partimos de la idea de que el Indecopi, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que en los servicios financieros siempre existirá la asimetría informativa entre proveedor y consumidor, lo que nos permite hacer un análisis general sobre la idoneidad de los productos financieros.

Cabe señalar además, que el ámbito financiero es uno de los más regulados del sector, tal es así que para el análisis de sus casos se tiene un apartado específico en el Código y se tienen normas de regulación especializada como las brindadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (En adelante SBS) y sus respectivas resoluciones. Todo ello aumentará la expectativa del consumidor y, por tanto, los parámetros respecto de la idoneidad de los productos financieros ofrecidos en el mercado.

Como ya lo mencionábamos en líneas anteriores, con el desarrollo de la tecnología y las necesidades de los consumidores, los productos financieros son muy variados; sin embargo, si tratamos de darles una clasificación grupal, podríamos hablar de tres grandes conjuntos, esto es, aquellos productos financieros destinados al ahorro, aquellos destinados a la inversión y aquellos destinados a la financiación.

Así, si bien cada uno tendrá sus consideraciones especiales respecto de la idoneidad, considero que existe un tema transversal a cada uno de ellos, esto es, la seguridad. Así por ejemplo, sobre los productos financieros de ahorro, el consumidor esperará que sus ahorros estén custodiados bajo estrictas medidas de seguridad y que los mismos estén a su disposición cuando requieran retirarlos. Esto último, a través de los mecanismos establecidos por la entidad financiera cuyas formalidades involucren los filtros de seguridad donde, nadie más que el titular del producto y/o servicio, pueda acceder a la cantidad ahorrada y a la información que éste contiene (información como datos personales, vinculación de cuentas, transacciones, etc.)

Por otro lado, la seguridad en los productos de inversión, estaría dada por, la seguridad de que dicho dinero depositado está trabajándose a favor del titular del producto y/o servicio financiero para generarle una alta rentabilidad, la cual ha de estar disponible según los plazos en los términos de contratación o, en su defecto, la seguridad de que no habrá pérdidas.

Recordemos, pues, que no estamos frente a una apuesta como en bolsa de valores donde la apuesta podría hacer perder incluso lo invertido, en contraposición con el producto financiero cuya regla mínima es el compromiso de la entidad financiera de devolver, cuando menos, el importe inicialmente entregado.

Finalmente, en los productos destinados a la financiación, la seguridad estaría dada por el correcto destino del dinero, esto es, que el mismo sea trasladado al titular que lo ha solicitado, así como seguridad en la verificación de identidad de quien hace uso de tales productos y/o servicios, que debería ser el titular y/o las personas autorizadas por el mismo.

Es importante señalar que todos los contratos de productos y/o servicios financieros, son contratos de adhesión por lo que no hay opción a que el consumidor negocie; sin embargo, estos mismos contratos han sido previamente aprobados por la SBS, lo que parece darle una cuota de seguridad al consumidor toda vez que dicha contratación habría pasado el filtro sobre cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor.

7.2.2. Idoneidad en los contratos de seguros de productos financieros

El desarrollo y avance tanto tecnológico como de la delincuencia han hecho que surjan nuevos productos financieros vinculados a la seguridad de otros productos financieros. Específicamente, aquellos vulnerables en casos de robo, clonación de tarjetas, entre otros, cuya afectación directa se da en el patrimonio del consumidor.

Conviene, aquí, reiterar la precisión de que nos estaremos refiriendo a los productos financieros adquiridos por consumidores en base a la definición brindada en el Código.

Por tanto, la idoneidad en los contratos de seguros de servicios financieros estaría destinada a que el patrimonio del consumidor volviera al estado anterior tras el robo que podría haber sufrido.

Esto, a cambio del pago mensual por dicho seguro y el cumplimiento de la acreditación de que tal afectación al patrimonio no es de responsabilidad del consumidor, sino de terceros ajenos.

Siendo ello así, la expectativa del consumidor estaría vinculada a la reposición de su patrimonio al estado anterior antes de producirse el hecho delictivo, gracias al pago de cuotas mensuales que realiza. A esto podríamos añadir que, de acuerdo al contrato de seguros, existe un tope en cuanto al monto a restituir, que varía según la cantidad mensual que se paga.

Asimismo, del lado de la aseguradora, ésta le exige al consumidor que acredite el robo, a través de ciertos requisitos y es, justamente en capítulos posteriores, que analizaremos si dichas cláusulas tiene o no un carácter abusivo.

Es así que podemos concluir que la idoneidad del contrato de seguro de producto financiero se relaciona con la restitución al estado patrimonial anterior, con el límite de monto contratado y bajo la acreditación de que el hecho presuntamente delictivo no fue responsabilidad del consumidor; mas no vinculado al cumplimiento de las exigencias del contrato de seguros.

