

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe sobre Resolución No. 3252-2014/SPC- INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autora

Antonella Tirado Borrero

Revisor

Olga Alcántara Francia

Lima, 2021

Resumen

El presente informe tiene como objetivo realizar un análisis jurídico sobre los problemas vinculados a la Resolución No. 3252-2014/SPC- INDECOPI, los cuales se encuentran relacionados a la protección al consumidor en materia de servicios financieros. Al respecto, el señor Nelson Víctor Castillo Flores presentó una denuncia en contra del banco BBVA Continental S.A. por presunta infracción a la normativa de protección al consumidor debido a la supuesta inclusión de cláusulas abusivas en un contrato de refinanciamiento de deudas de productos masivos y un pagaré, y la no atención de un requerimiento de información y un reclamo presentado por el cliente en virtud de un contrato de préstamo. A raíz de ello, se busca demostrar que no se realizó un análisis adecuado en base a la normativa de protección del consumidor y la normativa sectorial emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, respecto a la necesidad de aprobación administrativa previa del clausulado cuestionado por el consumidor, su carácter abusivo y el desequilibrio de los riesgos asumidos por las partes. Además, comprobar que existe un incumplimiento al deber de información y de la acuerda atención de reclamos por parte de la entidad bancaria. Para ello, mediante la utilización de los métodos descriptivo, documental, comparado y analítico, que involucran la revisión y evaluación de la normativa aplicable, doctrina y resoluciones administrativas relacionadas a los temas en controversia, se podrá concluir que el Indecopi no realizó un análisis adecuado respecto al carácter abusivo de las cláusulas generales de contratación, la aplicación de la normativa que regulan estos acuerdos; y, que su actuación ha sido insuficiente para sancionar la inadecuada atención de reclamos y de requerimientos de información por parte de las entidades bancarias.

Palabras Clave: consumidor financiero; clausulas generales de contratación; aprobación administrativa; deber de información; deber de atención de reclamos; contratos bancarios.

Abstract

This report aims to carry out a legal analysis of the problems related to the Resolution No. 3252-2014/SPC- INDECOPI. In this regard, Mr. Nelson Víctor Castillo Flores filed a claim against BBVA Continental S.A. for alleged violation of the consumer protection regulation due to the inclusion of abusive clauses in a debt refinancing agreement and a promissory note, and the non-attention of an information requirement and a complaint submitted by the client under a loan contract. We seek to demonstrate that an adequate analysis was not carried out based on consumer protection regulation and sectorial regulation issued by the Superintendence of Banking, Insurance and Pension Fund Managers, regarding the need for prior administrative approval of the clause questioned by the consumer, its abusive nature and the imbalance of the risks assumed by the parties. Additionally, we seek to prove that there is a breach of the duty of information and attention of claims by the banking entity. To this end, through the use of descriptive, documentary, comparative and analytical methods, which involve the review and evaluation of the applicable regulations, doctrine and administrative resolutions related to the issues in controversy, we will be able to conclude that *Indecopi* did not carry out an adequate analysis regarding the general contracting clauses and the application of the regulations governing these agreements, and that its actions have been insufficient to sanction the inadequate attention to claims and information requirement.

Keywords: financial consumer; general contract clauses; administrative approval; duty of information; duty of attention to claims; banking agreements.

Índice de contenido

1. Introducción	6
2. Justificación de la elección de la resolución	8
3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia.....	9
3.1 Antecedentes del caso	9
3.2 Presentación de la Denuncia	10
3.3 Resolución No.1 Secretaria Técnica	11
3.4 Resolución Primera Instancia emitida por la Comisión.....	11
3.5 Requerimiento No. 043-2014-SPC y respuesta del Banco	13
3.6 Resolución No. 3252-2014/SPC – Indecopi emitida por la Sala	14
4. Identificación de los principales problemas jurídicos.....	15
4.1 Primer problema jurídico principal: ¿Debieron ser consideradas abusivas las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré?	15
4.2 Segundo problema jurídico principal: ¿Cumplió el Banco con atender el reclamo presentado por el Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de acuerdo con la normativa aplicable?	16
4.3 Tercer problema jurídico principal: ¿Cumplió el Banco con atender el requerimiento de información presentado por el Consumidor, de acuerdo con la normativa aplicable?	16
5. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la Resolución	17
5.1 ¿Debieron ser consideradas abusivas las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré?’	17
a. ¿Son consideradas las Cláusulas como cláusulas generales de contratación?	17
b. ¿Las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré debían encontrarse sujetas a una aprobación administrativa previa de la SBS?	26
c. ¿Qué control o análisis debió realizar Indecopi respecto de las cláusulas generales de contratación incluidas en contratos bancarios o títulos valores relacionados a dichos acuerdos?	35
d. ¿Indecopi es competente para evaluar cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente que no hayan sido ejecutadas?.....	41

5.2	¿Cumplió el Banco con atender el reclamo presentado por el Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de acuerdo con la normativa aplicable?	47
a.	¿Qué obligaciones debe cumplir el Banco con relación al deber atender el reclamo interpuesto por el Consumidor?	48
b.	¿Debió el Banco brindar una respuesta efectiva o solucionar el reclamo interpuesto por el Consumidor?	51
5.3	¿Cumplió el Banco con atender el requerimiento de información presentado por el Consumidor, de acuerdo con lo normativa aplicable?	52
a.	¿Qué obligaciones debe cumplir el Banco con relación al deber de información y la remisión de la documentación solicitada relacionada al Préstamo?	53
b.	¿Cuál es el nivel de detalle de la información que debió remitir el Banco con relación al Préstamo?	55
6.	Conclusiones	56
7.	Recomendaciones.....	57
8.	Referencias bibliográficas.....	60
Anexo No. 1	68

1. Introducción

La actividad bancaria dentro del mercado y la economía peruana tiene un rol y presencia importante. La función principal de los bancos es realizar intermediación financiera indirecta, lo cual implica el traslado de los recursos de agentes superavitarios, es decir, ahorristas, a agentes deficitarios de forma eficiente. A raíz de dicha función, los bancos tendrán como objetivo controlar los riesgos relacionados a los productos y servicios que ofrecen en mercado financieros, entre los cuales se encuentra los riesgos de mercado, operacional, de crédito y de liquidez (Lizarzaburu, Berggrun y Quispe, 2012). Precisamente, en este traslado de recursos se generan relaciones de consumo con personas naturales y jurídicas que adquieren productos o servicios bancarios.

En virtud de dicha relación de consumo, se han producido diversas controversias que generaron la intervención de dos entidades. Por un lado, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (“SBS”), a través de su facultad reguladora, dictó normas que guíen la conducta de los bancos para evitar y disminuir conductas que afecten a los clientes financieros. Además, estableció ciertos parámetros, por ejemplo, en temas contractuales de operaciones bancarias activas y pasivas, como la aprobación administrativa previa de las cláusulas generales de contratación (“Cláusulas Generales”) y la información que debe contener este tipo de clausulado, para no incluir el uso de términos o mecanismos abusivos y, de esta manera, lograr el equilibrio contractual entre las partes.

Por otro lado, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual (“Indecopi”) reguló mediante la Ley No. 29571, Código de Protección y Defensa al Consumidor (el “Código”) y la Ley No. 28587, Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financiero (“LPCF”), un conjunto de derechos a favor de los consumidores financieros y determinó su competencia para evaluar presuntas infracciones a dichos derechos. De forma adicional, a través de sus órganos resolutivos creó criterios respecto a la interpretación y alcance de dichos derechos.

Sin perjuicio de ello, siguieron generándose controversias entre los consumidores financieros y las entidades bancarias, entre otros, sobre los siguientes temas: (i) inclusión de Cláusulas Generales que permitan la modificación unilateral de las tasas de interés,

comisiones y gastos sin una comunicación directa al cliente y la restricción de pagos anticipados en contratos de préstamo y refinanciación con formatos preestablecidos por el banco; (ii) el incumplimiento del deber de información respecto de los productos bancarios; y, (ii) el incumplimiento del deber de atención de reclamos, según los estándares de la normativa sectorial aplicable.

A través de la Resolución No. 3252-2014/SPC- INDECOPI (la “Resolución”), la Sala Especializada en Protección al Consumidor (la “Sala”) evaluó los temas indicados en el párrafo anterior, en base a la denuncia presentada por el señor Nelson Víctor Castillo Flores (el “Consumidor”) contra el banco BBVA Continental S.A. (el “Banco”). Así, mediante el presente informe buscamos determinar si el Indecopi realizó un análisis adecuado respecto a la necesidad de aprobación administrativa previa del clausulado cuestionado por el Consumidor y el carácter abusivo de dichas disposiciones; y, comprobar si existe un incumplimiento al deber de información y de la adecuada atención de reclamos por parte de la entidad bancaria.

Para dicho efecto, utilizaremos los métodos descriptivo, documental, comparado y analítico, incluyendo en este último al análisis económico del derecho, que involucran la revisión y estudio comparativo de la normativa aplicable, doctrina, nacional y extranjera y resoluciones administrativas relacionadas a los temas en controversia. En tal sentido, partiremos realizando un resumen de los hechos del caso, lo cual nos permitirá, identificar, desarrollar y analizar los principales problemas jurídicos indicados con anterioridad. Por último, señalaremos las conclusiones y recomendaciones sobre cada problema.

2. Justificación de la elección de la resolución

La Resolución versa sobre temas de protección al consumidor en materia de servicios bancarios, es por ello, la importancia de su elección. Al respecto, según el anuario presentado por el Indecopi para el período enero-diciembre 2019, el 38.94% de reclamos presentados ante dicha entidad son sobre servicios financieros, dentro de los cuales se encuentran aquellos relacionados al sistema bancario (2020, p 17). En el año 2018, los reclamos presentados por servicios financieros ascendían al 38.08% (Indecopi, 2019a, p. 15). Estos porcentajes permiten concluir que, las actividades económicas relacionadas al sistema financiero tienen el más alto porcentaje de reclamos presentados ante el Indecopi en los últimos años.

Por otro lado, la Sala, a través de la Resolución, analizó tres temas relevantes en materia de protección al consumidor: las Cláusulas Generales en contratos bancarios de operaciones activas; el deber de información de las entidades bancarias; y, el deber de la adecuada atención de reclamos. Estos temas han sido discutidos en diversas ocasiones por los órganos resolutivos de protección del Consumidor (Indecopi, 2019b), pues han generado controversias en su aplicación, alcance e interpretación.

Si bien todos los temas indicados son relevantes, la Resolución realiza un especial aporte respecto a las Cláusulas Generales aprobadas por la SBS. En ese sentido, la Sala señaló que las cláusulas aprobadas administrativamente únicamente podrán ser materia de análisis por el Indecopi si han sido efectivamente aplicadas y opuestas ante el consumidor. Este criterio ha sido recogido y reafirmado por el Indecopi en los Lineamientos sobre Protección al Consumidor del año 2019.

Por tanto, la Resolución permite efectuar una evaluación respecto del criterio utilizado por el Indecopi al analizar las Cláusulas Generales incluidas en contratos de operaciones de refinanciación y su aplicación respecto a los títulos valores que respaldan estos acuerdos. Además, determinar si hay una correcta protección al consumidor respecto a los parámetros utilizados por dicha entidad para concluir si hay un incumplimiento respecto de los deberes de información y de la adecuada atención de reclamos en servicios bancarios.

3. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia

A continuación, se detallarán los principales hechos sobre los que versa la Resolución y la controversia generada entre el Consumidor y el Banco:

3.1 Antecedentes del caso

- El Banco y el Consumidor celebraron el contrato de préstamo No. 0011-0192-96000055995-23 (el “Préstamo”), respaldado por un pagaré, teniendo un saldo deudor de S/ 137,022.02 cuando se generó la controversia¹.
- Con relación al Préstamo, a través de carta de fecha 21 de diciembre de 2011, recibida por Banco el día 23 de diciembre de 2011, el Consumidor requirió la entrega de la siguiente información:
 - Señalar el tipo de crédito otorgado, sus tasas de interés aplicadas, la tasa de costo efectivo anual, intereses moratorios, penalidades, gastos, comisiones, etc.
 - Copia del contrato del Préstamo, hoja resumen y título valor (pagaré);
 - Copia de todos los documentos suscritos por el Consumidor;
 - Historial de los pagos efectuados;
 - Los saldos y/o cuotas pendientes de pago;
 - Indicar si existió variaciones a las tasas de interés pactadas, incluyendo el detalle de fechas y porcentajes; y,
 - Señalar el sistema de amortización que aplica al Préstamo.
- Con fecha 27 de octubre de 2011, el Consumidor presentó un reclamo ante la Sra. Martha Bautista, funcionaria del Banco, el cual fue reiterado, según lo señalado por el Sr. Castillo, los días 15, 25 y 29 del mes de noviembre de dicho año. El reclamo se encontraba relacionado al uso de la “Cuota Comodín” del Préstamo (Reclamo con código No. 257775).

¹ De la revisión del expediente, no se precisa la fecha de celebración de dicho acuerdo, ni se adjunta copia del contrato.

- Con fecha 23 de mayo de 2012, el Consumidor y el Banco suscribieron un el contrato de refinanciación del Préstamo No. 0011-0192-9600069678-29- Contrato de Refinanciación de Deudas de Productos Masivos- (el “Contrato de Refinanciación”), con el objetivo que el Consumidor pueda pagar el saldo de su deuda.

3.2 Presentación de la Denuncia

Con fecha 7 de junio de 2012, el Consumidor presentó una denuncia ante el Indecopi en contra del Banco, por presenta infracción al Código, sustentada en los siguientes hechos:

- Hasta la fecha de presentación de la denuncia, el Banco no ha cumplido con atender el requerimiento de información relacionado al Préstamo.
- El Banco no atendió ni resolvió el reclamo telefónico con código No. 257775 presentado por el Consumidor con fecha 27 de octubre de 2011.
- El Consumidor denunció la existencia de dos cláusulas abusivas en el Contrato de Refinanciación, según el siguiente detalle:
 - (i) Cláusula Abusiva incluida en el pagaré (Cláusula Tercera) suscrito por el Consumidor con relación al Contrato de Refinanciación de fecha 23 de mayo de 2012 (el “Pagaré”), que permite al Banco modificar las tasas de interés, compensatorio y moratorio, así como las comisiones y gastos, de forma unilateral, utilizando como mecanismo de comunicación la publicación del tarifario en las oficinas del Banco
 - (ii) Cláusula abusiva incluida en el Contrato de Refinanciación (Cláusula Quinta), a través de la cual se facultaba al Banco a modificar de forma unilateral las tasas de interés, comisiones y gastos, debiendo comunicar al Consumidor con quince (15) días de anticipación bajo los medios de comunicación que el Banco tenga su disposición, dándose preferencia a

mensajes a través de los estados de cuenta y/o su publicación en cualquier a de las oficinas del Banco y/o a través de su página web.

- Por último, el Consumidor cuestionó que no se le permitía realizar pagos anticipados, pues en el Contrato de Refinanciación se indica que el Consumidor podrá efectuar dichos pagos siempre que se encuentre al día en sus obligaciones.

3.3 Resolución No.1 Secretaria Técnica

Con fecha 11 de julio de 2012, la Secretaría Técnica del Indecopi admitió a trámite la denuncia presentada por el Denunciante, por las siguientes razones:

- El Banco no habría atendido el requerimiento de información presentado por el Consumidor, lo cual constituiría una afectación al derecho de información de este último, siendo una infracción al literal b) del artículo 1 y numeral 1) del artículo 2 del Código.
- El Banco no habría solucionado el reclamo del Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín”, lo cual involucraría una posible afectación a las expectativas del Consumidor, siendo una infracción al deber de atención de reclamos, tipificado en el artículo 24 del Código.
- La facultad pactada a favor del Banco, que le permite modificar unilateralmente las tasas aplicables, así como los demás términos y condiciones del Contrato de Refinanciación y del Pagaré, implicaría la existencia de cláusulas abusivas, siendo una posible infracción al artículo 51 del Código.

3.4 Resolución Primera Instancia emitida por la Comisión

Con fecha 3 de enero de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor No. 2.- Sede Central (la “Comisión”) emitió la Resolución Final No. 011-2013/CPC (la

“Resolución de Primera Instancia”) en base al Expediente No. 1138-2012/ CPC (el “Expediente”), señalando lo siguiente:

- Sobre el deber de información: La Comisión declaró fundado este extremo, pues el Banco no presentó medio probatorio alguno que acredite que cumplió con brindar la información solicitada por el Consumidor (Sanción 1 Unidad Impositiva Tributaria, “UIT”), infringiendo el literal b) del artículo 1 y numeral 1 del artículo 2 del Código.

- Sobre la falta de atención del reclamo: La Comisión declaró fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 24.1 del Código (Sanción 1 UIT), según el siguiente detalle:
 - (i) De acuerdo con el artículo 24 del Código, los proveedores deben atender los reclamos de sus clientes en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario.

 - (ii) La Comisión señaló que no basta con responder el reclamo presentado en el plazo indicado en el Código, además, la respuesta debe ser completa, clara y conforme según lo solicitado por el respectivo usuario.

 - (iii) El Consumidor no autorizó que las comunicaciones sean remitidas a su correo electrónico, como lo hizo el Banco con fecha 28 de diciembre de 2011. Para la Comisión, todo tipo de comunicación y/o de respuesta que los proveedores deban brindar, tendrán que ser remitidos a las direcciones brindadas por estos.

 - (iv) No hay certeza que el Consumidor recibió la atención de su reclamo, pues el correo electrónico no genera una prueba respecto a su recepción.

- Sobre las cláusulas abusivas:
 - (i) De la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación: La Comisión indicó que, el Banco de manera justificada puede cambiar o modificar

unilateralmente las tasas e intereses pactados, en cuanto se presentan situaciones que podrían alterar la situación crediticia o de riesgo del contratante, entre otros supuestos. Por tanto, esta cláusula no evidencia un desequilibrio manifiesto entre las partes.

(ii) De la Cláusula Sexta del Contrato de Refinanciación: La Comisión señaló que, el Banco no establece restricción alguna a la realización de pagos anticipados, sino que regula de forma razonable que el Consumidor debe encontrarse al día en sus pagos. Por tanto, la cláusula no es abusiva, pues no genera un desequilibrio entre las partes.

(iii) De la Cláusula Tercera incluida en el Pagaré: La Comisión precisó que, resulta abusivo que el Banco prevea beneficios para sí mismo en desmedro de los derechos del Consumidor, al modificar unilateralmente las tasas de interés, comisiones o gastos sin que medie justificación, utilizando como mecanismo de comunicación la publicación del tarifario en sus oficinas. Por tanto, sí es considerada una cláusula abusiva al evidenciar un desequilibrio entre las partes, infringiendo el artículo 51 del Código (Sanción 1 UIT).

- De la medida correctiva: La Comisión ordenó al Banco, como medida correctiva, contestar y comunicar al Consumidor las acciones de solución respecto al reclamo interpuesto y del requerimiento de información; y, se abstenga de aplicar en contra del Consumidor las cláusulas abusivas contenidas en el último párrafo de la Cláusula Tercera del Pagaré.

3.5 Requerimiento No. 043-2014-SPC y respuesta del Banco

Con el objetivo que la Sala cuente con mayores elementos para emitir un pronunciamiento sobre el recurso de apelación presentado por el Banco, solicitó que dicha entidad bancaria precise si la Cláusula Tercera contenida en el Pagaré ha sido aprobada administrativamente por la SBS.

Al respecto, el Banco señaló, a través de escrito de fecha 4 de abril de 2014, que la cláusula indicada con anterioridad no debe ser aprobada administrativamente, en base a la normativa aplicable.