7.3. Idoneidad en los contratos de adquisición y de seguros de las tarjetas de débito y crédito

7.3.1. Idoneidad en los contratos de adquisición de tarjetas de crédito y débito

En este apartado nos centraremos en los dos productos financieros más comunes emitidos por las entidades financieras, esto es, las tarjetas de débito y las tarjetas de crédito.

Las primeras, pertenecen al grupo de los productos financieros de ahorro mientras que las segundas pertenecen al grupo de financiamiento.

Cabe aquí señalar que en la contratación de éstos productos confluyen tres partes: **(i)** La entidad financiera que emite la tarjeta; **(ii)** los establecimientos afiliados donde éstos plásticos o tarjetas pueden ser usados; y, **(iii)** el consumidor, que es titular de la tarjeta, a quien también se le denomina “tarjetahabiente” (Espinoza, 2021, pp. 667-668).

Asimismo, la Comisión de Protección al Consumidor (en adelante, la Comisión) ha determinado que la idoneidad en la contratación de estos productos está no solo en “la adecuada expedición del plástico y la prestación del servicio de crédito en caso el consumidor emplee la línea de

crédito otorgada, sino que dichos servicios también implican un deber de seguridad”. De igual forma, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, ha reconocido que, por ejemplo, para el caso de consumos no reconocidos, existe un deber de la entidad financiera, en alertar sobre consumos irregulares, esto íntimamente relacionado con el deber de seguridad.

Por el tipo de producto financiero, como bien se ha mencionado en líneas anteriores, la expectativa del consumidor está relacionada a que el monto guardado en su cuenta, asociado o pasible de acceder al mismo a través del plástico o tarjeta, permanezca tal cual en base a los movimientos que reconoce.

Asimismo, que se exija el cumplimiento de los mecanismos de seguridad para la disposición del dinero ahorrado, esto es, ingreso de clave secreta o mecanismos certeros de validación en casos excepciones y solicitados por el banco (huella digital, preguntas de seguridad, etc.)

Por otro lado, en el caso de la tarjeta de crédito, la idoneidad estará vinculada al mantenimiento de los términos y condiciones en las que la misma fue adquirida, de forma tal que no se permitan consumos o disposiciones de efectivo no autorizadas, en las formas de consumo autorizadas (nacionales, internacionales, por internet o físicas, etc).

Actualmente, también, se cuenta con dos tipos de tarjetas de crédito, las tradicionales donde en el voucher de compra se debe colocar la firma y DNI, lo cual será contrastado por el asesor de ventas con el documento nacional de identidad; y, en otros casos de tarjetas con clave de 4 dígitos solamente conocida por el tarjetahabiente.

7.3.2. Idoneidad en los contratos de seguros de tarjetas de crédito y débito

Como mencionamos en líneas anteriores, los contratos de seguros están pensados para reducir o aminorar el riesgo del producto o servicio para cuyo resguardo han sido contratados.

Siendo ello así, los contratos de seguros para tarjetas de débito estarían pensados para devolver los montos que pudieran haber sido retirados de la cuenta de ahorros que resguardan.

Por su parte, los seguros de tarjetas de crédito están pensados para anular las deudas originadas por consumos no reconocidos o disposiciones de efectivo no autorizadas por el titular de la tarjeta.

A diferencia de la idoneidad en la contratación de tarjetas de débito y crédito donde la seguridad forma parte del motivo de su contratación, la idoneidad del contrato de seguro parece reducirse a la sola idea de reversión del detrimento económico que se hubiera ocasionado hasta por el monto asegurado.



8. CAPÍTULO 2: Cláusulas abusivas en los contratos de seguros contra robo en productos financieros

En la normativa peruana podemos encontrar diversas referencias sobre cláusulas abusivas y las mismas referidas a distintas áreas del derecho. Cuyo desarrollo y estudio ha tomado tal énfasis en las relaciones de consumo que el Tribunal Constitucional ha reafirmado la importancia del principio de equidad en las mismas (Tribunal Constitucional del Perú, 2015).

Por tanto, en esta ocasión nos centraremos en las cláusulas abusivas referentes a los contratos de seguros, establecidas por la SBS y las cláusulas abusivas para el Código de Protección al Consumidor.

8.1. Qué son las cláusulas abusivas según la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)

Como ya se ha mencionado, las contrataciones bancarias, financieras y de seguros tienen un gran impacto, es por ello que la SBS pone especial atención en las mismas. Específicamente, el artículo 9 del Reglamento de Transparencia de Información y contratación de la SBS establece que los contratos deben garantizar la protección del consumidor, evitando cláusulas que generen un desequilibrio significativo entre las partes (SBS, 2018)

Por tanto, la SBS ha generado mecanismos de control de estas cláusulas abusivas, uno de los cuales está referido a la aprobación previa de los contratos de productos financieros que las entidades supervisadas por dicha institución pretenden ofrecer (Gómez, 2019). Tal y como menciona Sánchez y Alvarado, este control preventivo ha sido clave para evitar que los consumidores sean sometidos a cláusulas desproporcionadas que limiten sus derechos. (Sánchez & Alvarado, 2017)

Centrándonos en lo referente a la Ley de seguros, Ley 29946, la SBS ha identificado como cláusulas abusivas aquellas que limitan la responsabilidad de la aseguradora o impone condiciones poco claras para la activación de la cobertura. Estas, considera que con prácticas que afectan la equidad contractual y generan un perjuicio directo al consumidor, que en muchos casos se encuentra en una posición de vulnerabilidad (Lozano, 2016)

A continuación, analizaremos el artículo de la Ley de seguros que define las cláusulas abusivas, siendo que, para la misma, las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones que no han sido negociadas, que no hayan sido observadas por la SBS y cuyas exigencias contrarias a la buena fe, causen un

desequilibrio entre los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del asegurado.

Hasta aquí podemos identificar distintos elementos de la cláusula abusiva, esto es, en principio, una cláusula que no ha sido negociada. Esto hace una clara referencia a los ya mencionados “contratos por adhesión” cuyo uso, actualmente, es masivo sobre todo desde las entidades financieras atendiendo al alto flujo de contratación que se tiene. Sólo para recordar, los contratos financieros suelen ser de adhesión, lo que significa que el consumidor no tiene capacidad para negociar las condiciones (García, 2017)

En segundo lugar se menciona la frase “que no hayan sido observadas por la SBS”, esto se relaciona con la idea del párrafo anterior y es que, ante el alto flujo de contrataciones, la SBS se ha encargado de realizar una revisión y aprobación de este tipo de contratos, de tal forma que, según se señala en la norma, pese a dicha aprobación, siempre existe la posibilidad de que la entidad a cargo no haya advertido cierta cláusula abusiva. Por tanto, el hecho de que un contrato tenga la aprobación de la SBS no lo eximen de contener una cláusula de este tipo.

Asimismo, se agrega la condición de desequilibrio entre derechos y obligaciones pero siempre que éstas sean en perjuicio del asegurado. Esto es, si se advirtiera alguna situación desventajosa para el proveedor la misma no calificaría como abusiva dentro de la definición a la que quiere acogerse la SBS. Esto se relaciona de forma directa con los principios de soberanía del consumidor y pro consumidor recogido en el Código, toda vez que éstos se refieren al fomento de las decisiones libres e informadas de los consumidores así como de la función tuitiva del Estado frente a éstos, respectivamente.

Finalmente, existe la referencia a la buena fe, esto es, entendiendo que la cláusula, pudiendo tener una interpretación en favor del consumidor, opta por la más lesiva, convirtiéndola en un acto contrario a la buena fe.

Lo anteriormente mencionado hace un breve análisis del primer numeral del artículo 39 de la Ley de Contrato de Seguros. Sin embargo, dicho artículo contiene otros numerales que nos permiten delimitar mejor el alcance de éstas cláusulas abusivas.

El numeral 2 de dicho artículo hace la salvedad sobre aquellos contratos en donde al menos una cláusula fue negociada con el consumidor, dejando en

claro que esto no le quitará la calidad de “abusiva” a la cláusula siempre que ésta esté dentro de aquellas no negociadas con el consumidor. En buena cuenta, una única cláusula negociada con el consumidor no le quita al contrato su calidad de “Contrato por adhesión”.

El numeral 3, por su parte, establece que la cláusula abusiva no debe analizarse de forma aislada sino que, al ser parte de un contrato, ésta debe analizarse en conjunto con el resto de cláusulas. Esto significa que, si una cláusula analizada de forma aislada puede calificarse como abusiva, esto no es determinante toda vez que, si analizada en conjunto con el resto del contrato se limita su acción haciéndola no lesiva al consumidor, la misma no puede ser catalogada como tal. De la misma forma, si una cláusula analizada de forma aislada parece no ser abusiva pero analizada en conjunto con todo el contrato sí se descubre su carácter abusivo, ésta debe ser declarada nula, ya sea de forma parcial o total, según veremos más adelante.

Por otra parte, en su numeral 4, se establece que debe tenerse en cuenta tanto la naturaleza de los bienes o servicios materia del contrato así como la naturaleza de su celebración. Esto con miras a lo que se mencionaba en el párrafo anterior, esto es, determinar si la nulidad sería parcial o total en caso de determinarse que la misma es abusiva.

Debe tenerse en cuenta, además, que la firma del contrato o formas alternativas de aceptación formal del mismo no le quitan el carácter de “abusiva” a una cláusula. Esto último puede analizarse desde distintas perspectivas. De un lado, se puede entender que si dicha cláusula se encuentra dentro de las cláusulas de contratación general, por ejemplo, esto es, aprobada por la SBS pero que leída en el contexto del contrato, se determina el carácter abusivo de la misma, entonces, la firma o aceptación del contrato no es eximente de la misma.