3.6 Resolución No. 3252-2014/SPC – Indecopi emitida por la Sala

Con fecha 29 de septiembre de 2014, la Sala emitió la Resolución, en virtud de la cual indicó lo siguiente:

- a. Sobre el deber de información: La Sala compartió el criterio utilizado por la Comisión, pues el Banco no cumplió con acreditar su respuesta el requerimiento de información del Consumidor. Por tanto, confirmó la Resolución de Primera Instancia que declaró fundado la denuncia en este extremo.
- b. Sobre la atención del reclamo: La Sala dejó sin efecto la multa y medida correctiva interpuestas por la Comisión en este extremo.
 1. La Sala indicó que para determinar los alcances del artículo 24 del Código, deben analizar la legislación del sistema financiero, es decir aquella emitida por la SBS, en especial la Circular SBS G-146-2009².
 2. El Consumidor sí pactó con la entidad el envío de una respuesta a su reclamo mediante comunicación electrónica, lo cual ha sido probado a través de medios no cuestionados por el Consumidor. Por tanto, con fecha 28 de diciembre de 2011, el Banco respondió el reclamo interpuesto por el Consumidor con fecha 27 de octubre de 2011.
- c. Sobre las Cláusulas Abusivas: La Sala revocó la Resolución de Primera Instancia en este extremo y declaró infundada la denuncia, pues la Cláusula Tercera del Pagaré no es abusiva.

² Circular dejada sin efecto por el Numeral 21 de la Circular N° G-176-2014, publicada el 11 septiembre 2014.

1. La Sala consideró que la finalidad detrás que el ordenamiento jurídico tipifique las cláusulas abusivas no aprobadas administrativamente es que los consumidores solo tienen libertad de contratar y no libertad contractual.
 2. A través de la regulación sectorial vigente al momento de suscribir el Pagaré, se dispuso que uno de los mecanismos válidos de las empresas del sistema financiero para cualquier cambio en las tasas de interés, comisiones y gastos eran los comunicados en la oficina del Banco a través de tarifarios. Por tanto, la Sala consideró que la Cláusula Tercera incluida en el Pagaré no es abusiva, pues el Banco se encontraba ejerciendo una potestad legal conferida por las normas sectoriales.
- d. De la medida correctiva y la multa: La Sala confirmó la medida correctiva indicada en la Resolución de Primera Instancia relacionada al requerimiento de información y disminuyó la multa a 1 UIT.
- e. Del Voto en discordia: La vocal Ana Asunción Ampuero señaló que, respecto del extremo referido a la presunta existencia de una cláusula abusiva, la denuncia debió ser declarada improcedente, pues, según la vocal, el Consumidor no tiene interés legítimo, pues la cláusula cuestionada no fue aplicada en su contra.

4. Identificación de los principales problemas jurídicos

Del análisis de la Resolución, los principales problemas jurídicos son los siguientes:

4.1 Primer problema jurídico principal: ¿Debieron ser consideradas abusivas las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré?

- a. ¿Son consideradas las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré como cláusulas generales de contratación?

- b. ¿Las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré debieron encontrarse sujetas a una aprobación administrativa previa de la SBS?
- c. ¿Qué control o análisis debió realizar Indecopi respecto de las cláusulas generales de contratación incluidas en contratos bancarios o títulos valores relacionados a dichos acuerdos?
- d. ¿Indecopi es competente para evaluar cláusulas generales de contratación aprobadas administrativas que no hayan sido ejecutadas?

4.2 Segundo problema jurídico principal: ¿Cumplió el Banco con atender el reclamo presentado por el Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de acuerdo con la normativa aplicable?

- a. ¿Qué obligaciones debió cumplir el Banco con relación al deber atender el reclamo interpuesto por el consumidor?
- b. ¿Debió el Banco brindar una respuesta efectiva o solucionar el reclamo interpuesto por el Consumidor?

4.3 Tercer problema jurídico principal: ¿Cumplió el Banco con atender el requerimiento de información presentado por el Consumidor, de acuerdo con lo normativa aplicable?

- a. ¿Qué obligaciones debió cumplir el Banco con relación al deber de información y la remisión de la documentación solicitada relacionada al Préstamo?
- b. ¿Cuál es el nivel de detalle de la información que debió remitir el Banco con relación al Préstamo?

5. Análisis y posición sobre cada uno de los problemas de la Resolución

5.1 ¿Debieron ser consideradas abusivas las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré?’

Para analizar si las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré (las “Cláusulas”) debieron ser consideradas como abusivas por la Sala y la Comisión, respectivamente, es importante responder ciertas interrogantes, de acuerdo con el siguiente detalle:

a. ¿Son consideradas las Cláusulas como cláusulas generales de contratación?’

Las Cláusulas Generales son aquellas disposiciones homogéneas que utilizan proveedores, en el caso específico, bancos, para la contratación de determinadas operaciones activas y pasivas, y que, además, son redactas previamente por dichas entidades. Por tanto, este tipo de cláusulas se basan en la simple adhesión del consumidor para facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios (Nizo, 2019). De acuerdo con lo indicado, no hay una etapa de negociación precontractual entre el banco y el consumidor, a raíz de la cual se varíe el contenido de cada cláusula, y, por tanto, de los acuerdos adoptados.

En esta línea, Barturén (2011) señala que, las Cláusulas Generales constituyen un reglamento contractual elaborado por una de las partes contratantes, con la finalidad de homogenizar y uniformizar el contenido de futuros acuerdos. Así, estos acuerdos implican que las entidades bancarias establezcan de forma unilateral el contenido de las Cláusulas Generales con su equipo de profesionales especializados, sin, como se ha mencionado con anterioridad, mayor intervención del cliente. De esta manera, se facilita la contratación en una economía de escala.

En línea con lo mencionado por Alcántara (2017, p.3), las Cláusulas Generales son la expresión de la contratación masiva o estandarizada, pues se incluyen respecto de un mismo producto u operación relacionada con una determinada entidad bancaria. No obstante, es importante destacar que, en el

ordenamiento jurídico peruano se realiza una diferenciación entre el contrato por adhesión y las Cláusulas Generales.

La diferenciación de este tipo acuerdos radica en que algunas relaciones contractuales en las que se utilizan las Cláusulas Generales, las partes tienen la posibilidad de excluir o incorporar cláusulas según sus intereses (Barturén, 2011, p. 51). Por el contrario, en el contrato de adhesión no es posible eliminar o incluir una cláusula en específico.

La diferenciación indicada con anterioridad también ha sido recogida por Saavedra (2019), cuando señala que, las Cláusulas Generales son una vía intermedia entre el contrato por adhesión y el contrato paritario. Así, si bien se predispone el texto contractual como en el contrato de adhesión, se reconoce la posibilidad de suprimir o modificar algunas condiciones. La diferenciación indicada, nos permite profundizar en el concepto de las Cláusulas Generales adoptado por el legislador peruano, pues introduce la posibilidad de eliminación o modificación de ciertas disposiciones, basadas en condiciones específicas de la operación (como, por ejemplo, porcentaje de interés, cuotas del préstamo, entre otros).

Cabe mencionar que, del análisis de la definición de las Cláusulas Generales y de la diferenciación indicada con anterioridad, la posibilidad de variación o eliminación debe entenderse a ciertos términos contractuales específicos. De lo contrario, las Cláusulas Generales no calificarían como tal y se destruiría su verdadera función de facilitar la contratación de bienes y servicios, permitiendo el tráfico jurídico y su fluidez (Nizo, 2019). En caso, se modifiquen todas las Cláusulas Generales en virtud de diversos acuerdos entre las partes, estaríamos frente a un contrato paritario.

En el ordenamiento jurídico peruano, la regulación de las Cláusulas Generales se encuentra en regímenes distintos dentro y fuera del Código Civil, aprobado por el Decreto Legislativo No. 295 (el “Código Civil”), pues al interior del derecho al consumidor encontramos distintas regulaciones (Vega, 2012). La regulación del Código Civil relacionada a este tipo de clausulado se encuentra

en el artículo 1392 de dicha norma, el cual establece que, para que una cláusula sea considerada como tal, debe tener cuatro características esenciales: (i) redactas de forma previa; (ii) unilaterales; (iii); generales; y (iv) uniformes.

Por otro lado, Flores (2018) señala que la normativa de protección al consumidor permite una visión más coherente y sistémica sobre las Cláusulas Generales en comparación con el Código Civil. Así, el Código regula este tipo de cláusulas en el artículo 48, indicando los requisitos que deben contener: (i) concreción, claridad y sencillez; (ii) accesibilidad y legibilidad; y, (iii) buena fe, y equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. Como se evidencia, estos requisitos tienen como finalidad proteger al consumidor financiero, respetar sus derechos, logrando el equilibrio contractual entre empresas y usuarios; y, además, garantizar la operatividad del servicio bancario (Carranza, 2009).

De forma adicional, el artículo 53 de dicha norma establece que este tipo de clausulado se rige por lo establecido en el Código y en el Código Civil. Por otro lado, el artículo 54.2 del Código dispone que las Cláusulas Generales incluidas en los contratos de consumo celebrados por empresas supervisadas por la SBS, deberán ser aprobados por dicha entidad, conforma a la normativa aplicable, tema que evaluaremos en el siguiente subproblema jurídico.

La regulación del Código se complementa con la LPCF, la cual establece en el artículo 4 que, la SBS deberá identificar el universo de contratos que las empresas sujetas a los alcances de dicha norma celebren con los consumidores, para que sean aprobadas de forma previa y obligatoria. Es decir, en la normativa de protección al consumidor se reconoce la facultad de la SBS de identificar y aprobar las Cláusulas Generales que incluyan sus empresas supervisadas en contratos que celebren con consumidores.

Sin perjuicio de lo indicando, la SBS a través del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, aprobado por la Resolución SBS No. 3274-2017 (“Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado”),

regula los parámetros para la aprobación de las Cláusulas Generales. Además, el inciso 8 del artículo 349 Ley General del Sistema Financiero, Ley 26702, incluye la atribución de del Superintendente de aprobar las Cláusulas Generales sujetas a su competencia.

Luego de detallar la normativa aplicable a las Cláusulas Generales, es importante resaltar que, los requisitos recogidos por parte de la doctrina nacional como extranjera para evaluar una Cláusula General, son los siguientes (Alcántara, 2017, p. 4): (i) contractualidad; (ii) predisposición; (iii) imposición; y, (iv) generalidad. Adicionalmente, como hemos mencionado, en operaciones bancarias señaladas en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, la SBS deberá aprobar las Cláusulas Generales de forma previa, para que sean incluidas por las entidades bancarias en sus respectivos contratos.

En el ordenamiento jurídico español, como consecuencia de la de la definición de condiciones generales incluida en la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley 7/1998 (“LCGC”), las características comunes de estas disposiciones son: (i) predisposición; (ii) incorporación unilateralidad; y, (iii) redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (González, 2011). De le evaluación de estos criterios, se encuentran subsumidos dentro de los indicados en el párrafo anterior. Cabe mencionar que, de acuerdo con el preámbulo de la LCGC, esta norma tiene por objeto transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE (la “Directiva”) aplicable a los Estados miembros de la Unión Europea.

Por otro lado, los elementos esenciales de las Cláusulas Generales son muy parecidos en el ordenamiento jurídico colombiano, salvo que en ese ordenamiento el análisis se realiza en base al contrato de adhesión. Según lo indicado por Plata y Castro (2012), este tipo de disposiciones serán: (i) uniformes; (ii) predispuestas; y, (iii) rígidas. Con relación al elemento de rigidez, como mencionamos con anterioridad, el ordenamiento jurídico peruano ha sido flexible en permitir que ciertas condiciones de las Cláusulas

Generales se varíen en función de los intereses de las partes, sin desnaturalizar este tipo de acuerdos.

A continuación, realizaremos el análisis de cada una de las Cláusulas, teniendo en consideración los siguientes elementos: contractualidad; predisposición; imposición; y, generalidad. Además, de la definición de Cláusulas Generales detallada en los párrafos anteriores. Con relación a la aprobación administrativa por parte de la SBS será materia de análisis en la siguiente sección.

i. Cláusulas incluidas en el Contrato de Refinanciación:

Antes de comenzar con el análisis es importante detallar la naturaleza jurídica del Contrato de Refinanciación. Así, de acuerdo con Cantalapiedra (2009), la refinanciación implica la sustitución de préstamos bancarios por otros distintos con diferentes condiciones. Es decir, esta operación conlleva la celebración de un nuevo contrato bancario, distinto y autónomo respecto a los acuerdos relacionadas a las deudas materia de refinanciación.

Al respecto, el artículo 2.1 del Capítulo IV del Reglamento para la Evaluación y Clasificación Del Deudor y la Exigencia Provisiones, aprobado a través de la Resolución SBS No. 11356-2008, señala que se considera como operación refinanciada al crédito o financiamiento directo, respecto del cual se producen variaciones de plazo y/o monto del contrato original. Ello debido al deterioro en la capacidad de pago del cliente

De la revisión del Contrato de Refinanciación, es un formato estandarizado del Banco (UG11-Versión7, Setiembre de 2011), en el cual varían los datos incluidos en la parte superior de la primera hoja (información del cliente, número de cuenta, moneda, tipo de préstamo, importe de lo adeudado, entre otros aspectos). Además, en el Anexo 1 que forma parte integrante del acuerdo, se incluye la Hoja Resumen Informativa, en la cual

se precisan las condiciones particulares de la refinanciación: tasas de interés, comisiones, préstamo y cuotas, seguros y gastos.

Ahora bien, las cláusulas cuestionadas por el consumidor son las siguientes:

- La Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación, incluida en el Anexo No. 1 del presente informe, la cual regula los aspectos aplicables a las tasas de interés, comisiones y gastos, sus modificaciones y la forma de comunicación al Consumidor.
- La Cláusula Sexta del Contrato del Contrato de Refinanciación, incluida en el Anexo No. 1 del presente informe, en la cual regula el derecho del cliente a realizar pagos anticipados, siempre que se encuentra al día en sus obligaciones.

Cabe mencionar que, dichas cláusulas fueron analizadas por la Comisión, pero no por la Sala. Sin perjuicio de ello, de la revisión de su redacción, ambas cláusulas cumplen con los cuatro (4) requisitos para considerarse como de contratación general, es decir, contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, por los siguientes motivos: (i) han sido redactas de forma previa a la relación contractual, pues son parte de un formato estandarizado; (ii) el Banco determinó y redactó su contenido de manera unilateral; (iii) su contenido es general, es decir, han sido diseñadas para ser aplicadas a todas las operaciones de refinanciación celebradas con sus clientes; y, (iv) se encuentran destinadas a formar parte de un contrato de refinanciamiento, pues no son utilizadas como una disposición aislada.

Si bien las condiciones particulares se encuentran relacionadas a la Cláusula Quinta, es decir, los porcentajes de tasas de interés, y los montos de las comisiones y gastos, se ha mantenido una redacción homogénea de dicha cláusula haciéndose referencia al Anexo No. 1, el cual cambiará en cada relación jurídica contractual.

ii. Cláusula incluida en el Pagaré

Es importante señalar que, el Pagaré es un título valor de contenido crediticio, el cual tiene como función documentar una declaración unilateral, volitiva y vinculante de una promesa incondicional, con el objetivo de producir efectos jurídicos para que el otorgante pague una suma de dinero en un futuro determinado a un beneficiario (Peña, 2016). Cabe indicar que, este título podrá ser emitido de forma incompleta, siempre que las partes establezcan de manera expresa un acuerdo de llenado de pagaré.

Los títulos valores, como el pagaré, son instrumentos o herramientas que agilizan las transacciones económicas, pues permiten la eficiente circulación del crédito (Andrade, 2018). Así, los bancos suelen utilizar los pagarés para celebrar sus operaciones activas, pues contienen un derecho de pago a su favor que es reconocido por el cliente.

De acuerdo con lo indicado, la naturaleza jurídica del Pagaré es la de un título de crédito con contenido patrimonial, el cual nace como consecuencia de un acto o contrato, en este caso, el Contrato de Refinanciación, pero adquiere autonomía y entidad suficiente con respecto a la exigencia de derechos y el cumplimiento de las obligaciones detalladas en el título valor (Del Prado, 2011). Precisamente, la autonomía es uno de los elementos más importantes de este tipo de títulos valores.

Las características del pagaré, según lo señalado por Peña (2016, p. 257) son las siguientes: (i) título valor de contenido crediticio; (ii) documento mercantil o comercial; y, (iii) contiene una promesa incondicional de pago una suma determinada de dinero, la cual se hará exigible a su vencimiento. En virtud de ello, el artículo 158 de la Ley No. 27287, Ley de Títulos Valores (“LTV”), recoge como contenido obligatorio del pagaré dicha promesa incondicional de pago, los datos de los beneficiarios y del emitente, entre otros aspectos.

Por otro lado, la importancia de la utilización del pagaré en las operaciones bancarias radica en que otorga seguridad a los bancos respecto a que el derecho contenido en el título valor genera el cumplimiento inexorable de la obligación contenida en dicho documento (Cárdenas, 2021). Así, en el ordenamiento jurídico peruano, el banco incluso podrá solicitar la ejecución del título valor a través de un proceso único de ejecución en vía judicial.

De acuerdo con la doctrina colombiana, los títulos valores cumplen dos funciones principales: seguridad y certeza. Respecto a la primera función, desde un análisis económico, implica la utilización generalizada de estos documentos en el mercado, la transferencia de recursos y la activación de un conjunto de sistemas jurídicos para realizar el derecho incorporado en el título. Por otro lado, genera certeza respecto a la existencia de un derecho (Andrade, 2018). Estas funciones hacen que el uso este tipo de títulos valores sea cada vez más frecuente y generalizada.

Al respecto, en el caso materia de análisis, el Consumidor cuestiona la Cláusula Tercera incluida en el Pagaré, a través de la cual se facultaba al Banco a modificar las tasas de intereses compensatorios, moratorios, así como las comisiones y gastos, relacionados a dicho título valor unilateralmente sin un medio de comunicación directa a favor del Consumidor. Es decir, por la sola publicación de estas modificaciones en las oficinas del banco se generaba un impacto en el título valor.

De acuerdo con la normativa peruana, no hay una disposición que haga extensiva la regulación de las Cláusulas Generales a los títulos valores. Ello, teniendo en consideración que, las Cláusulas Generales tienen su sustento en la contratación masiva. Este tipo de acuerdos se basan en relaciones contractuales en virtud del cual se subsumen operaciones mediante las cuales las partes se otorgan ventajas patrimoniales y asumen obligaciones recíprocas (Saavedra, 2013). Por el contrario, el Pagaré, como título valor, incorpora declaraciones unilaterales de voluntad del

cliente, y por ello, no puede ser considerado como un contrato (Andrade, 2018).

De forma adicional, en la LTV, no hay disposición que reconozca la existencia de Cláusulas Generales en el pagaré. Cabe mencionar que, los artículos de las Cláusulas Generales en la normativa civil se encuentran en la sección primera del Libro VII- Fuentes de Obligaciones- del Código Civil, el cual hace referencia a los contratos en general, por lo cual aplican para este tipo de acuerdos y no a títulos valores.

Cabe destacar que, un pagaré, en general, se encuentra estructurado por diversas cláusulas, cuyo contenido consideramos también debe encontrarse sujeto a los parámetros normativos emitidos por la SBS y el Indecopi para las operaciones bancarias y de protección al consumidor financiero. Lo anterior, en especial, respecto a aquellas disposiciones incluidas en el pagaré que tengan una incidencia en el precio final que deberán pagar los consumidores a la entidad bancaria, vinculado directamente con el objeto de los contratos de préstamo y refinanciación.