Por otro lado, incluso si dicha cláusula ha sido parte de aquellas negociadas entre consumidor y proveedor, de acuerdo con la norma, la misma igual podría ser declarada como abusiva con su consecuente nulidad. Sin embargo, en este último caso, parece que nos encontramos frente a una opción paternalista por parte del legislador, cuya lógica si bien inicia con el principio tuitivo en pro del consumidor, debería tener forma de analizarse y determinarse, casi sin oposición alguna, que el consumidor estuvo advertido de las consecuencias de tal cláusula y, aun así, decidir aceptar, estando ya dentro de la esfera privada,

por lo que podría considerarse que la misma debería poder surtir efectos. Claro es que el legislador no lo piensa así ya que considera que la asimetría informativa y desequilibrio sobre pasan el conocimiento del consumidor, quedando éste a merced del proveedor.

El numeral siguiente indica que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, lo cual parece traernos ciertas complicaciones y es que, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Proceso Administrativo General, no existe, al menos en esta rama del derecho, esta forma de nulidad, por el contrario, es sabido que todo acto administrativo surte efectos hasta que la autoridad administrativa no haya declarado su nulidad, con lo cual, para el caso de las cláusulas abusivas, recién en ese momento podremos estar seguros si la nulidad fue total o parcial.

Otro punto no menos problemático con este numeral tiene que ver respecto de la entidad encargada de la declaración de nulidad y es que, de un lado, tenemos al Indecopi analizando el caso por caso según la denuncia del consumidor pero, de encontrarse ante una imputación sobre cláusula abusiva debería determinar si la misma se encuentra dentro de las cláusulas generales de contratación o si es parte de una única afectación a un consumidor, y solo tras ello, podrá pronunciarse o declarar su falta de competencia para resolver el asunto.

Sin embargo, qué sucede si la cláusula abusiva está dentro de las cláusulas generales, pero solo es tal en atención al análisis total del contrato y deriva dicha situación de una cláusula particular, es decir, negociada por el consumidor y el proveedor. ¿Podríamos convenir en cuál sería la autoridad encargada de declarar la misma? Y si la situación fuese inversa, ¿Cambiaríamos dicha autoridad?

Es posible, entonces, que la respuesta sea como la respuesta genérica en el derecho “depende de cada caso en concreto”.

Los dos últimos numerales están referidos a la subsistencia del contrato pese a su nulidad parcial dependiendo de la finalidad económico-jurídica del mismo. Seguido de aquella indicación sobre que la declaración de nulidad no dependerá de la intervención o no de un corredor de seguros.

Cabe aquí señalar que no somos el único país en la región que ha desarrollado este tipo de criterios para identificar y sancionar las cláusulas abusivas en

seguros aplicando los principios de protección al consumidor, también Chile lo ha hecho, al igual que España (Muñoz, 2018), siendo que, en nuestro caso, la SBS se ha enfocado en asegurar que las condiciones de estos contratos de seguros, es decir, aquellos que han pasado por su aprobación, sean claras, transparentes y justas, conforme a los principios establecidos en el Código de Protección al Consumidor (Lagos & Herrera, 2017)

8.2. Qué son las cláusulas abusivas según el Indecopi

En este apartado nos dedicaremos a señalar que son para el Indecopi las cláusulas abusivas y es que ya el Tribunal de dicha entidad ha señalado que las cláusulas abusivas pueden presentarse en los contratos bancarios, de seguros, financieros y de servicios, y afectan la libertad contractual del consumidor al imponer condiciones desequilibradas y difíciles de negociar (Espinoza, 2020)

En este contexto, el Código ha dedicado varios espacios a mencionar a dichas cláusulas, definiendo las mismas de forma general como aquellas que causan un perjuicio injustificado al consumidor, afectando el equilibrio de las relaciones contractuales. Estas incluyen, entre otras, aquellas que limitan o excluyen derechos que normalmente le corresponderían al consumidor en circunstancias normales (Indecopi, 2020)

Tenemos entonces que el Código de Protección al Consumidor recoge en su artículo 1 una enumeración de derechos de los consumidores en cuyo literal c) se establece que éstos tienen derecho a la protección contra cláusulas abusivas.

Esto nos hace notar que, al parecer, las cláusulas abusivas no serían raras dentro de la práctica comercial toda vez que se le dedica especial importancia desde el primer artículo del Código.

Por otra parte, se establece que es un derecho la protección frente a estas cláusulas, es decir, no solo es una práctica, sino un derecho innato de los consumidores.

De otro lado, tenemos un artículo dirigido a los requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión, establece las condiciones de los contratos por adhesión e indica, en su literal c) que deben ser contratos de buena fe (reiterando lo ya establecido por la SBS) y que debe existir equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes y con ello,

establece que la consecuencia lógica es la exclusión de cláusulas abusivas, esto es, da una definición de aquello que son las cláusulas abusivas, entendiendo las mismas como aquellas existentes en un contrato de adhesión y que van en contra del equilibrio entre obligaciones y derechos además de ir en contra de la buena fe.

¿Cómo entender este equilibrio? Claramente no hablamos de una igualdad en cantidad de derechos y obligaciones y es que no podríamos hablar de una igualdad de condiciones porque no las hay en tanto existe la asimetría informativa. Por el contrario, debe entenderse como aquella situación en la que el proveedor cumple todas sus obligaciones pactadas con el consumidor, las cuales deben tener como base mínima, el respeto de los principios y derechos de los consumidores.

Así también, tenemos un capítulo dedicado a las cláusulas abusivas en el Código, el mismo que en el primer numeral sobre definición de las mismas indica que definirá las cláusulas abusivas en base a los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Aquí entonces conviene que podamos hacer una distinción entre los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación. Los primeros, como ya hemos mencionado antes, se refieren a aquellos contratos que, debido al volumen de suscripciones que tiene, no son negociados entre proveedor y consumidor, siendo aprobados de forma previa por la SBS. Por su parte, las cláusulas generales de contratación son aquellas que, a la luz de su análisis, permiten la contratación masiva de ciertos productos financieros, por ejemplo, dejando un margen de negociación. Ambos, tienen un fin de economía de “producción” en los contratos.

Como señala Torres, estas cláusulas (abusivas), generalmente presentes en contratos de adhesión, son objeto de control y regulación por las autoridades competentes en materia de defensa del consumidor, tanto en el Perú como en diversos países bajo el derecho comparado (Torres, 2018)

Cierto es también que, de acuerdo a lo dicho en este artículo, podemos intuir que existirán cláusulas generales de contratación que no han sido aprobadas por la administración, específicamente por la SBS pero cuyo uso puede haber sido estandarizado entre los proveedores, con lo cual, las mismas podrían ser pasibles de ser catalogadas como abusivas. Sin embargo, aquí encontramos un problema y es que, como se ha mencionado, las cláusulas abusivas deben

ser entendidas dentro de todo un contrato y no solo de forma aislada. En ese sentido, casi de inmediato podemos ver que esta definición de cláusulas abusivas del código, ignoraría dicha disposición en tanto solo estaría considerando a aquellas cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, asumiendo, quizá, que aquellas cláusulas generales de contratación sí aprobadas administrativamente, no podrían ser pasibles de ser abusivas, lo cual, como ya se ha mencionado, no es del todo cierto en atención al análisis conjunto de la cláusula y el contrato al que pertenece.

Los siguientes literales recogen lo ya establecido por la SBS en la ley de seguros, esto es, el análisis total de la cláusula dentro de su contexto y considerando la naturaleza del producto o servicio contratado.

Sin embargo, agrega una variable adicional que tiene que ver con la información brindada al cliente. Esto último no resulta menos problemático de cara la etapa de actuación de pruebas, sobre todo teniendo en cuenta que mucha información puede haber sido brindada de forma verbal a los consumidores, no estando recogida en ningún documento, lo que colocaría en desventaja a los consumidores al no tener más que su palabra para sustentar la infracción.

Asimismo, dicho artículo no se excluye que existan las cláusulas abusivas en un contrato porque se haya negociado parte o la totalidad de alguna cláusula y se agrega que el proveedor que afirme que una cláusula ha sido negociada, asume la carga de la prueba.

Esto aplicaría para todas las cláusulas pero en atención a lo anterior, debería circunscribirse sólo a la alegación de que una cláusula aparentemente abusiva fue negociada con el consumidor y es esa negociación la que debería ser puesta como elemento probatorio, resaltando el correcto deber de información, la transparencia y el conocimiento del consumidor sobre las consecuencias de la misma. Una forma adicional también podría ser que, si dicha cláusula tiene más de una forma de interpretación, el proveedor está aplicando su interpretación más favorable al consumidor y tiene ello como práctica común.

En este punto debemos tener en cuenta que, tal y como señaló la resolución N° 228-2019/SPC –Indecopi, “el desequilibrio (en las cláusulas abusivas) se

evaluará para determinar la existencia de una cláusula abusiva no será analizado en términos económicos concernientes al precio, sino más bien en términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada: los desequilibrios en las prestaciones contractuales asumidas por las partes”.

Esto resulta importante mencionarlo porque muchas veces asociamos el perjuicio económico de los consumidores en base a la pérdida económica que puedan tener a consecuencia de un contrato de consumo, un caos no muy lejano es el tema de los intereses donde, aún con la exposición de motivos, no se determinó que los mismos formaran parte de un conjunto de cláusulas abusivas. Aunque, cierto es, que hay casos cuya línea de distinción es muy delgada como la inclusión de cláusulas arbitrales que serán analizadas en el siguiente capítulo.

Finalmente, podemos mencionar que si bien en el Código se ha intentado desarrollar un concepto amplio sobre las cláusulas abusivas desglosando sus efectos, esto es, de ineficacia absoluta y relativa, las resoluciones del Indecopi también han hecho lo propio, siempre de la mano con lo determinado por la SBS quien sería el organismo encargado de brindar una propuesta final sobre dichas controversias.