No obstante, de acuerdo con el análisis realizado con anterioridad, no se puede hacer extensiva la regulación para una figura en específico, como las Cláusulas Generales dentro de los contratos bancarios, a los títulos valores, cuya naturaleza es totalmente distinta. Como conclusión, el Indecopi no debió aplicar la regulación de las Cláusulas Generales emitida por la SBS y el Indecopi a la Cláusula Tercera del Pagaré. Lo anterior, no implica que no se analice si existió un incumplimiento respecto a la regulación del Indecopi y a la SBS en base al contenido de la Cláusula Tercera.

b. ¿Las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación y la Cláusula Tercera del Pagaré debían encontrarse sujetas a una aprobación administrativa previa de la SBS?

El artículo 1393 del Código Civil establece la posibilidad que las Cláusulas Generales sean aprobadas por las autoridades administrativas competentes. A partir de dicho artículo, se incluyó el control de incorporación de este tipo de clausulado. Por otro lado, en la normativa de protección al consumidor, el numeral 2. del artículo 54 del Código reconoce que, la SBS es la autoridad administrativa facultada para aprobar las Cláusulas Generales relacionadas a los productos que ofrecen las entidades supervisadas por dicha entidad.

Del mismo modo, el artículo 4 de la LPCF, reconoce expresamente dicha facultad. Además, este último artículo indica que la SBS debe identificar el universo de contratos sujetos a los alcances de dicha ley y aprobarlos, con el objetivo de velar por el equilibrio contractual necesario entre las empresas financieras y los usuarios.

De esta forma, el ordenamiento jurídico peruano admite una intervención de la SBS en una relación jurídica privada para (i) ahorrar costos de transacción y de oportunidad al consumidor; y, (ii) brindar seguridad jurídica respecto a contratos estandarizados que son técnicos y complejos, como los bancarios (Alcántara, 2020). Precisamente, la SBS realiza una evaluación del clausulado antes de que se incorporen a un determinado acuerdo para determinar si cumplen con la normativa sectorial y no afecten a los consumidores.

El control que realiza de forma previa las autoridades administrativas tiene las siguientes dos consideraciones: (i) que el predisponente someta las Cláusulas Generales para que le entidad administrativa verifique su idoneidad; y, (ii) que, al tener una aprobación administrativa, las Cláusulas Generales se vuelven convenientes para regular contratos particulares que celebren los predisponentes, a través de una incorporación automática de dichas disposiciones (Yulfo, 2013). Así, este control previo que, en el caso de

contratos bancarios, como ya mencionamos, será realizado por la SBS, revestiría las Cláusulas Generales de validez, con relación a su contenido.

Por tanto, la SBS, en calidad de autoridad administrativa, tiene la facultad para evaluar y determinar las Cláusulas Generales bajo el ámbito de su competencia para procurar que se respete un adecuado equilibrio contractual (Vodanovic, 2013). La SBS se remite a sus normas para evaluar las Cláusulas Generales que deberán someterse a dicho control, en base a la naturaleza de ciertos productos bancarios.

Así, el inciso 1 del artículo 50 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado señala los modelos de contratos que regulan los productos y servicios financieros que deberán ser sometidos a aprobación previa, según el siguiente detalle:

“Artículo 50

50.1 Las empresas deben someter a aprobación administrativa previa de la Superintendencia las cláusulas generales de contratación de los modelos de contratos que regulan los productos y servicios financieros que se indican a continuación:

Productos activos:

Crédito Hipotecario.

Créditos de Consumo (...)” (énfasis agregado).

Dicha lista no es taxativa, por tanto, mediante oficio múltiple, la SBS puede ampliar el listado indicado con anterioridad. Cabe mencionar que, este artículo no se encontraba vigente al momento que se generó la controversia en cuestión. Así, teniendo en consideración que el Contrato de Refinanciación y el Pagaré se celebraron **con fecha 23 de mayo del año 2012**, la norma vigente era el Reglamento de Transparencia de Información, aprobado por Resolución SBS No. 1765-2005³. Esta norma señalaba en su artículo 44, que

³ Reglamento derogado por el Artículo Sexto de la Resolución SBS N° 8181-2012 publicada el 28 octubre 2012, la misma que entró en vigencia a partir del 01 de enero de 2013.

estaban sujetos a aprobación administrativa los contratos de préstamo dinerario.

Adicionalmente, contenía el artículo 43 en el cual se regulaban aspectos incluidos en las Cláusulas Generales que requieren la aprobación previa de la SBS, como, por ejemplo, la limitación de responsabilidad de las empresas y o exclusión de derechos de los usuarios. De esta manera, cuando los contratos bancarios regulaban cláusulas relacionados a dichos temas debían estas disposiciones contar con la aprobación de la SBS, siempre que se encuentren relacionadas a las operaciones y servicios indicados en el artículo 44 de la norma derogada, las cuales son similares a las indicadas en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado.

Cabe precisar que, las Cláusulas Generales relacionadas al Préstamo sí fueron sometidas a una aprobación administrativa previa por parte de la SBS. Lo anterior, teniendo en consideración que estamos frente a un préstamo dinerario. Así, las Cláusulas Generales incluidas en este tipo de acuerdo denominado “Contrato Préstamo Personal Contifácil”, se encuentra aprobado a través de la Resolución SBS No. 7070-2015 y la Resolución SBS No. 1139-2015. Si bien son resoluciones posteriores al caso materia de análisis, nos brinda los parámetros seguidos por la SBS para realizar la aprobación administrativa del clausulado general en contratos de préstamos personales.

No obstante, el Consumidor no cuestionó ninguna cláusula del Préstamo, por el contrario, su denuncia se basa en las disposiciones incluidas en el Contrato de Refinanciación y en el Pagaré. Como mencionamos en la interrogante anterior, el Contrato de Refinanciación se encuentra relacionado a una facilidad otorgada al deudor ante el vencimiento de una deuda para poder cumplir con su obligación de pago. Al respecto, un refinanciamiento implica el cambio de las condiciones contractuales del acuerdo original (en este caso, préstamo bancario), como el plazo, tasas de interés, entre otros aspectos (Ramirez, 2020). Por tanto, las partes se rigen por nuevos términos contractuales.

Según lo señalado por Tarazona (2012), las entidades financieras españolas se encuentran utilizando la refinanciación como una nueva operación de activo, la cual se ajusta a la posibilidad de retorno por parte del cliente. Bajo dicho ordenamiento jurídico, al igual que el peruano, se parte de la premisa que el cliente ya tiene deudas vencidas y se encuentra en dificultad para cumplir con sus obligaciones de pago. Así, reiteramos que el Contrato de Refinanciación es una operación bancaria, que implica la suscripción de un nuevo contrato.

Cabe precisar que, una operación de refinanciación conlleva modificaciones esenciales del contrato original, como el monto adeudado en un acuerdo de préstamo. En esta línea, según lo indicado por Mínguez (2015), este tipo de operaciones tiene como consecuencia lo novación contractual mediante la prórroga del plazo de vencimiento del crédito o la sustitución de compromisos para facilitar la refinanciación.

Ahora bien, es importante determinar si las Cláusulas Generales incluidas en el Contrato de Refinanciación debieron encontrarse sujetos a una aprobación administrativa por parte de la SBS. Dicha entidad, a través del Oficio Múltiple No. 25882-2021-SBS, indica de forma expresa lo siguiente:

*“(…) los contratos de refinanciación **no requieren de aprobación administrativa previa** regulada en el Reglamento de Conducta de Mercado” (énfasis agregado).*

Así, la SBS, según el oficio indicado con anterioridad, parte de la premisa que la refinanciación es una operación que implica modificaciones contractuales, que se no se encuentra en el listado de operaciones que requieren un control previo de la SBS, según el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado. Cabe indicar que, en la norma derogada aplicable cuando se suscribió el Contrato de Refinanciación, tampoco se incluía a dicha operación para determinar si su clausulado debía ser aprobado por la entidad indicada con anterioridad.

Por tanto, las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación, bajo la normativa vigente cuando se evaluó el caso y la actual, no se encontraban ni se encuentran sujetas a una aprobación administrativa de la SBS. Sin perjuicio de ello, son cláusulas que limitan la responsabilidad del Banco y los derechos del Consumidor, pues modifican condiciones contractuales unilateralmente (tasas, comisiones y gastos) sin una comunicación directa y restringen la posibilidad de realizar pagos anticipados.

En este contexto, consideramos pertinente determinar si es razonable que las Cláusulas cuestionadas por el consumidor incluidas en una operación de refinanciación se encuentren sujetas a una evaluación previa por parte de la SBS. Es importante señalar que, en línea con lo mencionado por Amieva y Urriza (2020), la refinanciación es una medida de asistencia a los deudores que en la actualidad se utiliza de forma frecuente por los bancos. Al respecto, la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación establece modificaciones a las tasas de comisiones y gastos que impactan directamente en el monto que pagará el Consumidor al Banco, es decir, está relacionada al objeto del acuerdo.

Cabe resaltar que, la aprobación administrativa implica una restricción a la autonomía privada de los particulares, pues deberán ser únicamente incorporadas a una operación bancaria aquellas cláusulas que hayan pasado el filtro previo de la SBS. De acuerdo con lo indicado por León (2019), los acuerdos son instrumentos de la autonomía de los particulares, mediante los cuales ordenan las facetas de su vida, y estructuran a voluntad sus relaciones jurídicas, en el marco del derecho. Por ello, cualquier restricción a dicha autonomía debería ser excepcional para evitar una distorsión en el mercado.

En tal sentido, Rodríguez (2015) indica que, si bien parte de la doctrina tradicional considera que los contratos estandarizados requieren una protección especial y reforzada, pues producen un desequilibrio en perjuicio del consumidor, esa afirmación es engañosa. Lo anterior, teniendo en consideración que, con esa interpretación se deja de lado que este tipo de acuerdos reducen costos de transacción y, por tanto, también el precio de los

productos o servicios. Así, la intervención administrativa responde a esta supuesta protección reforzada para tutelar los derechos de consumidores, sin tener en cuenta la restricción de la autonomía privada ni el traslado de ciertos costos al consumidor.

Siguiendo con lo argumentado por dicho autor, el ordenamiento jurídico peruano no siempre evalúa lo que en realidad prefiere el consumidor al momento de contratar un servicio financiero. Cabe indicar que, la protección reforzada y la adición de derechos puede incidir en el precio monetario de un producto o servicio (Rodríguez, 2015). En el Contrato de Refinanciación, el deudor se encuentra en una posición de deterioro de su capacidad de pago, por ello, sin duda es un factor importante que las entidades competentes deben tener en cuenta.

En virtud de lo anterior, para reducir una intervención que pueda ocasionar traslado de ciertos costos al consumidor, existe un sector de la doctrina que considera que cualquier tipo contingencia que se genere entre el proveedor y el consumidor se tiene que resolver con el fiel cumplimiento del deber de información (Nájar, 2018). El ordenamiento jurídico español ha seguido con dicha línea, sobre todo respecto a aquellas cláusulas relacionados al objeto del contrato.

A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo No. 241/2013, se analizó a las cláusulas suelo en contratos hipotecarios y se señaló que pueden ser consideradas condiciones generales de contratación y formar parte del objeto contrato. En esta línea, si bien bajo la Directiva y la LCGC establecen como regla general que no pueden someterse a control aquellas cláusulas que derivan del objeto del acuerdo, el Tribunal indicó que las cláusulas suelo pueden estar sujetos a un doble control de transparencia (Platero y Gonzáles, 2017). Cabe precisar que, las cláusulas suelo en contratos hipotecarios se encuentran relacionadas a proponer un porcentaje mínimo debajo del cual el interés variable aplicable a la operación no podrá disminuir en ninguna etapa de la relación contractual.

El doble control de transparencia aplicado por el Tribunal Supremo de España implica: un control material y un control formal. Ahora bien, el control de transparencia formal involucra un conjunto de medidas impuestas por la LCGC y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007 (“TRLDGCU”) para que se posibilite y facilite el conocimiento por parte del adherente de la existencia, contenido y alcance de las Cláusulas Generales no negociadas (Gosálbez, 2008 en Aymerich, 2019). Este primer control sí se encuentre regulado de forma expresa en el ordenamiento jurídico español y se aplica como un control de incorporación. Es decir, en dicho ordenamiento no hay control previo administrativo, sino se resalta la importancia de la información brindada al consumidor por parte del predisponente.

Por otro lado, en línea con lo indicado por Aymerich (2019), el control de transparencia material tiene como finalidad que el consumidor tenga efectivo conocimiento de aquello relacionado con el objeto principal y el contenido económico del contrato. De esta forma, el adherente puede conocer la carga económica que realmente supone la celebración del contrato (Rincón, 2019). Así, este segundo control refuerza el análisis respecto de aquellos aspectos esenciales de un acuerdo, en protección al consumidor financiero.

Aplicando lo anterior en el caso concreto, consideramos pertinente evaluar cuáles serían las consecuencias para una operación de refinanciación de solicitar que exista una aprobación administrativa previa. En primer lugar, conllevaría una modificación al Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado para incluir como operación, cuyas cláusulas están sujetas a un control previo, al refinanciamiento o una emisión, por parte de la SBS, de un oficio múltiple señalando lo indicado con anterioridad. En segundo lugar, la obligación de remitir el clausulado de los contratos estandarizados de operaciones de refinanciación por parte de las entidades bancarias, lo cual elevaría los costos de transacción, que finalmente serán trasladados al consumidor.

Por último, limitaría que las partes puedan, en virtud de la autonomía privada, celebrar una operación de refinanciación según las necesidades del deudor, las cuales son variables, por ejemplo, en base su capacidad de pago, ofrecimiento de garantías y su clasificación crediticia. En consecuencia, no consideramos viable que se regule en el ordenamiento jurídico peruano un control administrativo previo de las Cláusulas Generales incluidas en un contrato de refinanciación. Por otro lado, una opción menos lesiva para los consumidores sería permitir, al igual que el ordenamiento jurídico español, un control de transparencia reforzado de aquellas cláusulas relacionadas al objeto de los contratos bancarios, como la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación.

Así, se velaría por la protección al consumidor, al señalar que las entidades bancarias deben asegurar que el cliente tenga un conocimiento real de las consecuencias económicas de su incorporación y de su contenido. Además, evitaría una modificación contractual por cada operación bancaria en base a la cual se empiecen generar controversias, pues aplicaría el control de transparencia reforzado de forma general siempre que la cláusula cuestionada se encuentra relacionada al objeto del contrato bancario.

De esta manera, se debe realizar una evaluación basada en el análisis económico de derecho, es decir, en base al costo- beneficio de incorporar un control de transparencia en el ordenamiento jurídico peruano. Así, según lo señalado por Bullard (2018), a través de dicho análisis se busca determinar el comportamiento de los individuos para de esta forma determinar la eficiencia de una norma. Partiendo de ello, al incorporar el control de transparencia en los contratos bancarios, que sería competencia de Indecopi, a través de la LPCF y el Código, generaría que los bancos tengan un incentivo para informar y primar por el conocimiento por parte del consumidor de aquellos elementos esenciales, para evitar que haya una posible evaluación del carácter abusivo de las Cláusulas Generales.

Por tanto, consideramos que la SBS no debe efectuar una aprobación administrativa previa de la Cláusulas incluidas en la operación de

refinanciación, en específico, aquella relacionada a las tasas de interés, comisiones y gastos. Realizaremos un análisis mayor respecto al ejercicio de un control de transparencia reforzado por parte del Indecopi al desarrollar la respuesta a la siguiente pregunta jurídica.

Con relación a la Cláusula Tercera del Pagaré, ninguna norma sectorial de la SBS señala que las cláusulas de un título valor deben ser aprobadas administrativamente. Asimismo, como hemos analizado en la interrogante anterior, no es correcto aplicar aquellas disposiciones reguladas para las Cláusulas Generales a un título valor, que tiene una naturaleza distinta a un contrato.

Cabe precisar que, la Quinta Disposición Final Complementaria de la LTV señala que la SBS está facultada a aprobar modelos y formatos estandarizados de títulos valores. En virtud de ello, se emitió la Resolución SBS No. 680-2000, que aprobó un formato estandarizado de pagaré. Además, la SBS, a través de la Circular No. G-0090-2001, determinó ciertos parámetros para aquellos contratos con emisión de títulos valores incompletos, pero no señala algún control respecto al contenido de sus cláusulas.

Adicionalmente, a través del Oficio No. 25832-2021-SBS, la entidad indicada con anterioridad señala que se encuentra facultada para aprobar modelos y formatos estandarizados de los títulos valores que las cámaras o asociaciones gremiales le propongan. En esta aprobación de formatos estandarizados, la SBS únicamente evalúa que reúnan los requisitos formales de la LTV o de otra normativa aplicable. Según lo indicado por la SBS, las entidades bancarias no tienen la obligación de remitir los formatos de los títulos valores que utilicen para sus operaciones con sus clientes.

Por tanto, no existe ninguna disposición normativa que señale la obligatoriedad de la aprobación administrativa del formato del Pagaré utilizado, ni del contenido de Cláusula Tercera ante la SBS. Si bien dicha disposición regula los intereses, comisiones y gastos aplicables a la suma adeudada consignada en el título valor, no hay parámetro normativo para que

se aplique una aprobación administrativa regulada para otra figura, como son los contratos bancarios. Por tanto, la SBS no debe realizar un control administrativo de la Cláusula Tercera del Pagaré.

c. ¿Qué control o análisis debió realizar Indecopi respecto de las cláusulas generales de contratación incluidas en contratos bancarios o títulos valores relacionados a dichos acuerdos?

De acuerdo con lo indicado por el inciso 1 del artículo 49 Código, el Indecopi se encuentra facultado para realizar un control de contenido para determinar la abusividad de una Cláusula General no aprobada administrativamente. Así, el inciso 3 del artículo 54 de dicha norma establece que la aprobación de una Cláusula General podrá ser cuestionado en la vía judicial. Precisamente, según lo señalado por Alcántara (2017, p. 12), el control de contenido se realizará a través de un procedimiento que tiene como consecuencia la declaración de ineficacia relativa o absoluta de una Cláusula General. Este control se realiza a través de listados incluidos en los artículos 50 y 51 del Código.

Al respecto, en la Resolución y la Resolución 0283-2019/SPC-INDECOPI⁴, la Sala señaló que, el Indecopi podrá realizar un control de contenido de las Cláusulas Generales aprobadas por la SBS de forma previa siempre que, le hubiesen sido efectivamente opuestas y aplicadas al consumidor denunciante. Lo anterior, teniendo en consideración que la SBS ya realizó un control de incorporación, por tanto, su decisión únicamente puede ser cuestionada por vía judicial. Este criterio se encuentra respaldado por la última oración de inciso 3 del artículo 54 del Código:

“(…). El consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación concreta de la referida cláusula puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial competente para que emita un pronuncia mente en el caso concreto” (énfasis agregado).

⁴ Resolución de fecha 30 de enero de 2019, recaída sobre el Expediente No. 767-2017/CC1, basada en la denuncia interpuesta por APEDECU contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Huancayo S.A.

En el ordenamiento jurídico peruano subsiste los siguientes tipos de controles con relación a las Cláusulas Generales: el control de incorporación que realiza la SBS; el control de contenido que puede realizar el Indecopi en instancia administrativa; y, el control judicial que se realiza a través de un proceso ante el Poder Judicial (Yulfo, 2013). Ahora bien, Sánchez (2020) precisa que, el Indecopi realiza un control legislativo, siempre que las estipulaciones no negociadas individualmente coloquen en una situación de desventaja o desigualdad al consumidor.