9. CAPÍTULO 3: Cláusulas abusivas en los requisitos y exclusiones para la activación de la póliza de seguro en los contratos de seguros contra robo de productos financieros

Para el presente capítulo se han tomado como referencia los documentos de contratación y asociados de tres aseguradoras diferentes respecto de su contrato y póliza de seguro de protección de tarjetas, estas son Paribas Cardif, Pacífico y Mapfre.

9.1. Requisitos para la activación del seguro

Los requisitos de activación de los seguros a nivel general han traído más de un problema toda vez que pareciera que las aseguradoras basarían su análisis en dos etapas, la primera, el cumplimiento de los requisitos y la segunda, solo frente a aquellos que pasen el primer filtro, recién analizar la cobertura y devolución.

Es aquí donde conviene detenerse y ver si los requisitos de activación de seguro constituyen o no una cláusula abusiva y en qué casos.

Luego de analizar los contratos y pólizas de las entidades financieras antes mencionadas, hemos encontrado que las siguientes exigencias podrían ser consideradas como abusivas para los consumidores.

En primer lugar, tenemos el caso del seguro de tarjetas de Mapfre en donde, para la cobertura exige el bloqueo inmediato de la tarjeta afecta al robo. Esto resulta por demás problemático toda vez que por inmediato deberíamos entender que el mismo debe darse ni bien termina el siniestro; sin embargo, ha de considerarse, desde el lugar donde ocurren los hechos a cuánto de distancia se está de la agencia bancaria emisora de la tarjeta. Es verdad que el bloqueo puede realizarse vía telefónica; sin embargo, cabe preguntarse si la víctima tiene un teléfono cerca, toda vez que es altamente probable que, de haber tenido un teléfono móvil, el mismo también habría sido robado.

Adicional a ello, solicitan que la denuncia en la comisaría se haga hasta máximo 5 horas después de ocurridos los hechos y que la misma se haga en la delegación policial correspondiente a donde ocurrieron los hechos, lo cual parece asequible y razonable si nos encontramos en ciudades grandes y capitales del territorio nacional; sin embargo, no es así si pensamos en algún lugar de difícil acceso.

Por otro lado, se solicita documentación de la misma entidad financiera, esto es, estados de cuenta certificados por la entidad financiera así como los últimos tres estados de cuenta de la tarjeta protegida; sin embargo, se debe recordar que la reclamación de cobertura se puede realizar tanto directamente a la aseguradora como a la entidad contratante, siendo que, en este último caso, se estaría solicitando la documentación que la misma entidad financiera posee. Con ello, se estaría llenando de tramitaciones innecesarias a los asegurados.

A todo ello, se le debe sumar que el plazo para tal efecto es el de 3 días calendario, plazo arbitrario y que no se corresponde con los plazos de atención de solicitudes de las entidades.

Similar situación existe con los requisitos solicitados por Pacífico respecto del plazo solicitado para el bloqueo de las tarjetas y presentación de la denuncia policial.

Como dato adicional, consideramos también que en el contrato general se establece que la cobertura es para uso indebido de tarjetas ocurrido(s) desde la hora del siniestro que figura en la denuncia policial; sin embargo, esto no aclara si dicha hora se refiera a la hora de interposición de la denuncia, a la hora de ocurrencia de los hechos o la hora en la que tomé conocimiento de los mismos. Y si fuera esto último pero se hubieran dado varios usos indebidos y el primero con bastantes días atrás, ¿sería rechazado por exceso de plazo?

Por otro lado, no se contempla la posibilidad de que el uso indebido sea tras un robo con consecuencias de daño y hospitalización posterior, situación en la cual el asegurado no podría cumplir con los plazos establecidos dada su situación de salud.

Finalmente, para el caso de Paribas Cardif, hemos identificado cláusulas abusivas adicionales, esto toda vez que su seguro de protección de tarjeta contempla varios supuestos adicionales como la hospitalización, muerte y reembolso de reposición de documentos personales.

En el caso del uso indebido de las tarjetas, se solicita la constancia emitida por la entidad financiera donde se vea la fecha y hora del bloqueo de la tarjeta; sin embargo, hay que tener en cuenta que el bloqueo de tarjeta, en su mayoría, se realiza a través de llamada telefónica con lo cual, de requerir una

constancias, sería un documento adicional emitido por el banco, lo que demoraría más en emitirse.

Asimismo, se reitera la necesidad del aviso inmediato lo que nos lleva al mismo cuestionamiento inicial sobre este requisito ya mencionado.

Por otro lado, para los casos de muerte, se solicita la copia del testimonio del acta de sucesión intestada y la copia literal de la partida registral, todo esto dentro de un plazo de 30 días, lo que claramente no toma en cuenta, en primer lugar, las posibles dificultades en la declaratoria de herederos, a saber, problemas en las partidas de nacimiento registradas en Reniec, sin contar con aquellas que deben ser tramitadas en provincia, el tiempo que demora en arreglarse ello y que, recién posterior a la emisión del documento, ha de tramitarse su inscripción en Sunarp, con lo cual, el plazo para la obtención de esta documentación solicitada, claramente excede el plazo estipulado por la aseguradora.