Además, la facultad de Indecopi de analizar aquellas cláusulas aprobadas administrativamente a través de un control de contenido ha sido reconocida por el numeral 6) del artículo 50 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado⁵. No obstante, en línea con lo mencionado por Alcántara (2020, p. 141), en la práctica el control de contenido realizado por el Indecopi recae en aquellas Cláusulas Generales no aprobadas en el condicionado general por la SBS ni sometidas a negociación.

El Indecopi, según lo señalado en el inciso 1 del artículo 49 del Código, podrá realizar un análisis de Cláusulas Generales, siempre que, vayan en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad, o anulen sus derechos. De esta manera, el Indecopi, ante Cláusulas Generales sin aprobación administrativa, según lo señalado por la Resolución, podrá realizar un control de contenido sin que la cláusula en discusión haya sido ejecutada contra un consumidor.

Cabe precisar que, estos criterios no son utilizados por la Comisión en la Resolución de Primera Instancia, pues no analizó si las Cláusulas fueron aprobadas administrativamente, ni si han sido ejecutados por el Banco generando un perjuicio al Consumidor. La Sala sí realiza dicho análisis

⁵ “Artículo 50

(...)

50.6 La aprobación de las cláusulas generales de contratación y determinación de las cláusulas abusivas derivadas de dicho procedimiento no impide a los usuarios recurrir ante las instancias administrativas y judiciales competentes a fin de salvaguardar sus derechos, con el fin de que se emita un pronunciamiento sobre los casos concretos, Sin perjuicio de lo anterior, identifica prácticas abusivas y adopta las medidas que correspondan en el ámbito de su competencia (...).”

respecto de la Cláusula Tercera contenida en el Pagaré, pues los otros extremos no fueron materia de apelación.

En el caso materia de análisis, nos encontramos ante Cláusulas Generales que no han sido aprobados administrativamente. Así, según Vodanovic (2013), estas disposiciones se consideran válidas y eficaces mientras no sea declarado *ex post* lo contrario en sede administrativa o judicial, de acuerdo con criterios de vejatoriedad. En virtud de ello, las Cláusulas Generales relacionadas al Contrato de Refinanciamiento se encontraban dentro del artículo 49 del Código, y, por tanto, el Indecopi era competente para aplicar un control de contenido.

Sin perjuicio de ello, consideramos pertinente hacer un mayor análisis respecto a la viabilidad de aplicar un control de transparencia con relación a la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación, vinculada al objeto del acuerdo. Así, Hernández y Campos (2020) han evaluado la posibilidad de aplicar el deber de transparencia en el ordenamiento jurídico chileno, cuyos criterios detallaremos a continuación. Los autores indican que este deber no se encuentra regulado en Chile, pero afirman que debe evaluarse en el marco del control de incorporación o el de contenido. Precisamente, señalan que puede evaluarse su abusividad si impactan las cláusulas en la determinación del precio del servicio o producto por falta de transparencia. Es decir, respecto a cuestiones relacionados al objeto de los acuerdos.

En el ordenamiento jurídico chileno, aplicar este control de transparencia para determinar la abusividad de una Cláusula General se basa en el inciso g. del artículo 16 de la Ley No. 19.496. De esta manera, se evaluaría si una Cláusula General genera un desequilibrio contractual como consecuencia de una alteración subrepticia de la carga económica del acuerdo. Cabe indicar que, no es un análisis respecto de la carga económica asumida por el consumidor, sino si la información recibida acerca del precio ha sido veraz y oportuna (Hernández y Campos, 2020). Por tanto, es un control de transparencia que implica una adecuada información al consumidor.

Así, se ha evaluado una forma de aplicar este control reforzado señalado por el Tribunal Español sin realizar modificaciones legislativas, en aquellos casos en que exista disposiciones normativas y defraudatorias de las legítimas expectativas del consumidor respecto de los elementos económicos del contrato (Pertiñez, 2013 en Hernández y Campos, 2020). En el ordenamiento jurídico peruano, para aplicar este control de transparencia de forma conjunta con el control de contenido que realiza el Indecopi, esta entidad podría basarse en el inciso 1 del artículo 49 del Código, en el principio de transparencia y el artículo 82 del Código.

Este deber de transparencia también se debe garantizar durante toda la etapa contractual, precisando los derechos y obligaciones que correspondan al banco para la modificación del tipo de interés pactado, comisiones y gastos, y los derechos del consumidor ante dichas modificaciones (Martínez, 2013). Por tanto, en caso de que la entidad bancaria no cumpla con este deber y no informe de forma oportuna, previa y directa la modificación contractual que impacte en el precio del producto o servicio financiero, no pasaría el control de transparencia propuesto.

Con relación al Pagaré, en base a lo evaluado en los problemas jurídicos anteriores, este tipo de control no es aplicable, pues no nos encontramos ante una Cláusula General. Por ello, su evaluación no está en el marco del artículo 49 y siguientes del Código. Sin perjuicio de ello, es importante resaltar que, según lo señalado por Del Prado (2011, p. 12), el pagaré se ha vuelto una parte importante de la contratación bancaria, pues usualmente los acuerdos de préstamo se encuentran acompañados de este tipo de títulos valores. En virtud de dicha importancia en el tráfico de operaciones bancarias, es importante enfatizar que, su contenido debe respetar las normas de protección al consumidor.

Por tanto, la Cláusula Tercera del Pagaré debe respetar las disposiciones contenidas en la LPCF, en específico el artículo 8. En virtud de dicho artículo, las entidades bancarias se encuentran obligadas a difundir las tasas de interés, comisiones y gastos de forma constante a través de diversos medios, sean

éstos comunicaciones directas, avisos a través de comunicados de televisión y radio, locales y páginas web.

Por otro lado, respecto a las modificaciones de tasas de interés, el artículo 31 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, señala que, las empresas deben informar a los clientes sobre dichos cambios en forma previa, cuando se trate de incrementos en el caso de productos activos con una anticipación no menor a 45 días calendario, indicando la fecha de entrada en vigencia. Lo mismo aplica para el incremento de comisiones y gastos, según el artículo 33 de dicha norma. Cabe indicar que, según el artículo 36 deben emplear medios de comunicación directos que permitan dejar constancia de la recepción de la información.

Al momento de analizar la normativa vigente a la fecha de suscripción del Pagaré, es decir, la Resolución SBS No. 1765-2005, se requería que la entidad bancaria al momento de modificar las tasas de interés en las operaciones activas, comisiones y gastos, realice una comunicación con una anticipación no menor a 15 días calendario. Además, los medios utilizados deben permitir que el cliente esté en capacidad de tomar conocimiento adecuado y oportuno de las modificaciones a ser efectuados.

Al respecto, el Indecopi señaló en la Resolución que la Cláusula Tercera del Pagaré no era abusiva, pues el artículo 5 de la LPCF no hacía diferenciación entre los mecanismos que los proveedores financieros que pudieran utilizar, por tanto, es válido que se utilice una comunicación indirecta. Ante dicha argumentación, luego del análisis realizado en las anteriores preguntas jurídicas, podemos determinar diversos errores, los cuales desarrollaremos a continuación.

En primer lugar, la difusión adecuada de tasas de interés, comisiones y gastos que aplican a las operaciones de bancarias tiene la lógica de suministrar información al usuario como garantía para que el mercado funcione correctamente, y de esta manera, las partes puedan decidir de forma libre y sin vicios (Mendoza, 2016). Por ello, las normas sectoriales señalan que

deben encontrarse publicitadas en medios indirectos de comunicación como páginas web y oficinas.

Sin embargo, cuando se pretende modificar una tasa de interés, comisión y gasto previamente pactada, es decir, sobre términos contractuales, la normativa es clara al indicar que, el cliente debe tomar conocimiento de manera fehaciente de dichos cambios. No obstante, el artículo 5 de la LPCF no precisaba que se debían utilizar medios directos, por el contrario, permitía utilizar comunicados o mensajes por medios electrónicos en sus locales y página web. Este artículo fue modificado por la Ley No. 29888 de forma posterior a la suscripción del Pagaré. Sin embargo, se debió evaluar si el Consumidor tuvo conocimiento de dichas modificaciones.

En segundo lugar, la normativa citada por el Indecopi en la Resolución al momento de analizar la Cláusula Tercera del Pagaré hace referencia a modificaciones contractuales, lo cual no es correcto, según lo analizado con anterioridad, un pagaré es un título valor al cual no se puede hacer extensiva aquellas normas relacionadas a contratos. Ante una incertidumbre respecto a la inclusión de disposiciones que podrían afectar al consumidor en títulos valores, hubiera sido prudente que el Indecopi utilice el mecanismo regulado en el artículo 89 del Código.

Así, solicitar un informe técnico permitiría determinar cuáles normas sectoriales son aplicables a los títulos valores, al momento de realizar modificaciones de tasas de interés, gastos y comisiones. Este mecanismo es una garantía para que se conozcan los alcances de las normas que rigen el mercado bancario, sobre todo si no es un aspecto que haya sido objeto de pronunciamiento previo por parte del Indecopi o haya varias formas de interpretación (Álvarez, 2017). De esta forma, se podría evaluar la presunta infracción de las normas de transparencia de información que se complementan con la LPCF.

Luego de tener claro el alcance de las normas y las figuras involucradas, el Indecopi puede evaluar de forma correcta si ha existido una infracción a la

normativa de protección al consumidor vigente al momento de que se generó la controversia. Cabe indicar que, las normas sectoriales tienen como finalidad reducir la falla de asimetría informativa en las operaciones bancarias en general (Vodonovic, 2013). Lo anterior, debe extenderse a aquellos actos y documentos relacionados a una operación determinada.

d. ¿Indecopi es competente para evaluar cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente que no hayan sido ejecutadas?

En materia de Cláusulas Generales, la regla general es que el Indecopi realice una evaluación acerca de si se consideran o no abusivas aquellas estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente, siempre que no se encuentran aprobadas por la entidad administrativa competente (Maraví, 2013). Es decir, que no exista un control de incorporación *ex ante* por parte de la SBS.

Así, es importante delimitar las competencias de la SBS y del Indecopi en materia de Cláusulas Generales. En tal sentido, la SBS tiene las facultades de aprobar este tipo de clausulados de productos y servicios financieros de sus empresas supervisados y sancionar el incumplimiento a las normas de transparencia de información de forma posterior a la contratación individual. Por otro lado, el Indecopi inicia procedimientos de oficio a pedido de parte por incumplimiento de normas de protección al consumidor financiero y resuelve controversias particulares (Vodanovic, 2013). Cabe destacar que, la SBS no resuelve controversias particulares entre una entidad bancaria y un cliente.

En el marco de la competencia del Indecopi indicada con anterioridad, la Sala de Protección del Consumidor a través de las Resoluciones No. 2659-2017/SPC-INDECOPI, 0420-2018/SPC-INDECOPI y 0504-2019/SPC-INDECOPI ha delimitado los siguientes tres escenarios para aplicar un control de contenido de las Cláusulas Generales: (i) consumidor denuncia la abusividad de una Cláusula General sin que haya sido aplicada; (ii) la

Cláusula General es denunciada a raíz de que fue opuesta al consumidor; y, (iii) la Cláusula General se denuncia en virtud de defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

En esta línea, el Indecopi ha delimitado su competencia en el primer y segundo escenario en base a la protección del legítimo interés del consumidor. Así, en línea con lo mencionado por Durand (2019), la acción defensiva del Indecopi se gatilla en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, es decir, cuando se produzca alguna amenaza o afectación de los derechos del consumidor. Ante ello, en base a las resoluciones indicadas con anterioridad, el Indecopi ha determinado como un requisito procesal la existencia del interés legítimo, es decir que se haya ocasionado un perjuicio al consumidor en las denuncias de parte.

Con relación a las Cláusulas Generales aprobadas ante la SBS, el consumidor en base a la Resolución y la Resolución No. 0283-2019- INDECOPI, podrá realizar la denuncia de parte ante el Indecopi siempre que la disposición cuestionada le hubiese sido efectivamente opuesta y aplicada, y le haya generado un perjuicio. En el caso concreto, como hemos evaluado con anterioridad, las Cláusulas no se encontraban sujetos a una aprobación administrativa por parte de la SBS, por ello, no nos encontramos frente a este escenario.

El caso versa sobre una denuncia de parte por Cláusulas Generales no aprobadas administrativamente. Así, en la Resolución, la Sala realizó un análisis señalando que es competente para conocer denuncias de las Cláusulas Generales que potencialmente sean abusivas en virtud de la tutela de intereses colectivos o difusos de los consumidores, o ante una real o potencial afectación de un consumidor determinado. Ante ello, el voto discordante indica que, como no se ha probado que las Cláusulas han sido ejecutadas contra el consumidor, debió la denuncia ser declarada improcedente.

En línea con lo señalado con Durand (2019), el interés legítimo se puede ver lesionado cuando exista una amenaza a la afectación de los derechos de un

consumidor. Esta amenaza implica la potencialidad de afectación de los derechos de los consumidores. Ello, se encuentra relacionado a un adecuado sistema de protección de los derechos de los consumidores, el cual implica prevenir y evitar conductas lesivas de los consumidores (Durand, 2019, p. 119). Por tanto, consideramos que el Indecopi es competente para evaluar el carácter abusivo de aquellas Cláusulas Generales no aprobadas administrativamente ante una potencial afectación de un consumidor.

Luego de lo señalado en los puntos anteriores, es pertinente determinar si las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación debieron ser consideradas abusivas. Como hemos señalado con anterioridad, a la Cláusula Tercera del Pagaré, no aplica la normativa de cláusulas abusivas, por ello, no se realizará el análisis respecto a esa disposición.

Ahora bien, las cláusulas abusivas son aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones asumidos por las partes en virtud de un acuerdo (González, 2011). Esta definición de cláusulas abusivas se encuentra en el inciso 1 del artículo 49 del Código.

Cabe resaltar que, las cláusulas abusivas se analizan respecto de aquellos acuerdos redactados unilateralmente, a través del uso de Cláusulas Generales o contratos de adhesión. De acuerdo con lo señalado por Carranza (2009), no todas las disposiciones incluidos en este tipo de acuerdos serán consideradas abusivas, únicamente aquellas que, por ejemplo, involucren facultades o atribuciones que desmejoren la situación de la parte más débil de la relación contractual o que limiten el ejercicio de acciones para hacer efectiva las prestaciones pactadas, entre otros.

En el Perú, el legislador, en los artículos 50 y 51 del Código, optó por dividir las cláusulas abusivas en dos grandes grupos: cláusulas de ineficacia absoluta y cláusulas de ineficacia relativa. Así, la diferencia principal entre estos grupos es la sanción que les brinda el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, las

disposiciones consideradas de ineficacia absoluta se consideran nulas de pleno derecho y en las de ineficacia relativa, su validez está supeditada a un análisis de razonabilidad y legalidad en cada caso (Nájar, 2018). En ambos casos, el legislador ha propuesto una lista con las cláusulas abusivas. Respecto a las disposiciones de ineficacia relativa, el listado es meramente enunciativo y, por tanto, no limitativo.

Para complementar nuestro análisis, detallaremos la regulación de las cláusulas abusivas en los ordenamientos jurídicos español y colombiano. Así, en el primero de ellos, el TRLDGPU establece un concepto legal de cláusula abusiva, resaltando que, el desequilibrio que causen las disposiciones cuestionadas debe ser importante. Además, dicha norma reproduce la Directiva con la remisión a una lista indicativa de cláusulas abusivas (Blanco, 2017). Así, de la revisión de los artículos 85 al 90 del TRLDGPU, se incluyen listados enunciativos de las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas (por vincular el contrato a la voluntad del empresario, limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, falta de reciprocidad, sobre garantías, que afecten el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y, sobre competencia y derecho aplicable).

No obstante, el artículo 82 del TRLDGPU establece ciertas circunstancias y criterios que se deben tener en cuenta para declarar como abusiva una cláusula (Sánchez- Ventura, 2018). Cabe indicar que los incisos 1, 2 y 3 del artículo 82 indicado con anterioridad, son muy similares a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 49 del Código. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español es claro con la sanción de las cláusulas abusivas, indicando que serán consideradas nulas de pleno derecho y se tendrán por no opuestas, incluyendo aquellas condiciones incorporadas de forma no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores.

Por otro lado, en línea con lo indicado por Acosta y Jiménez (2015), el ordenamiento jurídico colombiano ha sido influenciada por la jurisprudencia y doctrina de los países europeos, pues retiene como criterio para la caracterización de las cláusulas abusivas la noción de desequilibrio.

Precisamente, esta noción ha sido recogida en la Ley No. 1480. Además, en dicho ordenamiento jurídico, de forma similar al peruano, el legislador ha regulado una lista de cláusulas prohibitivas de forma absoluta, cuya sanción es la ineficacia absoluta. No obstante, en caso no se encuentre la cláusula cuestionada por la parte afectada dentro de dicho listado el juez deberá realizar un análisis en base a la cláusula abierta, por cada caso concreto (Posada, 2015). Es importante señalar que, la cláusula abierta es la que contiene la definición de cláusula abusiva.

Ahora bien, la Cláusula Sexta del Contrato de Refinanciación regula la facultad de realizar pagos anticipados por parte del Consumidor. Así, este último indica que dicha disposición sería abusiva, pues se regula que podrá realizar este tipo de pagos siempre que se encuentre al día en sus obligaciones. Al respecto, el inciso e) del artículo 50 del Código establece que son cláusulas abusivas las que limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores como el derecho de efectuar pagos anticipados.

Según lo indicado por León (2011), el derecho al pago anticipado tiene las siguientes características: (i) puede ser ejercitado en toda operación bancaria sin distinción alguna; (ii) puede ser ejercido de forma total o parcial; (iii) contiene la obligación de efectuar la correspondiente liquidación de intereses al día del pago, por parte de la entidad bancaria; y, (iv) implica la obligación del banco de liquidar los gastos y comisiones asociados a la operación de cancelación anticipada. Así, los diferentes contenidos del pago anticipado están vinculados, principalmente, a la prohibición de conductas que conlleven restricciones a la aplicación de sus beneficios, como la reducción de intereses, comisiones y gastos, entre otros (Roa y Herrera, 2017).

Cabe precisar que, el pago anticipado tiene como objetivo cancelar el total o parte del capital de la deuda. El artículo 29 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado señala que, este pago trae como consecuencia la aplicación del monto del capital del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses, comisiones y gastos derivados del acuerdo. En tal sentido, para que el cliente se encuentra en la capacidad de realizar un pago anticipado y

amortiguar el capital de la deuda, debe estar cumpliendo con las cuotas del préstamo. Por ello, al indicar dentro de la Cláusula Sexta del Contrato de Refinanciación que el Consumidor se encuentre al día con el pago de sus obligaciones, no restringe el ejercicio de este derecho.

En tal sentido, concordamos con la Comisión al indicar que la Cláusula Sexta no genera un desequilibrio injustificado o relevante entre los derechos del Consumidor y el Banco, pues el primero de ellos puede realizar el pago anticipado del monto adeudado, una vez que se encuentre al día con sus obligaciones. Por otro lado, si se pretende realizar el pago de cualquier cuota vencida y, posteriormente, realizar el pago adelantado del capital, la Cláusula Sexta no limita dicho escenario.

Con relación a la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación, como hemos indicado, implicaba una modificación contractual permitida por la normativa vigente al momento de la suscripción del acuerdo. Además, recogía los medios de comunicación señalados también en la normativa, por tanto, Indecopi no pudo determinar la existencia de una infracción normativa. Actualmente, se ha modificado el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado y la LPCF para cambiar el criterio utilizado para modificaciones contractuales relacionadas a tasas de interés, comisiones y gastos.

Para reforzar la protección al consumidor financiero, en este caso, hubiera sido razonable la aplicación el control de transparencia que hemos detallado con anterioridad. Así, en línea con lo regulado en el ordenamiento jurídico español, el análisis de abusividad se hubiera realizado en base a la comprensibilidad real de la cláusula por parte del cliente. La falta de transparencia se sustenta en (Blanco, 2016): (i) falta de información suficientemente clara de que se trate de un elemento definitorio del objeto del contrato; (ii) ausencia de simulaciones de escenarios respecto al comportamiento e la tasa de interés; y/o, (iii) la falta de información previa y clara sobre el coste de la modificación contractual.

En línea con lo mencionado por Blanco (2016), bajo el ordenamiento jurídico español el carácter abusivo de una determinada cláusula puede derivar del

incumplimiento del deber de transparencia con relación a la existencia de alguna disposición. Se busca que el consumidor quede informado de los derechos que le corresponden, de sus obligaciones y de las repercusiones jurídicas del acuerdo. Consideramos viable realizar este tipo de análisis con relación a las modificaciones contractuales de conceptos relacionados al objeto del Contrato de Refinanciación, como la Cláusula Quinta. De esta manera, independientemente de las modificaciones legislativas que se realice, la entidad bancaria siempre se encontrará obligada a demostrar que cumplió con el deber de transparencia de informar sobre cualquier este tipo de conocimientos, teniendo certeza que el cliente conozca su contenido.

Para ello, sería relevante considerar que el inciso 1 del artículo 49 es una cláusula abierta o general, de forma similar a lo regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud de la cual se podrán señalar como abusivas aquellas Cláusulas Generales no aprobadas administrativamente que infrinjan el deber de transparencia, es decir, que coloquen en perjuicio al consumidor por no conocer sus derechos y obligaciones a raíz de una modificación contractual relacionado al objeto del acuerdo.

5.2 ¿Cumplió el Banco con atender el reclamo presentado por el Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de acuerdo con la normativa aplicable?

De acuerdo con lo indicado por Mendoza (2019), los reclamos están referidos a aquellas comunicaciones a través de las cuales el consumidor solicita la rectificación de un error o la abstención de una actuación que se encuentra afectando sus intereses, lo cual los diferencian de los requerimientos de información, que pretenden la ejecución de una prestación de dar o hacer por parte del proveedor para la remisión de datos precisos. Al respecto, la obligación de atender los reclamos se encuentra regulado en el artículo 24 del Código de forma expresa.

Siguiendo la línea del autor citado con anterioridad, el consumidor puede elegir presentar el reclamo ante el Banco, o iniciar alguna acción ante la vía

administrativa, pues es un mecanismo de naturaleza alternativa u voluntaria (Mendoza, 2019). No obstante, este mecanismo de trato directo es una opción que puede favorecer al consumidor, pues es una vía expeditiva para obtener un pronunciamiento del Banco y una solución a la afectación de sus intereses.

En materia de servicios bancarios, los reclamos, de acuerdo con el artículo 5 de la Circular No. G-184-2015, Circular de Atención al Usuario (“Circular de Atención al Usuario”) son:

*“comunicaciones presentadas por los usuarios o por terceros en nombre de los usuarios, expresando su insatisfacción con la operación, producto o servicio recibido o por **el incumplimiento de las obligaciones contempladas en los contratos o marco normativo vigente o manifestando la presunta afectación de su legítimo interés**” (énfasis agregado).*

Para continuar nuestro análisis, responderemos las siguientes interrogantes:

a. ¿Qué obligaciones debe cumplir el Banco con relación al deber atender el reclamo interpuesto por el Consumidor?

El Código en los numerales 1) y 2) del artículo 88 reconoce la competencia de la SBS para regular los aspectos relacionados a la atención de reclamos de productos o servicios financieros. Desde el año 2017, con el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, la adecuada atención de reclamos se reconoce como un principio de conducta de mercado.

De acuerdo con lo indicado, el numeral 3.4. del artículo 3 del Reglamento de Gestión de Mercado señala lo siguiente:

*“La adecuada gestión de reclamos involucra la administración de los reclamos y su tramitación, considerando **una atención oportuna y objetiva de las comunicaciones presentadas por los usuarios, y la**”*

emisión de respuestas respecto de todos los aspectos del reclamo de forma comprensible” (énfasis agregado).

Por ello, el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, impone ciertas obligaciones a las entidades bancarias, como, por ejemplo, capacitar a su personal en materia de conducta de mercado y protección al consumidor; y, nombrar a un oficial de conducta de mercado a tiempo completo y dedicación exclusiva.

Por otro lado, Circular de Atención al Usuario, norma vigente a la fecha del presente informe, establece el sistema de atención de reclamos aplicable para las entidades bancarias. Así, entre las principales obligaciones que deben cumplir las entidades bancarias se encuentran las siguientes:

- Poner a disposición del usuario, por lo menos, canales de recepción de reclamos en su red de oficinas, vía telefónica al número designado para recepción de reclamos o vía electrónica.
- Contar con un sistema de respaldo al sistema de atención de reclamos, físico o virtual.
- Registrar todos los reclamos que formulen los usuarios en un soporte informático.
- Contar con personal capacitado y especializado en la atención a los usuarios.
- Al momento de presentación de los reclamos: (i) registrar los datos personales de los usuarios; (ii) otorgar una constancia o código de registro; y, (iii) acordar con el usuario la forma en que se hará entrega la constancia, en caso no exista un formulario de reporte.

Los reclamos deben ser resueltos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario de haber sido presentados. Este plazo puede extenderse excepcionalmente, siempre que la naturaleza del reclamo lo justifique. El sustento de dicha extensión debe encontrarse a disposición de la SBS. Por otro

lado, la notificación de la respuesta al reclamo puede remitirse a la dirección domiciliaria del usuario o por correo electrónico.

Respecto al caso analizado en la Resolución, se encontraba vigente la Circular G-146-2009. Esta norma modifica las obligaciones de las entidades bancarias en materia de atención de reclamos, no obstante, se mantiene el plazo indicado con anterioridad. Por otro lado, se cambia la forma de notificación de la respuesta del reclamo. Así, bajo la norma derogada, al momento de la presentación de los reclamos, las empresas deberán registrar los datos personales del usuario y la dirección domiciliaria o electrónica a la cual deberán remitir la comunicación de respuesta, a elección del usuario.

De acuerdo con lo detallado en la Resolución, el Consumidor presentó el reclamo relacionado al uso de la “Cuota Comodín” del Préstamo el 27 de octubre de 2011. Sin embargo, el Banco remitió un correo electrónico al Consumidor con fecha 28 de diciembre de 2011, adjuntando la respuesta al reclamo interpuesto. Es evidente que, transcurrieron más de treinta (30) días calendario desde la interposición del reclamo y la respuesta del Banco, lo cual la Sala no evaluó.

La Sala únicamente analizó que el Banco brindó una respuesta al reclamo y utilizó un medio válido de notificación, según lo pactado por las partes. Cabe indicar que, de acuerdo con la normativa aplicable y los criterios utilizados en las Resoluciones No. 1600-2017/SPC-INDECOPI⁶ y 2165-2018/SPC-INDECOPI⁷, el plazo legal indicado con anterioridad puede extenderse excepcionalmente. En el caso concreto, el Banco no presentó ninguna justificación por la extensión del plazo, ni que dicha ampliación haya sido comunicada al consumidor.

⁶ Resolución de fecha 2 de mayo de 2017, recaída sobre el Expediente No. 048-2016/CPC-INDECOPI, en base a la denuncia presentada por el Sr. Floriano Lino Simón contra Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Huancayo S.A.

⁷ Resolución de fecha 22 de agosto de 2018, recaída sobre el Expediente No. 519-2017/CC1, en base a la denuncia presentada por el señor José Aberto Huamán contra Banco Internacional del Perú S.A.A.

Según lo señalado por la Sala en las Resoluciones 2025-2017/SPC-INDECOPI⁸ y No. 0087-2019/SPC-INDECOPI⁹, al omitir cumplir con brindar la atención del reclamo en el plazo legal se configura una infracción, aunque posteriormente se expida una respuesta tardía. Consideramos que este análisis debió ser realizado por la Sala en el marco de la Resolución y sancionar al Banco por el incumplimiento de la obligación de atender el reclamo presentado por el Consumidor de manera oportuna

b. ¿Debió el Banco brindar una respuesta efectiva o solucionar el reclamo interpuesto por el Consumidor?

El Banco tiene la obligación de atender los reclamos de manera oportuna, completa y clara. Además, debe pronunciarse sobre todo los extremos del reclamo presentado por el Consumidor¹⁰. En el caso concreto, el reclamo del Consumidor se encontraba relacionado a una “Cuota Comodín”, que es una facilidad que otorgan las entidades bancarias a favor de sus clientes con la finalidad que puedan no pagar una cuota del préstamo, ante lo cual no pueden imputarle intereses por mora.

Por la naturaleza del reclamo, que implicaba una disconformidad con la relación de consumo ante un incumplimiento de una facilidad otorgada por el Banco, esta entidad bancaria debía tomar una medida a fin de revertir los efectos de la situación (Mendoza, 2019). Por ello, el Banco debía brindar una solución del reclamo que implicaba que se le devolviera al Consumidor el monto cobrado de forma indebida.

Luego del análisis indicado con anterioridad, podemos concluir que el Banco no cumplió con atender el reclamo presentado por el Consumidor respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de forma oportuna, pues excedió el plazo

⁸ Resolución de fecha 21 de junio de 2017, recaída sobre el Expediente No. 54-2015/CC1, en base a la denuncia presentada por el Sr. Artemio Solis Peña contra la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima S.A.

⁹ Resolución de fecha 11 de enero de 2019, recaída sobre el Expediente No. 98-2018/CC1, en base a la denuncia presentada por el señor César Arturo Martínez contra Scotiabank Perú S.A.A.

¹⁰ Según criterios utilizados en las Resoluciones 2025-2017/SPC-INDECOPI y Resolución No. 0087-2019/SPC-INDECOPI.

legal para brindar una respuesta sin un sustento de acuerdo con la normativa aplicable.

5.3 ¿Cumplió el Banco con atender el requerimiento de información presentado por el Consumidor, de acuerdo con lo normativa aplicable?

Uno de los derechos principales recogido en el inciso b. del artículo 1.1 del Código a favor de los consumidores es el acceso a la información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible relevante para realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses o efectuar un uso o consumo adecuado. Este derecho se encuentra relacionado al principio de transparencia recogido en el numeral 3. del artículo V del Código.

En los servicios bancarios el deber de brindar a los clientes información por parte las entidades supervisadas tienen una especial relevancia, pues nos encontramos ante mercados imperfectos en los que hay asimetría de información entre los bancos y los clientes. Cabe resaltar que, la asimetría de información es una falla de mercado, ante lo cual el Estado busca intervenir para proteger a los consumidores (Blanco, 2014).

En línea con lo indicado, el Indecopi y la SBS tuvieron como objeto reducir la asimetría de información en beneficio del consumidor financiero (Combe, 2010). En la normativa sectorial, con el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, se reconoció como principio a la transparencia de información.

Además, los consumidores cuentan con el sistema de atención de requerimientos señalado en la Circular de Atención de Reclamos para acceder a información sobre la relación que mantienen con los bancos. Así, el numeral 3.1. del artículo 3 de dicha norma establece que los requerimientos son comunicaciones realizadas por los usuarios, por la que buscan una acción por parte de la entidad bancaria.

a. ¿Qué obligaciones debe cumplir el Banco con relación al deber de información y la remisión de la documentación solicitada relacionada al Préstamo?

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 3.3. del Reglamento de la Gestión de Conducta de Mercado, las entidades bancarias deben ser diligentes en la información que brindan respecto de los productos y servicios ofrecidos, con el fin de que los usuarios comprendan sus características, beneficios, riesgos y condiciones aplicables, y puedan tomar decisiones de consumo informadas.

Con relación al proceso de requerimiento de información, las entidades bancarias deben cumplir con lo siguiente:

- Al momento de la presentación del requerimiento, las entidades deben requerir a los usuarios que señalen el canal de recepción de las repuestas.
- Mantener un registro de requerimientos, asignando un código interno de seguimiento.
- Contar con personal y especializado en la atención de usuarios.
- Resolver los requerimientos en un plazo no mayor a treinta (30) días de haber sido presentados.
- Implementar mecanismos que permitan el archivo adecuado de los expedientes de requerimientos, los cuales deben contener la documentación que sustente la atención y seguimiento brindado en cada caso particular.

Cabe indicar que, el Consumidor, en el caso concreto, solicitó la siguiente información:

- a. Señalar el tipo de crédito otorgado, sus tasas de interés aplicadas, la tasa de costo efectivo anual, intereses moratorios, penalidades, gastos, comisiones, etc.
- b. Copia del contrato del Préstamo, hoja resumen y título valor (pagaré);
- c. Copia de todos los documentos suscritos por el Consumidor;
- d. Historial de los pagos efectuados;

- e. Los saldos y/o cuotas pendientes de pago;
- f. Indicar si existió variaciones a las tasas de interés pactadas, incluyendo el detalle de fechas y porcentajes; y,
- g. Señalar el sistema de amortización que aplica al Préstamo.

Con relación a los puntos d y e, el inciso 2 del artículo 54 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado señala que, las entidades bancarias deben ofrecer a sus clientes la posibilidad de requerir información relacionada a los pagos efectuados y aquellos que se encuentran pendientes conforme al cronograma de pagos. Esta información deberá ser suministrada de forma periódica.

Respecto al inciso f, de acuerdo con el artículo 31 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado, las empresas supervisadas deben informar a los clientes la modificación de las tasas de interés en contratos distintos a los créditos a plazo fijo o depósitos a plazo fijo, en forma previa, cuando se trate de incrementos en el caso de los productos activos, como el caso del Préstamo. Por lo cual resulta razonable que el Banco informe al Consumidor si existió alguna variación en las tasas de interés.

Los documentos e información indicada en los incisos a, b y c deberían encontrarse en poder del Consumidor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado. No obstante ello, el Banco por temas de supervisión y fiscalización de la SBS debe tener dichos documentos e información respecto al caso concreto, por tanto, al encontrarse en una mejor posición para su archivo y posesión, consideramos razonable que se solicite su entrega. Cabe indicar que, el deber de información también se debe cumplir a lo largo de la relación de consumo.

Finalmente, respecto al sistema de amortización, el Banco, al momento de contratar al Préstamo debió entregar dicha información, especificando, además, la metodología utilizada. Si han omitido señalar el nombre del sistema, tienen el deber de otorgar información relevante de la metodología

de imputación de pagos¹¹. Por tanto, también es información que se encuentran en una mejor posición de poseer con relación al Consumidor.

b. ¿Cuál es el nivel de detalle de la información que debió remitir el Banco con relación al Préstamo?

De acuerdo con lo señalado por Leite (2019, p.207) se debe evitar el exceso de información, pues dicho fenómeno, causado por la amplitud informativa de la reglamentación, puede terminar confundiendo al cliente respecto de los elementos esenciales de la relación contractual. Por ello, el Banco debió brindar información completa, verdadera, actual, clara, objetiva y lícita con relación de los puntos informativos solicitados por el Consumidor.

Al respecto, el Banco tenía la obligación de atender el requerimiento de información presentado por el Consumidor de acuerdo con lo indicado con anterioridad. Para dicha finalidad, debía limitar su respuesta a la información relevante y necesaria con relación al Préstamo que le permita, en este caso, suscribir el Contrato de Refinanciación, o adoptar otras facilidades de pago.

En el caso materia de análisis el Banco no cumplió con atender el requerimiento de información, pues no hay sustente alguno que pruebe que el Consumidor recibió una respuesta del Banco con los documentos e información requeridos. Como mencionamos, es una obligación del Banco mantener un archivo de los requerimientos de información solicitados y las respuestas brindadas, por lo cual, se encuentra en una mejor de probar de probar que sí cumplió con dicho deber.

¹¹ De acuerdo con los criterios utilizados en las Resoluciones No. 3618-2016/SPC-INDECOPI y 0276-2019/SCP-INDECOPI.

6. Conclusiones

Luego de analizados los tres problemas jurídicos principales de la Resolución y del caso concreto, podemos concluir lo siguiente:

1. Con relación a las Cláusula Tercera del Pagaré, Indecopi no realizó un análisis adecuado, pues aplicó aquellas disposiciones establecidas para las Cláusulas Generales no aprobadas administrativamente. De acuerdo con la normativa peruana, no hay una norma que haga extensiva la regulación de las Cláusulas Generales a los títulos valores. Ello, teniendo en consideración que, las Cláusulas Generales tienen su sustento en la contratación masiva. Por el contrario, el Pagaré, es un título valor de contenido crediticio a través del cual se incorporan declaraciones unilaterales de voluntad por parte del Consumidor.
2. Las Cláusulas Quinta y Sexta del Contrato de Refinanciación no se encuentran sujetas a una aprobación administrativa previa por parte de la SBS, según la normativa sectorial aplicable a estos acuerdos. Por tanto, el Indecopi se encontraba facultado a realizar un control de contenido. Al momento de aplicar este control, concordamos con el Indecopi respecto a que la Cláusula Sexta no es abusiva, pues no restringe el derecho del Consumidor para realizar pagos anticipados.
3. Por otro lado, la Cláusula Quinta del Contrato de Refinanciación sí generaba un desequilibrio perjudicial al Consumidor, al no ser informado directamente de modificaciones esenciales relacionadas al objeto del acuerdo. No obstante, el contenido de esta cláusula al momento de suscribirse el acuerdo en cuestión se encontraba acorde a la LPCF y a la normativa de transparencia de información emitida por la SBS. Este criterio ha sido cambiado a través del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado y la Ley No. 29888.
4. En el caso materia de análisis, el Banco no cumplió con atender el requerimiento de información, pues no hay sustento alguno que pruebe que el Consumidor recibió una respuesta del Banco con los documentos e información solicitados. Sin embargo, de forma adicional, el Indecopi debe evaluar la información otorgada por parte del Banco para determinar si existió una infracción a la normativa de protección al consumidor,

teniendo como parámetros si se brindó información completa, verdadera, actual, clara, objetiva y no excesiva con relación a cada uno de los puntos solicitados por el Consumidor, según lo señalado por las partes.

5. Por último, respecto a la adecuada atención del reclamo interpuesto por el Consumidor, el Banco no cumplió con atender el reclamo respecto a la utilización de su “Cuota Comodín” de forma oportuna, pues excedió el plazo legal para brindar una respuesta sin un sustento de acuerdo con la normativa aplicable. Este análisis no fue realizado el Indecopi. Así, exonerar al Banco de una sanción, señalando que, aunque de forma tardía, realizó la devolución del monto indebidamente cobrado materia de reclamo, genera incentivos inadecuados a las entidades bancarias para no ceñirse al plazo legal recogido en la normativa sectorial.

7. Recomendaciones

A continuación, propondremos recomendaciones en base a cada problema jurídico, de acuerdo con el siguiente detalle:

1. Ante el uso cada vez más frecuente y generalizado de títulos valores, como el Pagaré, en operaciones bancarias, dado que generan seguridad y certeza a las entidades bancarias como acreedores (Andrade, 2018), es importante que el Indecopi los diferencie respecto de las Cláusulas Generales y la normativa aplicable a estos últimos acuerdos.