Por otra parte, no menos problemático resulta que como requisito para el reembolso de gastos por reposición/duplicado de documentos personales se exija una copia del documento de identidad, esto es, el mismo que podría haber sido objeto de robo, con lo cual, esto se convertiría en un requisito imposible de cumplir.

9.2. Análisis de exclusiones para la activación de los seguros

Respecto de las exclusiones, para el caso de Mapfre, por ejemplo, se tiene que los delitos que den lugar al siniestro asegurado, cuando son cometidos por parientes hasta 4to grado de consanguinidad y 1ero de afinidad, no serán indemnizados, de la misma forma que no lo serán si el daño fue causado por alguien que vive en la propia casa.

Como puede advertirse, esta exclusión es bastante problemática toda vez que los lazos consanguíneos no son sinónimo de trato cercano por lo que no podría asumirse complicidad. Menos aún si se habla de personas que pueden vivir en la misma casa pero están bajo una situación de alquiler no declarado.

Asimismo, se excluye el pago para casos donde la persona se encontraba en estado de ebriedad o bajo los efectos de alguna droga, salvo que dicho

estado haya sido involuntario. En esa medida resulta importante preguntar cómo es que podría demostrarse ello.

De otro parte, en cuanto al seguro de Pacifico, su lista de exclusiones es bastante larga, por lo que agruparemos estas exclusiones por temática. Por un lado, se excluye la cobertura en caso de clonación de tarjetas, fraude por internet, phishing o el uso indebido luego del bloqueo u horas máximas establecidas en el contrato. Si bien esto puede entenderse porque sería responsabilidad del banco y no de la aseguradora el reconocimiento de dichas pérdidas en atención al deber de idoneidad, resulta problemático de cara al consumidor quien, como ya se ha dicho, tiene la opción de reclamación directamente con su contratante, de tal forma que la no información respecto de la diferenciación en el reconocimiento de las pérdidas conllevaría al perjuicio de éste en tiempo y dinero.

Similar a la exclusión de Mapfre, establece que no indemnizará para casos donde el delito haya sido perpetrado por parientes hasta 4to grado de consanguinidad, 2do de afinidad o empleado de la víctima. Bajo esta circunstancia, parece que la aseguradora olvida hacer un análisis criminalístico sobre los principales perpetradores de robos y excluye a los antes mencionados solo por la sospecha anticipada de complicidad.

Finalmente, en el caso de Paribas Cardif, encontramos una exclusión común para todos los casos asegurados y esto es “actos negligentes” cometidos por el asegurado. Dicha exclusión resulta subjetiva dando pie a que la aseguradora califique como acto negligente cualquier acción sin que ello tenga un parámetro objetivo y, bajo ese argumento, denegar las solicitudes de cobertura de sus usuarios.

Otro punto en común en todas las aseguradoras antes mencionadas es que todas incluyen la exclusión para casos en donde el asegurado tenga otro medio por el cual se pueda recuperar el monto robado; sin embargo, aquí nos preguntamos qué sucede en el caso de un consumidor que haya contratado dos seguros, ambos por el mismo riesgo, esto es, protección de tarjetas. ¿Ambas aseguradoras no podrían oponer dicha cláusula y negarse a pagar argumentando que la otra es la que debe hacerlo? Ninguna parece ofrecer una solución intermedia que beneficie al consumidor quien, en su idea de tener una mejor protección, decide contratar dos seguros en caso su pérdida

sea mayor y parece no recibir toda la información necesaria para que conozca los riesgos de tal acción.

De esta forma hemos podido enumerar algunas cláusulas que colocan en desventaja al consumidor frente al proveedor, lo que las hace caer en la tipificación de cláusulas abusivas.



10. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Conclusión(es) parcial(es)

- 1) El deber de idoneidad ha sido recogido de forma expresa en el Código de Protección al Consumidor y se sustenta no solo en la expectativa del consumidor sino en eventos adicionales pudiendo éstos estar recogidos en normativas adicionales.
- 2) Para el caso específico de productos financieros, se tiene una amplia regulación de la materia dada de la mano con la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.
- 3) La idoneidad en los servicios financieros dependerá del grupo al que éstos pertenezcan pero tiene como eje transversal la seguridad de los mismos.
- 4) La idoneidad de los contratos de seguros está vinculado a la posibilidad del retorno al estado anterior que reduzca o anule el perjuicio económico que se hubiera podido ocasionar.
- 5) La idoneidad de las tarjetas de débito está relacionada a la custodia del dinero depositado en la misma.
- 6) La idoneidad de las tarjetas de crédito está relacionada con la seguridad de detección y detención de consumos o disposiciones de efectivo no reconocidos.
- 7) La idoneidad de los contratos de seguros de tarjetas de débito se vincula a la devolución de los montos “hurtados”.
- 8) La idoneidad de los contratos de seguros de tarjetas de crédito está vinculado a la anulación de cualquier consumo o disposición en efectivo que se hubiera podido realizar.
- 9) Los pronunciamientos del Indecopi y la SBS sobre cláusulas abusivas dejan cierta línea contradictoria para el análisis de las mismas.
- 10) El Indecopi ha tratado de desarrollar de forma más exhaustiva las implicancias de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo; sin embargo, advierte su imposibilidad de pronunciamiento de encontrarse frente a una dentro de las contrataciones generales de consumo.
- 11) En el análisis de algunos contratos de seguros, hemos encontrado cláusulas abusivas para la activación de los mismos que van en perjuicio de los consumidores.