Si bien los bancos utilizan formatos preestablecidos para que los clientes suscriban y emitan los pagarés, estos títulos valores implican una declaración unilateral del deudor (Andrade, 2018). Siendo ello así, sus disposiciones deben cumplir con la normativa de protección del consumidor. Lo anterior, no tiene como consecuencia que se haga un análisis respecto al carácter abusivo de sus cláusulas o disposiciones, pues como hemos mencionado dichas normas no les son aplicables.

Al respecto, ante una incertidumbre respecto a la inclusión de disposiciones que podrían afectar al consumidor en títulos valores, sería prudente que el Indecopi

utilice el mecanismo regulado en el artículo 89 del Código. De esta manera, sería razonable solicitar un informe técnico por parte de la SBS para determinar cuáles normas sectoriales son aplicables a los títulos valores al momento de realizar modificaciones unilaterales de tasas de interés, gastos y comisiones, o, por el contrario, indicar que, las entidades bancarias únicamente tienen dicha facultad en contratos y bajo ciertos parámetros legales.

2. Las operaciones de refinanciación son una medida de asistencia a favor de los consumidores que los bancos utilizan, en virtud de las cuales, se realiza una novación contractual mediante la prórroga del plazo de vencimiento del préstamo, entre otras nuevas condiciones contractuales (Mínguez, 2015). Las cláusulas incluidas en este tipo de acuerdos no son aprobadas por la SBS, lo cual no excluye que deban cumplir con la normativa de protección de consumidor y la regulación bancaria.

Sin perjuicio de ello, de la evaluación realizada en el presente informe, consideramos que no sería adecuado requerir que el clausulado de las operaciones de refinanciación sean sometidos a una aprobación previa por parte de la SBS. Sin embargo, sería pertinente evaluar la posibilidad de la aplicación de un control de transparencia de aquellas Cláusulas Generales no aprobadas administrativamente que se encuentran relacionadas al objeto del acuerdo, en específico, el control de transparencia material.

A raíz de dicho control de transparencia, la entidad bancaria se encontraría obligada a informar y asegurar que el consumidor tenga un efectivo conocimiento de aquello relacionado con el objeto principal y el contenido económico del acuerdo (Aymerich, 2019). Así, por ejemplo, en línea con lo mencionado por Hernández y Campos (2020) se podría aplicar un control de transparencia dentro de la evaluación que se realicen respecto al carácter abusivo de dichas cláusulas.

De esta manera, el Indecopi para aplicar este control de transparencia respecto a aquellas Cláusulas Generales que se encuentran relacionados con el objeto del acuerdo, podría basarse en el inciso 1 del artículo 49 del Código, en el principio de transparencia y el artículo 82 del Código. Para ello, se debe tener en cuenta que

el inciso 1 del artículo 49 funcionaría como una cláusula general o abierta, lo cual permitiría un análisis en cada caso concreto, de forma similar al ordenamiento jurídico colombiano.

3. Con relación a aquellos reclamos que se encuentren vinculados a una disconformidad ante un incumplimiento de una facilidad otorgada por el Banco, esta entidad bancaria debe tomar una medida a fin de revertir los efectos de la situación (Mendoza, 2019). Así, si se le otorga a un consumidor una facilidad de pago, la entidad bancaria debe atender el reclamo dentro del plazo legal. Por tanto, el Indecopi debe indicar que se configura una infracción al no responder de forma oportuna un reclamo, aunque posteriormente se expida una solución tardía.

Si el Indecopi no aplica una sanción al banco por realizar una atención tardía del reclamo, estaría incentivando una conducta inadecuada de las entidades bancarias, la cual implicaría el no respeto los plazos legales, teniendo como límite la interposición de una denuncia ante el Indecopi.

4. Al momento de evaluar la atención de requerimientos de información presentados ante una entidad bancaria, y determinar si ha existido una infracción en la normativa de protección al consumidor, el Indecopi debe incluir como parámetro de evaluación si el banco cumplió con brindar información completa, verdadera, actual, clara, objetiva y no excesiva con relación de los puntos informativos solicitados por el Consumidor.

De esta manera, se debe velar por evitar que las entidades bancarias brinden un exceso de información, pues dicho fenómeno, causado por la amplitud informativa, puede terminar confundiendo al cliente respecto de los elementos esenciales de la relación contractual (Leite, 2019, p.207).

8. Referencias bibliográficas

- Acosta, J., y Jiménez, F. (2015). Elementos de Derecho Europeo para la Caracterización de las Cláusulas Abusivas en la Contratación. *Dikaion*, 1(24), 12-135.
- Alcántara, O. (2020). Criterios orientadores de la incorporación de condiciones generales en los contratos financieros y la tutela del consumidor peruano. *Prolegómenos*, 23(45), 137-150. <https://doi.org/10.18359/prole.4285>
- Alcántara, O. (6 de diciembre del 2017). *Los controles de incorporación y de contenido frente a las cláusulas abusivas en el derecho de consumo peruano* [PDF] <https://hdl.handle.net/20.500.12724/6032>
- Andrade, J. (2018). *Teoría de los Títulos Valores*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.
- Amieva, J., y Urriza, B. (2020). *Crisis Bancarias: causas, costos, duración, efectos y opciones de política*. Santiago de Chile, Chile: Cepal.
- Aymerich, O. (2019). *El doble control de transparencia. La hipoteca multidivisa*. (Trabajo de fin de grado). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- Álvarez, W. (2017). Protección del consumidor financiero: reservando el carácter técnico en la interpretación legal de la autoridad de consumo. *Revista de Actualidad Mercantil* (5), 11-21.
- Blanco, C. (2014). La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores. *Opinión Jurídica*, 11(21). Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/532>
- Blanco, A. (2016). Necesidad de controlar de oficio las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. Visión comparada con el régimen español. *Revista de la Facultad de Derecho*, (41), 35-60.

- Blanco, J. (2017). *La Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de contratación: control jurisdiccional y especialidades procesales*. [Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid].
- Barturén, T. (2011). El control de las cláusulas abusivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. *IUS Revista de Investigación de Derecho*, 1, 49-63.
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho. Colección Esencial del Derecho. No. 35*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Combe, C. (2010). Algunos Apuntes sobre la Protección al Usuario de Servicios Financieros. *Derecho & Sociedad*, (34), 106-110. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13333>
- Cárdenas, C. (2021). Análisis de los Títulos Valores como Títulos Ejecutivos. *Pólemos*. Recuperado de: <https://polemos.pe/analisis-de-los-titulos-valores-como-titulos-ejecutivos/>
- Carranza, C. (2009). Sobre las Cláusulas Abusivas: A propósito de la Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor del Perú. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 27, pp. 411-441.
- Cantalapiedra, M. (2009). El proceso de refinanciación de la deuda bancaria. *Estrategia Financiera* (265), 78.
- Durand, J. (2019). Aproximación a una teoría de los derechos humanos del consumidor en el mercado global y su tratamiento en el derecho constitucional peruano. *Prolegómenos*, 22(44), 117-142. <https://doi.org/10.18359/prole.3960>
- Del Prado, E. (2011). El Pagaré: Marco Jurídico y Vigencia en las Relaciones entre actores de la economía cubana. *Derecho y Cambio Social*, (24), 1-35.

- Flores, P. (2018). La contratación de consumo y civil. Apuntes sobre el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación. *Lp: Pasión por el Derecho*. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/contratacion-consumo-civil-apuntes-contrato-adhesion-clausulas-generales-contratacion/>
- González, M. (2011). *Cláusulas Abusivas en la Contratación Bancaria* [Trabajo de Fin de Carrera, Universidad Abat Oliba CEU, Barcelona, España]
- Hernández, G., y Campos, S. (2020). Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno. *Revista de Derecho Privado*, (39),143-173. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417564980006>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2020). *Anuario de Estadísticas Institucionales correspondiente al año 2019*. Lima, Perú: Indecopi.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2019a). *Anuario de Estadísticas Institucionales correspondiente al año 2018*. Lima, Perú: Indecopi.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019b). *Lineamientos de Protección al Consumidor*. Lima, Perú: Indecopi.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Resolución No. 0504-2019/SPC-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Resolución No. 0276-2019/SCP-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Resolución No. No. 0087-2019/SPC-INDECOPI

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). Resolución No. 0283-2019/SPC- INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018). Resolución No. 0420-2018/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2018). Resolución No. 2165-2018/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). Resolución No. 2659-2017/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). Resolución No.1600-2017/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2017). Resolución No. 2025-2017/SPC-INDECOPI.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2016). Resolución No. 3618-2016/SPC-INDECOPI.

Leite, J. (2019). El exceso de información como abuso de derecho. En Damián, O. (Ed), *Tratado de Protección y Defensa al Consumidor* (pp. 203-249). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Lizarzaburu, E., Berggrun, L., y Quispe, J. (2012). Gestión de riesgos financieros. Experiencia en un banco latinoamericano. *Estudios Gerenciales*, 38(125), 96-103.

León, L. (2019). *Derecho Privado. Parte General. Negocios, actos y hechos jurídicos. Colección Lo Esencial del Derecho No. 45*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

- León, L. (2011). El Derecho al pago anticipado de créditos en la normativa sobre Protección al Consumidor: alcances conceptuales y criterios jurisprudenciales. *Círculo de Derecho Administrativo*, (2), 143-152.
- Múrtula, V. (2012). *La Protección Frente a las Cláusulas Abusivas en Préstamos y Créditos*. Madrid: REUS.
- Mendoza, J. (2019). Apuntes sobre el deber de atención de reclamos, el libro de reclamaciones y la solución directa de controversias: finalidad, normativa y jurisprudencia. En Damián, O. (Ed.), *Tratado de Protección y Defensa al Consumidor* (pp. 945-976). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Mendoza, C. (2016). El pago de interés en el sistema financiero y la afectación a la tutela jurídica de usuarios de créditos de consumo. *Revista Oficial Del Poder Judicial. Órgano De Investigación De La Corte Suprema De Justicia De La República Del Perú*, 8(10), 273-303. <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.239>
- Mínguez, R. (2015). El nuevo marco jurídico de los acuerdos de refinanciación. Efectos sobre la solvencia crediticio y sobre entidades parabancarias [PDF]. En Rojo, A. y Campuzano, A. (Coords.) *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Beltrán. Liber Amicorum*. Recuperado de https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1455638203es.pdf
- Martínez, P. (2013). El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, (5), 64-95.
- Maraví, A. (2013). Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú. *Equipo de Derecho Mercantil*, (2), 31-41.
- Nájar, E. (2018). *Las cláusulas abusivas en la contratación masiva y protección y defensa de los consumidores: una visión a la Resolución No. 243-2018/SPC* [Trabajo Académico. Pontificia de Universidad de Católica del Perú, Perú].

- Nizo, K. (2019). El contrato por adhesión y las cláusulas abusivas, un acercamiento a su evolución normativa [Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia].
- Peña, L. (2016). *De los Títulos Valores*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Plata, E., y Castro, M.A. (2012). Contratos de Condiciones Generales: Consumidor y Cláusulas de Permanencia. *IUSTITIA*, (10), 219-248.
- Platero, A., y González, M.J. (2017). Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas clausulas suelo. *Lex*, (20), 184-208.
- Posada, C. (2015). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (29), 141-182.
- Reyes, M.J. (2019). La proyección del principio de reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios. En Damián, O. (Ed.), *Tratado de Protección y Defensa al Consumidor* (pp. 151-199). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Rodríguez, G. (2015). El equilibrista desorientado: la dinámica evolutiva de las cláusulas contractuales en contratos predispuestos y el mito de la baja calidad de los contratos de consumo. *Derecho PUCP*, (74), 249-267.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201501.011>
- Roa, M. y Herrera, J. (2017). El derecho al pago anticipado de los consumidores y los créditos hipotecarios otorgados con subsidio del Estado. *Ius et Praxis*, (48-49), 89-115.
- Rincón, G. (2019). Cláusulas Abusivas en Contratación Bancaria: Doble Control de Transparencia en España y la Unión Europea. *Novum Jus*, 12 (2), 105- 128.
- Ramírez, Z. (2020, marzo). Reprogramación de deuda o refinanciación ¿cuál es más ventajosa? *Gestión*. Recuperado de: <https://gestion.pe/tu-dinero/finanzas->

personales/reprogramacion-de-deudas-o-refinanciacion-cual-es-mas-ventajosa-noticia/?ref=gesr

Saavedra, R. (2019). El fenómeno moderno de la contratación masiva: bases para los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación. *IUS 360*. Recuperado de: <https://ius360.com/el-fenomeno-moderno-de-la-contratacion-masiva-bases-para-los-contratos-por-adhesion-y-las-clausulas-generales-de-contratacion/>

Saavedra, R. (2013). Una visión comparada de la definición del contrato: notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental. *IUS ET VERITAS*, 23(46), 186-203. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11967>

Sánchez, W. (2020). *Análisis de la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI: Derecho a la libertad de empresa en el modelo de negocio de los cines frente al derecho a elegir de los consumidores*. [Tesis para optar el Grado de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Regulación del Mercado. Universidad de Piura, Perú].

Sánchez-Ventura, I. (2018). Dos modelos de control administrativo en las cláusulas abusivas: España y Reino Unido. *Revista de Derecho Civil*, (2), 243- 272.

Tarazona, A. (2012). *Los Sistemas de Refinanciación de la Deuda aplicados por una entidad bancaria en valencia. Estudio de casos*. Recuperado de <https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/27210/TFC%20ANA%20TARAZO%20SERRADOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Vega, Y. (2012). Cláusulas Generales de Contratación, Consumidor y Razonabilidad: Desplazando el eje del análisis (A propósito de la normativa sobre la contratación estandarizada dentro y fuera del Código Civil). En Gómez, M. (Ed). *Veinticinco años del Código Civil peruano* (pp. 125-162). Lima, Perú: Palestra Editores.

Vodanovic, L. (2013). La dinámica entre la regulación prudencial del sistema financiero y la protección al consumidor. En Escobar, F., y Oneill, C. (Eds.). *Ensayos de*

Derecho Contractual Financiero (pp. 149-170). Lima, Perú: Universidad del Pacífico.

Yulfo, R. (2013). Tutela del Consumidor contra las Cláusulas Abusivas. *Revista oficial del Poder Judicial*, 6(2 y 3), 245-298.



Anexo No. 1

Cláusulas relevantes del Contrato de Refinanciación

i. Cláusula Quinta- Intereses, Comisiones y Gastos

EL CLIENTE acepta que el crédito concedido devengará intereses compensatorios y moratorios a las tasas que figuran en el Anexo No. 1 que debidamente suscrito por las partes, forma parte integrante del presente contrato.

Las tasas de interés, comisiones y gastos podrán ser modificadas por el BANCO si la situación crediticia o de riesgo del CLIENTE así lo amerite y/o aquellos casos en que se produzca cualquier evento o circunstancia que cambie o pudiera cambiar de manera adversa las condiciones del mercado financiero y/o de capitales, así como las condiciones financieras, económicas, legales, cambiarias, bancarias locales y/o internaciones y/o la situación política y/o económica de la República del Perú, disposiciones legales que afecten los costos, condiciones o características del producto materia del contrato, incremento de los costos generados por servicios prestados por terceros y que son trasladados al CLIENTE, debiendo para ello comunicar al CLIENTE con quince (15) días de anticipación bajo los medios de comunicación que el BANCO tenga a su disposición, dándose preferencia a mensajes a través de los estados de cuenta respectivos, y/o la publicación en cualquiera de sus oficinas de el BANCO y/o a través de su página web, a elección del BANCO. El CLIENTE declara y acepta que dicho mecanismo de información es suficiente y adecuado para tomar conocimiento, entre otros, de las modificaciones en las tasas de interés, comisiones y gastos.

La constitución en mora será automática. En caso de mora se devengarán automáticamente intereses moratorios a la tasa establecida en el Anexo No. 1 del presente contrato.

Asimismo, el BANCO podrá incorporar nuevas comisiones y/o gastos bastando para ello dar aviso previo de 30 días, siempre que comunique al CLIENTE en la forma establecida en la presente cláusula.

ii. Cláusula Sexta- Pagos Anticipados

El CLIENTE tiene derecho a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día de pago.

Los pagos anticipados disminuirán el monto de las cuotas o el plazo de pago, a elección de el CLIENTE.

El CLIENTE podrá efectuar pagos anticipados totales o parciales, siempre que se encuentre al día en sus obligaciones.

Cláusula Tercera del Pagaré

Las tasas de intereses compensatorios, moratorios, así como las comisiones y gastos que me(nos) obliga(amos) a pagar según el párrafo precedente, figuran en el tarifario del Banco Continental que declaro(amos) conocer y aceptar, el mismo que se encuentra a mi (nuestra) disposición en sus oficinas y puede ser modificado unilateralmente por el Banco Continental, siendo suficiente mecanismo de comunicación la publicación del tarifario en las oficinas del Banco Continental.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR –
SEDE LIMA SUR N° 2
PROCEDIMIENTO : DE PARTE
DENUNCIANTE : NELSON VÍCTOR CASTILLO FLORES
DENUNCIADO : BBVA BANCO CONTINENTAL S.A.
MATERIAS : SERVICIOS BANCARIOS
DEBER DE INFORMACIÓN
ATENCIÓN DE RECLAMOS
CLÁUSULAS ABUSIVAS
ACTIVIDAD : OTROS TIPOS DE INTERMEDIACIÓN MONETARIA

SUMILLA: *Se confirma la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que declaró fundada la denuncia contra BBVA Banco Continental S.A. toda vez que no cumplió con atender el requerimiento de información del denunciante.*

Asimismo, se revoca la resolución recurrida en los extremos que declaró fundada la denuncia contra BBVA Banco Continental S.A.; y, reformándola, se declara infundada la misma, en la medida que: (i) cumplió con atender el reclamo del consumidor del 27 de octubre de 2011; y, (ii) se verificó que la cláusula tercera del pagaré suscrito por el denunciante no resultaba abusiva.

SANCIÓN:

1 UIT – Por no atender el requerimiento de información del denunciante

Lima, 29 de setiembre de 2014

ANTECEDENTES

1. El 7 de junio de 2012, el señor Nelson Víctor Castillo Flores (en adelante, el señor Castillo) denunció a BBVA Banco Continental S.A.¹ (en adelante, el Banco) por infracción de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en atención a los siguientes hechos:
 - (i) El 27 de octubre de 2011 interpuso un reclamo contra el Banco, vía telefónica, debido a un problema que se originó con el pago de sus cuotas de un crédito adquirido, siendo dicho reclamo objeto de reiteración en distintas oportunidades;

¹ RUC: 20100130204; Domicilio: Avenida República de Panamá 3055, Urb. El Palomar, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima.