11. BIBLIOGRAFÍA

- Contratos por adhesión: Una mirada al Caso Estadounidense”, Iñigo Maza Gazmuri
- Tesis: Cláusulas abusivas en contratos por adhesión bancarios en el Perú. 2024
- Los Secretos de los Seguros. Alonso Nuñez del Prado Simons. 2017. Fondo Editorial PUCP
- Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros. Andrés Bolaños Sánchez. Universidad de Antioquia. 2021
- Las condiciones de activación en los contratos de seguro como supuestos de cláusulas abusivas. Andrea Egoavil Guerra. 2018
- Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y la protección y defensa de los consumidores: una visión de la Resolución N° 243 – 2018/SPC
- La aplicación de las cláusulas abusivas en el código de protección y defensa del consumidor y la posible vulneración de los artículos 58 y 59 de la Constitución de 1993. Kristiam Herrera Carrasco. 2018
- La Cláusula Abusiva en los contratos bancarios. Maria del Carmen Arana Courrejolles. Foro Jurídico. 2017
- Cláusulas abusivas. X. Calderón y otros. Derecho y Sociedad N° 34. P 151 y ss.
- Apuntes sobre la nueva ley de contratos de seguro. Análisis y críticas a dos años de su publicación. J. Martinez y otros. Revista de Actualidad Mercantil N° III, 2014
- Contratos por adhesión: Una mirada al Caso Estadounidense”, Iñigo Maza Gazmuri
- Tesis: Cláusulas abusivas en contratos por adhesión bancarios en el Perú. 2024
- Los Secretos de los Seguros. Alonso Nuñez del Prado Simons. 2017. Fondo Editorial PUCP
- Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguros. Andrés Bolaños Sánchez. Universidad de Antioquia. 2021
- Las condiciones de activación en los contratos de seguro como supuestos de cláusulas abusivas. Andrea Egoavil Guerra. 2018
- Apuntes sobre la nueva ley de contratos de seguro. Análisis y críticas a dos años de su publicación. J. Martinez y otros. Revista de Actualidad Mercantil N° III, 2014

- ¿Las medidas de seguridad forman parte del deber de idoneidad en la prestación de servicios financieros? LP derecho
- Productos financieros qué son y tipos con ejemplos y tablas en 2021 economíaresponsable.com
- Bibliografía
- - Espinoza, M. (2020). Derecho del consumidor en el Perú: Un enfoque desde la equidad. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- - Indecopi. (2019). Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Lima: Comisión de Protección al Consumidor.
- - Nuñez del Prado Simons, A. (2017). Los secretos de los seguros. Fondo Editorial PUCP..
- - Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). (2017). Normas sobre idoneidad y seguridad en productos financieros. Lima: SBS.
- - Torres, J. (2018). Derecho comparado: Cláusulas abusivas en la contratación bancaria en América Latina. Lima: Gaceta Jurídica.
- - Martínez, J., & Otros. (2014). Apuntes sobre la nueva ley de contratos de seguro: Análisis y críticas a dos años de su publicación. Revista de Actualidad Mercantil.
- - García, E. (2017). Protección del consumidor en los productos financieros en el Perú. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- - Gómez, R. (2019). El rol de la SBS en la supervisión de contratos de adhesión en el Perú. Lima: Gaceta Jurídica.
- - Indecopi & SBS. (2019). Informe conjunto sobre la protección del consumidor financiero. Lima: Comisión de Protección al Consumidor y SBS.
- - Lagos, F., & Herrera, J. (2017). La transparencia en los contratos de seguros y su control por la SBS en Per*. Revista de Derecho Comparado, 12(1), 23-45.
- - Lozano, P. (2016). Protección al consumidor en los contratos de seguros: Una visión desde la SBS. Lima: Jurisprudencia SBS.
- - Sánchez, F., & Alvarado, M. (2017). La supervisión de los contratos bancarios por la SBS en el Perú. Revista de Derecho Financiero, 22(2), 67-89.
- Vega Vega, M. (2019). Asimetría informativa y cláusulas abusivas en los contratos financieros. Lima: PUCP.