- (ii) el 21 de diciembre de 2011 remitió una carta al denunciado solicitando diversa información y documentación relacionada al crédito previamente mencionado, además de solicitar nuevamente la atención a su reclamo; sin embargo, dicha misiva no había sido atendida hasta la fecha; y,
 - (iii) el 23 de mayo de 2012, refinanció la deuda que mantenía con el Banco; sin embargo, en los documentos suscritos –contrato y pagaré– el denunciado consignó diversas cláusulas abusivas.
2. En sus descargos, el Banco manifestó lo siguiente:
- (i) Mediante carta del 23 de diciembre de 2011 cumplió con atender íntegramente el requerimiento de información del consumidor. Agregó que si bien a la fecha no había sido posible encontrar el cargo de notificación de la comunicación emitida, debía considerarse que fue en razón de la recepción de tal documento que el consumidor solicitó y accedió a la refinanciación de su deuda;
 - (ii) a través del correo electrónico del 28 de diciembre de 2011 cumplió con atender el reclamo interpuesto por el consumidor, informándole sobre la regularización correspondiente en el pago de sus cuotas; y,
 - (iii) el consumidor no había acreditado que su entidad utilizó cláusulas abusivas en su contra; y,
 - (iv) conforme a la normativa sectorial pertinente su entidad se encontraba facultada a fijar y modificar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos siempre que sean comunicadas al cliente oportunamente; sin embargo, ello no sucedió en el presente caso, pues no hubo variación alguna.
3. Mediante Resolución del 11-2013/CPC del 3 de enero de 2013, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró fundada la denuncia contra el Banco por infracción de los artículos 1º.1 literal b) y 2º.1 del Código, en tanto no cumplió con atender la misiva del 21 de diciembre de 2011 remitida por el consumidor, sancionándolo con una multa de 1 UIT;
 - (ii) declaró fundada la denuncia contra el Banco por infracción del artículo 24º del Código, debido a que no atendió el reclamo del denunciante, sancionándolo con una multa de 1 UIT;
 - (iii) declaró fundada la denuncia contra el Banco por infracción del artículo 51º del Código, toda vez que en el pagaré suscrito por el denunciante se consignó una cláusula abusiva, sancionándolo con una multa de 1 UIT;

- (iv) ordenó al Banco, en calidad de medidas correctivas, que cumpla con: (a) entregar al denunciante la información y documentación requerida mediante misiva del 21 de diciembre de 2011; (b) dar respuesta formal al reclamo interpuesto por el denunciante; y, (c) abstenerse de aplicar en contra del señor Castillo la cláusula abusiva contenida en el pagaré suscrito por este; y,
 - (v) condenó al Banco al pago de las costas y costos del procedimiento.
4. El 21 de enero de 2013, el Banco apeló la Resolución 11-2013/CPC reiterando sus argumentos de defensa. Adicionalmente, señaló que la Comisión no había valorado adecuadamente los medios probatorios que obraban en el expediente, los cuales acreditaban que cumplió con atender tanto el requerimiento de información como el reclamo del denunciante. Finalmente, agregó que conforme a la normativa sectorial pertinente, su entidad estaba facultada a difundir las modificaciones de los intereses, comisiones y gastos en sus oficinas, de allí que la cláusula contenida en el pagaré suscrito por el denunciante no era abusiva.
5. Mediante Requerimiento 43-2014/SPC-INDECOPI del 31 de marzo de 2014, la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) solicitó al Banco que cumpla con precisar si la Tercera Cláusula contenida en el pagaré suscrito por el denunciante, referida sobre los mecanismos de comunicación sobre las modificaciones de las tasas de interés aplicadas a los productos financieros contratados, había sido aprobada administrativamente por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS). En atención a ello, el 7 de abril de 2014, el Banco precisó que la referida cláusula no fue aprobada por la entidad antes mencionada.

ANÁLISIS

Sobre el deber de información

6. El derecho de los consumidores al acceso a la información, reconocido en los artículos 1º literal b)² y 2º.1 del Código³, involucra el deber de los proveedores

² **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1º.- Derecho de los Consumidores:**

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:
(...)
b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. (...).

³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2º.- Información relevante.**

de proporcionar toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que oferten, a efectos de que los consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo, así como para efectuar un uso o consumo correcto de los bienes y servicios que hayan adquirido.

7. La información genera certidumbre y facilita el comportamiento del consumidor permitiéndole conocer sus derechos y obligaciones; y, prever posibles contingencias y planear determinadas conductas⁴. Sin embargo, ello no significa que los proveedores estén obligados a brindar todo tipo de información a los consumidores bajo el derecho a la información señalado, en tanto ninguna ley ampara el abuso de derecho⁵ dado que existen supuestos en los que la información se encuentra en posesión del propio consumidor o este se encuentra en mejor posición de poseerla, por ejemplo, a través de documentos entregados por el proveedor al momento de entablar la relación de consumo; o, cuando la información requerida es ajena al producto adquirido o a los servicios ofrecidos o contratados, tal como, información propia de la organización de la empresa; situaciones en las que el proveedor podría eximirse de su obligación de brindar la información solicitada, sin que ello implique su exoneración de brindar una respuesta formal.
8. En el presente caso, el señor Castillo denunció que el Banco no atendió su requerimiento de información del 21 de diciembre de 2011⁶.
9. Por su parte, a lo largo del presente procedimiento, la entidad financiera ha señalado que mediante carta del 23 de diciembre de 2011 cumplió con atender íntegramente la misiva remitida por el consumidor, precisando que si bien a la fecha no había sido posible encontrar el cargo de notificación de la comunicación emitida, debía considerarse que fue en razón de la recepción de tal documento que el consumidor pudo acceder a la refinanciación de su deuda.
10. La Comisión declaró fundada la denuncia, en tanto consideró que pese a lo alegado por el Banco, no obraba medio probatorio alguno que acredite que,

2.1. El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

⁴ Weingarten, Celia. Derecho del Consumidor, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 130.

⁵ Para mayores referencias sobre el criterio de la Sala en materia de atención de requerimientos de información, ver Resoluciones 2377-2011/SC2-INDECOPI del 12 de setiembre de 2011 y 3224-2011/SC2-INDECOPI del 28 de noviembre de 2011.

⁶ En las fojas 16 y 17 del expediente.

efectivamente, hubiera puesto a disposición del consumidor la información requerida.

11. En su recurso de apelación, el Banco manifestó que el hecho de que el señor Castillo suscribiera un contrato de refinanciamiento denotaba que se le había proporcionado a este toda la información relativa al crédito adquirido inicialmente.
12. Al respecto, este Colegiado comparte el criterio de la Comisión, en tanto que de la revisión del expediente no se advierte documento alguno que acredite que el Banco cumplió con atender el requerimiento de información del consumidor, tal como un cargo de recepción.
13. Así, si bien el Banco aseveró que cumplió con brindar al consumidor la información solicitada al momento en que suscribió el contrato de refinanciamiento, lo cierto es que de la lectura del referido documento contractual, esta Sala no advierte estipulación alguna de la cual se desprenda que el denunciado puso a conocimiento del consumidor toda la información requerida por este a través de su requerimiento de información del 21 de diciembre de 2011, ni existe consignación alguna que precise que mediante carta del 23 de diciembre de 2011 se brindó atención a la misiva del consumidor.
14. Consecuentemente, corresponde confirmar la Resolución 11-2013/CPC que declaró fundada la denuncia en este extremo, toda vez que el Banco no cumplió con atender el requerimiento de información del denunciante.

Sobre la atención de los reclamos

15. El artículo 24^o del Código establece la obligación de atender los reclamos por parte de los proveedores, estableciendo que se encuentran obligados a atenderlos y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario⁷.

⁷ **LEY 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 24^o. Servicio de atención de reclamos.**

- 24.1 Sin perjuicio del derecho de los consumidores de iniciar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes, los proveedores están obligados a atender los reclamos presentados por sus consumidores y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Dicho plazo puede ser extendido por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que es puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial.
- 24.2 En caso de que el proveedor cuente con una línea de atención de reclamos o con algún medio electrónico u otros similares para dicha finalidad, debe asegurarse que la atención sea oportuna y que no se convierta en un obstáculo al reclamo ante la empresa.
- 24.3 No puede condicionarse la atención de reclamos de consumidores o usuarios al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo o del monto que hubiera motivado ello, o de cualquier otro pago.

16. Empero, para determinar los alcances de esta obligación es necesario remitirnos a la legislación del sistema financiero, siendo que para los casos de atención de reclamos la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS) ha emitido la Circular SBS G-146-2009 que regula, entre otros, el procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de reclamos.
17. En el presente extremo, el señor Castillo denunció que el Banco no atendió su reclamo del 27 de octubre de 2011 interpuesto vía telefónica, el mismo que fue reiterado en distintas oportunidades.
18. Por su parte, la entidad financiera indicó que mediante comunicación electrónica del 28 de diciembre de 2011 cumplió con atender el reclamo interpuesto por el consumidor, informándole sobre el extorno de S/. 185,37.
19. La Comisión declaró fundada la denuncia, toda vez que el señor Castillo no solicitó que la respuesta a su reclamo sea remitida a su correo electrónico, siendo que además la comunicación referida por el Banco no generaba la convicción de haber sido recibida por el consumidor.
20. A través de su recurso impugnatorio, el Banco señaló que conforme a los medios probatorios aportados al presente procedimiento se verificaba que el señor Castillo sí pactó con su entidad el envío de una respuesta a su reclamo mediante comunicación electrónica.
21. Obran en el expediente, en calidad de medios probatorios, los siguientes documentos:
 - (i) *print* de pantalla aportado del sistema de gestión de reclamos implementado por el Banco⁸; y,
 - (ii) print de pantalla de la comunicación remitida al correo electrónico del señor Castillo⁹; y,
 - (iii) copia de la carta de respuesta de fecha 20 de diciembre de 2011 dirigida al consumidor¹⁰.
22. Considerando que el señor Castillo no ha formulado cuestionamiento alguno a los medios probatorios previamente descritos -pese a que se puso a su

⁸ En la foja 74 del expediente.

⁹ En la foja 75 del expediente.

¹⁰ En las fojas 75 a 77 del expediente.

conocimiento los mismos- esta Sala estima que los referidos documentos tienen plena validez para acreditar los hechos materia de denuncia.

23. Así, del análisis de los referidos medios probatorios, este Colegiado considera que ha quedado acreditado que el 27 de octubre de 2011 el Banco registró un reclamo por parte del señor Castillo en sus sistemas, pactándose en tal oportunidad, que la respuesta al mismo sería al correo electrónico del denunciante; siendo que, posteriormente, el 28 de diciembre de 2012 el Banco remitió un correo electrónico al consumidor, en la cual adjuntaba la respuesta al reclamo interpuesto.
24. En ese sentido, de los medios probatorios citados, se evidencia que la entidad financiera cumplió con dar una respuesta al reclamo interpuesto por el consumidor el 27 de octubre de 2011, por lo que corresponde revocar la Resolución 11-2013/CPC, que declaró fundada la denuncia; y, reformándola, declarar infundada la misma, en la medida que quedó acreditado que el Banco respondió el reclamo del señor Castillo. En consecuencia, se deja sin efecto, la multa y la medida correctiva impuestas al denunciado en el presente extremo.

Sobre las cláusulas abusivas

25. El artículo 49° del Código señala que en los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad. Para su evaluación, se tiene en cuenta la naturaleza del producto o servicio objeto del contrato, así como las circunstancias que concurrieron al momento de su celebración, la información brindada al consumidor, así como el resto de cláusulas estipuladas en el contrato¹¹.

¹¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49°.- Definición de cláusulas abusivas**

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

49.3 El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluye la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El proveedor que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asume la carga de la prueba.

26. Por su parte, en los artículos 50° y 51° del Código se han consignado ciertos supuestos de cláusulas abusivas tanto de ineficacia absoluta como relativa. Finalmente, el artículo 52° del referido cuerpo normativo faculta a la Autoridad Administrativa a ordenar la inaplicación de determinada cláusula que incurra en los supuestos regulados¹².
27. Este Colegiado considera que la finalidad de que el ordenamiento tipifique cláusulas abusivas en tal esquema de contratación, responde a que en estos casos los consumidores solo tienen la libertad de contratar, esto es, la capacidad de elegir con qué proveedor contratan, mas no la libertad

¹²

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 50°.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta. Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Artículo 51°.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa. De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.
- f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

Artículo 52°.- Inaplicación de las cláusulas abusivas

- 52.1 Las cláusulas abusivas ineficaces a que se refiere el presente Código son inaplicadas por la autoridad administrativa. (...)

contractual, es decir, la potestad de negociar el contenido de determinada cláusula¹³.

(a) Sobre la determinación del carácter abusivo de una cláusula

28. Al respecto, cabe traer a colación los criterios para el análisis de cláusulas abusivas adoptados por la legislación y doctrina comparadas. En tal sentido, es importante destacar que existen cláusulas contractuales que *per se* son consideradas inválidas o ineficaces por la ley. En tales supuestos, la determinación del carácter abusivo de la cláusula dependerá de la circunstancia de que corresponda a alguno de los tipos de cláusulas enumeradas por la ley correspondiente.
29. En tal sentido, Roppo ha sostenido que el carácter abusivo no concierne a la determinación del objeto del contrato, en otras palabras, la naturaleza y las características del bien o servicio contratado quedan sujetas a la plena autonomía privada de las partes “soberana a los límites del capricho y no sujeta a valoraciones y tutelas externas”. El citado autor ha resaltado que la economía del contrato –en su aspecto crucial representado por el precio– es reserva de la autonomía privada, en la cual la ley y el juez no pueden intervenir¹⁴.
30. Sobre el particular, Alpa considera que para determinar si nos encontramos ante una cláusula abusiva debe constatarse un desequilibrio que presente dos (2) características: que sea *significativo* y que se refiera a derechos y obligaciones de las partes, es decir, que tenga *naturaleza jurídica*, no económica, siendo que el juez no puede valorar la adecuación económica de la contraprestación o del precio. Así, para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario que:

¹³ En tal sentido, la doctrina nacional concuerda en el fundamento de la regulación de las cláusulas abusivas. A modo de ejemplo, puede citarse a De La Puente y Lavalle quien señala en referencia a las cláusulas abusivas enumeradas en el artículo 1398 del Código Civil, que: “no cabe duda de que la declaración de invalidez de estas estipulaciones, obedece a un propósito de evitar abusos por parte de los prerredactantes, protegiéndose así a la parte débil en la negociación contractual (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel “Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor”, Themis – Revista de Derecho, Segunda Época, 1995, N° 31, págs. 19 y 20). Por su parte, Espinoza Espinoza indica: “Si bien es cierto los contratos standard son un instrumento tan útil que es imposible eliminarlos, siendo ingenuo pensar que con su eliminación se ofrece una tutela al consumidor, no debemos perder de vista que un adecuado sistema de control de este tipo de contratos podría evitar situaciones que afecten los derechos de los consumidores, así como de otros agentes económicos, en aras de restablecer el equilibrio de la relación contractual con aquellos que disponen los contratos de adhesión o las cláusulas generales de contratación (...) Es, dentro de este marco conceptual que debemos enfocar a las cláusulas vejatorias”. (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”, en *Derecho de los consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006, pág. 150).

¹⁴ ROPPO, Vincenzo, *El contrato* (traducción a cura de Nelvar Carreteros Torres y Eugenia Ariano Deho), Gaceta Jurídica, 2001., págs. 836 – 837.

- (i) La cláusula ocasione una desventaja al consumidor;
 - (ii) la cláusula este inserta en un contrato que, interpretado en conjunto, no justifique la desventaja impuesta al consumidor; y,
 - (iii) la cláusula ocasione una desventaja que sea significativa, en el sentido que desequilibre la relación entre la posición del proveedor y la posición del consumidor¹⁵.
31. Asimismo, es importante subrayar que la determinación del carácter abusivo de una cláusula no está reservada a la completa discrecionalidad de la autoridad pertinente, sino que, como se ha podido apreciar, responde a facultades y supuestos legalmente contemplados y a un esquema de análisis debidamente sustentado.
32. En lo que respecta a la legitimidad del consumidor para interponer denuncias de parte en materia de cláusulas abusivas, en la contratación con proveedores financieros, esta Sala considera que deberá diferenciarse entre dos (2) supuestos claramente identificables. Un primer supuesto se configurará cuando el consumidor alegue el carácter abusivo de una cláusula aprobada administrativamente; y, un segundo escenario cuando esta cláusula no se encuentra aprobada administrativamente.
33. Dentro del primer escenario, el artículo 54º.2 del Código establece que en el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, la SBS), la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponderá a dicha entidad, conforme a la ley de la materia¹⁶. Asimismo, el artículo 54º.3 destaca que el usuario directamente afectado, respecto a la aplicación

¹⁵ ALPA, Guido, Derecho del consumidor (traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza), Gaceta Jurídica, Lima, 2004, págs. 225 – 226. Cabe recordar que la Directiva 93/13/CEE establece determinados criterios para evaluar cláusulas abusivas (“*todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*”) siendo que en este contexto, esto es, desarrollando la disciplina instaurada por la referida norma comunitaria, Alpa traza el esquema de análisis expuesto líneas arriba. En este punto, la Sala considera pertinente destacar como estos criterios no se hallan referidos a circunstancias externas al contrato de adhesión donde se halla contenida la cláusula cuyo carácter abusivo se examina, como la oferta de otros proveedores, sino a circunstancias concretas de la celebración de dicho contrato en particular, su contenido y la interpretación conjunta de sus cláusulas.

¹⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 54º.- Aprobación de cláusulas generales de contratación.** (...) 54.2 En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

concreta de la referida cláusula puede recurrir ante la autoridad administrativa competente para que emita un pronunciamiento en el caso concreto¹⁷.

34. Tal como se desprende de las normas en comentario, el cuestionamiento a una estipulación contractual que hubiese sido aprobada administrativamente por la SBS sólo resultará procedente en tanto dicha cláusula hubiese sido efectivamente opuesta y aplicada al usuario, conforme lo requiere la norma. Ello se debe a que de manera previa el ente regulador ya ha efectuado un control a efectos de lograr un equilibrio contractual entre las empresas supervisadas y los usuarios¹⁸.
35. Debe tomarse en cuenta que en tales casos, la tutela a los intereses difusos o colectivos de los consumidores están garantizados por la labor supervisora de la SBS, mediante la aprobación de cláusulas generales de contratación, siendo que la decisión del ente regulador sólo podrá ser cuestionada en la vía judicial, conforme a lo establecido en el Código.
36. En ese sentido, para formular una denuncia en sede administrativa ante la autoridad de consumo, cuestionando la abusividad de una cláusula general de contratación aprobada administrativamente, será necesario que exista un agravio a un interés legítimo como presupuesto procesal -conforme requiere la norma-; esto es, una afectación concreta al consumidor en particular, que es el sujeto procesal a quien la conducta cuestionada le ha producido efectos desfavorables y en quien radica el interés, personal y directo, para denunciar tal acto.
37. Sin embargo, el requisito procesal previamente mencionado -afectación concreta en los casos de cláusulas aprobadas administrativamente- no resultará de aplicación para las demás estipulaciones que hayan quedado a la discrecionalidad del proveedor financiero, es decir, respecto de aquellas cláusulas no aprobadas administrativamente.

¹⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 54°.- Aprobación de cláusulas generales de contratación.** (...) 54.3 La aprobación general de la cláusula general de contratación solo puede ser cuestionada en la vía judicial. El consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación concreta de la referida cláusula puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial competente para que emita pronunciamiento en el caso en concreto. (Subrayado agregado)

¹⁸ **LEY 28587. LEY COMPLEMENTARIA A LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN MATERIA DE SERVICIOS FINANCIEROS. Artículo 4°.- Cláusulas generales de contratación.** La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones identificará en el universo de los contratos que las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley celebran con los usuarios, aquellas estipulaciones que deban ser necesariamente sometidas a aprobación administrativa previa y obligatoria. La aprobación administrativa tendrá por finalidad establecer el equilibrio contractual necesario entre las empresas y los usuarios, garantizar la operatividad del servicio financiero y el respeto de los derechos de los usuarios. (Subrayado agregado)

38. Así, en tal supuesto, la procedencia de una denuncia en materia de cláusulas abusivas no estará supeditada a que se hubiera aplicado dicha estipulación en perjuicio de determinado consumidor, por lo que la autoridad administrativa en materia de consumo podrá avocarse al análisis en abstracto del presunto carácter abusivo de una determinada cláusula en su contenido, tanto en tutela de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, como ante una real o potencial afectación a un consumidor determinado.
39. Por los fundamentos expuestos, esta Sala considera necesario realizar un cambio de criterio, a fin de establecer que en el caso de las cláusulas no aprobadas administrativamente, la autoridad administrativa podrá avocarse al análisis de una presunta afectación potencial a los derechos de los consumidores; no obstante, cuando se trate de estipulaciones que hubieren sido aprobadas administrativamente por la SBS, se requerirá la verificación de una afectación concreta a un determinado consumidor¹⁹.
40. Considerando los preceptos antes expuestos, en el marco del presente procedimiento, esta Sala requirió al Banco que precise si la cláusula materia de denuncia por parte del consumidor, referida sobre los mecanismos de comunicación sobre las modificaciones de las tasas de interés aplicadas a los productos financieros contratados, había sido aprobada administrativamente por la SBS, siendo que en atención a ello, la entidad financiera en mención manifestó que la cláusula cuestionada no había sido aprobada por tal ente.
41. En consecuencia y en virtud de los fundamentos previamente desarrollados, este Colegiado procederá a analizar si la inclusión de la cláusula materia de denuncia resulta ser una estipulación vejatoria que conlleve a una afectación potencial a los derechos del consumidor.

(b) Sobre el presente caso

42. En el presente caso, el señor Castillo señaló que el 23 de mayo de 2012, suscribió un contrato de refinanciación a efectos de cancelar su crédito previamente adquirido. Sin embargo, en los documentos contractuales suscritos, el denunciado habría consignado diversas cláusulas abusivas.
43. La Comisión declaró fundada la denuncia en tanto consideró que en el pagaré suscrito por el denunciante se consignó una cláusula abusiva, la cual facultaba al Banco a modificar las tasas de interés, comisiones y gastos aplicables al

¹⁹ Cabe señalar que la lógica del criterio a cambiar por parte de este Colegiado está contenido en la Resolución 2621-2010/SC2-INDECOPI del 18 de noviembre de 2010.

producto financiero adquirido por el denunciante, siendo suficiente mecanismo de comunicación la publicación de tales modificaciones en el tarifario de sus oficinas.

44. En su pronunciamiento, la primera instancia consideró que la cláusula en análisis generaba un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor, trasladándose sobre este la carga de realizar un seguimiento de las modificaciones contractuales que pudiese realizar el Banco, siendo que este último, además, buscaba liberarse de su responsabilidad de informar adecuadamente a sus clientes sobre las referidas modificaciones, sus consecuencias y opciones ante tales supuestos.
45. En su recurso de apelación, el Banco manifestó que conforme a la normativa sectorial pertinente, vigente a la fecha de la suscripción del pagaré materia de análisis, su entidad estaba facultada a difundir las modificaciones de los intereses, comisiones y gastos en sus oficinas; de allí que la cláusula contenida en el pagaré suscrito por el denunciante no resultaba abusiva.
46. Así, el Banco señaló que debía tenerse en consideración lo establecido en el artículo 8° de la Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros (norma vigente a la fecha en que se suscribió el pagaré que contiene la cláusula materia de denuncia), conforme se transcribe:

“(…)Artículo 8°.- Difusión de las tasas de interés, comisiones y gastos.

Las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley están obligadas a difundir constantemente las tasas de interés, comisiones y gastos que cobren a los usuarios en las operaciones financieras que ofrezcan en el mercado. La difusión deberá garantizar el acceso de los usuarios a dicha información pudiendo emplearse para ello diversos medios, sean éstos a través de comunicaciones directas, avisos a través de comunicados en televisión, radio y periódicos, en sus locales y páginas web. (...) (Subrayado agregado)

47. En esa misma línea, el denunciado arguyó que conforme al artículo 10° de la Resolución SBS 1675-2005, Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones aplicables a la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (norma vigente a la fecha en que se suscribió el pagaré que contiene la cláusula materia de denuncia) la difusión de las tasas de interés, incluyéndose sus modificatorias, debía ser efectuadas al interior de sus oficinas, conforme se advertía:

“(…) Artículo 10°.- Medios para la difusión de las tasas de interés, comisiones, gastos, productos y servicios.

Para dar cumplimiento a la obligación de difusión constante de tasas de interés, comisiones y gastos comprendida en el artículo 8° de la Ley N° 28587, las empresas

deberán difundir la información sobre dichos conceptos al interior de sus oficinas de atención al público y en su página web. En las oficinas de atención al público, en que pueda solicitarse los productos o servicios que brinde la empresa, se debe mantener a disposición de los interesados un listado o tarifario que contenga las tasas de interés conforme a lo previsto en el artículo 4° del Reglamento, comisiones y gastos que aplica la empresa por dichos productos y servicios, el mismo que deberá estar en un lugar visible de la oficina, en una vitrina, atril u otro similar. En caso de modificación de dichos conceptos, deberá incorporarse la fecha de actualización en los documentos que exhibe la empresa, tanto en sus oficinas de atención al público y su página Web. (...) (Subrayado agregado)

48. En atención a los argumentos reseñados, el Banco reiteró que las publicaciones realizadas al interior de su entidad eran considerados -por la normativa sectorial pertinente vigente a dicha fecha- como mecanismos de difusión idóneos para dar a conocer a los usuarios las tasas de interés aplicadas, comisiones y demás gastos, así como las modificatorias a dichos conceptos.
49. En principio debe indicarse que la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, establece lo siguiente:

***“(...) Artículo 9°.- Libertad para fijar intereses, comisiones y tarifas. (...)**
Las tasas de interés, comisiones, y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público, de acuerdo con las normas que establezca la Superintendencia. (...)*

50. Así, los artículos 5° y 6° de la Ley 28587, publicada el 21 de agosto de 2005 y cuyos preceptos legales se encontraban vigentes al 23 de mayo de 2012 (fecha en la que el consumidor suscribió el pagaré que contiene la cláusula materia de análisis), estipulaban lo siguiente²⁰:

***“(...) Artículo 5°.- Modificación de estipulaciones contractuales**
Los contratos que celebren las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley y los usuarios podrán sufrir en el transcurso del tiempo modificaciones en sus términos y condiciones con arreglo a los mecanismos previstos en los respectivos contratos.
(...)*

²⁰ Debe destacarse que los artículos en comentario fueron modificados mediante Ley 29888, Ley que modifica el Código de Protección y Defensa del Consumidor y la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, publicada el 24 de junio de 2012. Siendo que, la Primera Disposición Complementaria de dicha norma dispuso que la SBS contaba con 90 días para emitir las normas de carácter regulatorio de los artículos 5° y 6° de la Ley 28587, artículos que versan sobre las modificaciones contractuales y los mecanismos de comunicaciones aplicables.

Es importante precisar que los parámetros a los que se refiere la Ley 29888 fueron desarrollados mediante Resolución SBS 8181-2012, Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, la misma que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2013.

La modificación de las tasas de interés, comisiones o gastos en las operaciones de crédito se sujetarán a lo dispuesto en el artículo siguiente.

La comunicación de la existencia de una modificación en las condiciones contractuales debe asegurar que el usuario tome conocimiento de la misma de manera fehaciente.

Las empresas deberán emplear para tal efecto la forma de comunicación prevista en los contratos, pudiendo consistir ésta en avisos escritos al domicilio de los clientes, o comunicados en televisión, radio y periódicos, mensajes por medios electrónicos o avisos en sus locales y páginas web. En las comunicaciones se señalará la fecha en que la modificación entrará a regir.

Artículo 6°.- Cobro de intereses, comisiones y gastos (...)

En los contratos de crédito y depósitos a plazo, en los que se prevea la posibilidad de variar las tasas de interés, comisiones y gastos, las modificaciones a estos conceptos entrarán en vigencia a los quince (15) días de comunicadas al usuario mediante cualesquiera de las formas previstas en el último párrafo del artículo anterior, salvo que estas variaciones sean favorables al usuario, en cuyo caso podrán hacerse efectivas de inmediato y sin necesidad de aviso previo. (...)

51. En desarrollo de la normativa previamente señalada, la Resolución SBS 1675-2005, publicada el 2 de diciembre de 2005 y vigente al 23 de mayo de 2012, fecha en la que el consumidor suscribió el pagaré que contiene la cláusula materia de análisis, precisaba lo siguiente:

Artículo 25°.- Medios de comunicación a ser utilizados

Los medios de comunicación que sean utilizados por la empresa deberán permitir que el cliente esté en capacidad de tomar conocimiento adecuado y oportuno de las modificaciones a ser efectuadas. La empresa deberá pactar con el cliente los medios de comunicación más idóneos para efectos de cumplir con la disposición de comunicación previa, según lo establecido en los artículos 5° y 6° de la Ley N° 28587. Para tal fin, la empresa deberá identificar los medios de comunicación que se podrán utilizar en función a la naturaleza de la operación. (...) (Subrayado agregado)

52. Finalmente, debe precisarse que los artículos 20°, 21° y 22° de la Resolución SBS 1675-2005 establecían que las modificaciones unilaterales referidas a tasas de interés, comisiones, gastos y otras estipulaciones contractuales sólo procederán en la medida que hayan sido previamente acordadas por las partes, debiendo tales modificaciones ser comunicadas previamente a los usuarios dentro de los plazos señalados legalmente²¹.

²¹ RESOLUCIÓN SBS 1675-2005. REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA DE INFORMACIÓN Y DISPOSICIONES APLICABLES A LA CONTRATACIÓN DE USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO. Artículo 20°.- Requisito previo para proceder a la modificación unilateral de tasas de interés, comisiones, gastos y otras estipulaciones contractuales.

Las modificaciones unilaterales referidas a tasas de interés, comisiones, gastos y otras estipulaciones contractuales sólo procederán en la medida que hayan sido previamente acordadas por las partes. Las modificaciones antes indicadas deben ser comunicadas previamente dentro de los plazos señalados en los artículos 21°, 22° y 23° del Reglamento, salvo que se trate de modificaciones en tasas de interés, comisiones y gastos que impliquen condiciones más favorables para el cliente, las que se aplicarán de manera inmediata.

53. A este punto, esta Sala puede advertir claramente que a través de la regulación sectorial vigente a dicha fecha, se disponía que uno de los mecanismos de comunicación válidos de las empresas del sistema financiero hacia los usuarios sobre las tasas de interés, comisiones y gastos, así como sus respectivas modificaciones, eran los comunicados en sus oficinas (tarifarios). Cabe señalar que tal como se advierte en el artículo 6° de la Ley 28587, la norma sectorial no hacía diferenciaciones entre los mecanismos que los proveedores financieros pudieran utilizar.
54. En efecto, de la lectura sistemática de los artículos en mención, se aprecia que si bien los proveedores financieros tenían la obligación de informar a los consumidores acerca de las modificaciones a las tasas de interés compensatoria y moratoria y demás comisiones aplicables a los productos financieros que adquirieran, dicho deber quedaba cumplido mediante la difusión de tales modificaciones mediante la publicación de comunicados en sus oficinas (tarifarios), mecanismo legal y permitido por las leyes de la materia a la fecha en que se suscribió el pagaré que contenía la cláusula materia de análisis.
55. Teniendo en cuenta que la norma aplicable a dicha fecha facultaba al Banco a informar a los consumidores acerca de las modificaciones a las tasas de interés compensatoria y moratoria y demás comisiones aplicables a los productos financieros que adquirieran, siendo que tal deber quedaba cumplido mediante la difusión de tales modificaciones mediante publicaciones en sus oficinas, corresponde verificar el contenido de la cláusula contractual denunciada en el presente procedimiento.
56. En principio, cabe precisar que, de la revisión del contrato, se advierte lo siguiente²²:

En dichas comunicaciones previas deberá indicarse de manera expresa que el cliente puede dar por concluida la relación contractual conforme a los términos del contrato, en caso lo estime pertinente. (...)

Artículo 21°.- Modificación de las tasas de interés

Las empresas deberán informar a sus clientes la modificación de las tasas de interés en forma previa cuando se trate de incrementos en el caso de las operaciones activas y cuando se trate de reducciones en el caso de las operaciones pasivas. La respectiva comunicación deberá ser efectuada con una anticipación no menor a quince (15) días calendario, indicando la fecha o el momento, a partir del cual, la modificación entrará en vigencia. (...)

Artículo 22°.- Modificación de las comisiones y gastos

Las empresas deberán informar a sus clientes, la modificación de las comisiones y gastos en forma previa a su aplicación en caso dichas modificaciones representen un incremento respecto de lo pactado. La respectiva comunicación deberá ser realizada con una anticipación no menor a quince (15) días calendario, indicando la fecha o el momento, a partir del cual, la modificación entrará en vigencia. (...)

²²

En las fojas 15 a 19 del expediente.

“(…)5. INTERESES, COMISIONES Y GASTOS (…)

Las tasas de interés, comisiones y gastos podrán ser modificadas por el BANCO si la situación crediticia o de riesgo del CLIENTE así lo amerite y/o en aquellos casos en que se produzca cualquier evento o circunstancia que cambie o pudiera cambiar de manera adversa las condiciones del mercado financiero y/o de capitales; así como las condiciones financieras, económicas, legales, cambiarias, bancarias locales y/o internacionales y/o la situación política y/o económica de la República del Perú, disposiciones legales que afecten los costos, condiciones o características del producto materia de contrato, incremento de los costos generados por servicios prestados por terceros y que son trasladados al CLIENTE, debiendo para ello comunicar al CLIENTE con quince (15) días de anticipación bajo los medios de comunicación que EL BANCO tenga a su disposición, dándose preferencia a mensajes a través de los estados de cuenta respectivos, y/o la publicación en cualquiera de sus oficinas del BANCO y/o a través de su página Web, a elección de EL BANCO. EL CLIENTE declara y acepta que dicho mecanismo de información es suficiente y adecuado para tomar conocimiento, entre otros, de las modificaciones en las tasas de interés, comisiones y gastos.

57. Así, se advierte que en el contrato de refinanciación que suscribió el consumidor se pactó que la publicación (de un tarifario) en las oficinas del Banco era una modalidad para que este último tomara conocimiento de las tasas de interés, comisiones y gastos aplicables a su crédito.
58. Por otro lado, de la revisión del pagaré suscrito por el consumidor, se advierte lo siguiente²³:

“(…) Las tasas de intereses compensatorios, moratorios, así como las comisiones y gastos que me (nos) obligo (amos) a pagar según el párrafo precedente, figuran en el tarifario del Banco Continental que declaro (amos) conocer y aceptar, el mismo que se encuentra a mi (nuestra) disposición en sus oficinas y puede ser modificado unilateralmente por el Banco Continental, siendo suficiente mecanismo de comunicación la publicación del tarifario en las oficinas del Banco Continental. (…)”
(Subrayado agregado)

59. Tal como se puede advertir, la cláusula en mención establece que, en caso de darse modificaciones a los intereses compensatorios, moratorios y demás condiciones aplicables, el mecanismo de difusión utilizado por el Banco para poner a conocimiento del consumidor sobre dichas modificaciones será el tarifario en sus oficinas.
60. Así, el hecho que el Banco estableciera en el pagaré que la publicación de un tarifario en sus oficinas era un mecanismo de comunicación para dar a conocer las modificaciones a las tasas de interés, comisiones y gastos aplicables a los

²³

En la foja 20 del expediente.

productos adquiridos no puede considerarse como una estipulación vejatoria, ello en tanto las normas vigentes a dicha fecha permitían que los proveedores financieros realicen modificaciones unilaterales, cuando haya sido pactadas, siendo que, además, avalaban el uso del mecanismo establecido por el Banco.

61. De la valoración de la tercera cláusula contenida en el Pagaré suscrito por el señor Castillo, esta Sala considera que la misma no resulta abusiva, en la medida que el Banco únicamente está ejerciendo una potestad legal conferida por las normas sectoriales vigentes a la fecha de suscripción del referido título valor.
62. Atendiendo a lo anterior, este Colegiado considera que corresponde revocar la Resolución 11-2013/CPC que declaró fundada la denuncia contra el Banco; y, reformandola, se declara infundada la misma, al haberse verificado que la cláusula tercera del pagaré no resultaba abusiva. En consecuencia, se deja sin efecto, la multa y la medida correctiva impuestas al denunciado en el presente extremo.
63. Sin perjuicio de lo anterior, cabe precisar que mediante Resolución SBS 8181-2012 del 25 de octubre de 2012, se derogó la Resolución SBS 1675-2005, siendo que de acuerdo al artículo 29º de la nueva norma se especificó que las empresas del sistema financiero deben comunicar las modificaciones contractuales a sus clientes, a través de medios de comunicación directos, tales como comunicaciones escritas al domicilio del cliente, correos electrónicos, los estados de cuenta y las comunicaciones telefónicas al cliente. No obstante, tal norma entró en vigencia el 1 de enero de 2013, es decir, de manera posterior a los hechos materia de análisis en el presente procedimiento.

Sobre la medida correctiva, la multa y el pago de las costas y costos del procedimiento

64. Considerando que el Banco en su recurso de apelación, no ha cuestionado la medida correctiva ordenada por la Comisión por el extremo que determino su responsabilidad por no atender el al requerimiento de información del consumidor, la multa impuesta, ni la condena al pago de las costas y costos del procedimiento, este Colegiado asume como propias las consideraciones de la recurrida sobre dichos extremos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General²⁴.

²⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 6º- Motivación del Acto Administrativo.- (...)

65. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que ordenó al Banco, en calidad de medida correctiva que cumpla con entregar al denunciante la información y documentación requerida mediante la misiva del 21 de diciembre de 2011. Asimismo, se confirma la resolución recurrida en los extremos que sancionó al Banco por la infracción referida con una multa de 1 UIT. Finalmente, se confirma el extremo que condenó al denunciado al pago de las costas y costos del procedimiento.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la Resolución 11-2013/CPC del 3 de enero de 2013, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Nelson Víctor Castillo Flores contra BBVA Banco Continental S.A. por infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2°.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, toda vez que no cumplió con atender el requerimiento de información del denunciante.

SEGUNDO: Revocar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Nelson Víctor Castillo Flores contra BBVA Banco Continental S.A. por infracción del artículo 24° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, reformándola, declarar infundada la misma, en tanto cumplió con atender el reclamo del consumidor del 27 de octubre de 2011.

TERCERO: Revocar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Nelson Víctor Castillo Flores contra BBVA Banco Continental S.A. por infracción del artículo 51° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, reformándola, declarar infundada la misma, al haberse verificado que la cláusula tercera del pagaré suscrito por el denunciante no resultaba abusiva.

CUARTO: Confirmar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que ordenó a BBVA Banco Continental S.A. en calidad de medida correctiva que cumpla con entregar al denunciante la información y documentación requerida mediante misiva del 21 de diciembre de 2011.

QUINTO: Confirmar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que sancionó a BBVA Banco Continental S.A. con una multa de 1 UIT por no atender el requerimiento de información del denunciante.

6.2 Puede motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (...)

SEXTO: Confirmar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que condenó a BBVA Banco Continental S.A. al pago de las costas y costos del procedimiento²⁵.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Alejandro José Rospigliosi Vega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN
Presidente

El voto en discordia de la señora vocal Ana Asunción Ampuero Miranda, respecto del extremo referido a la presunta existencia de una cláusula abusiva es el siguiente:

1. La vocal que suscribe el presente voto concuerda con la decisión adoptada por la mayoría en los extremos que: (a) confirmó la responsabilidad del Banco por la falta de atención del requerimiento de información efectuado por el consumidor; y, (b) liberó de responsabilidad al denunciado por la presunta falta de atención del reclamo interpuesto.
2. Sin embargo, no comparto la decisión de la mayoría sobre el extremo referido a la presunta existencia de una cláusula abusiva respecto de la forma en la que se valora la procedencia de una denuncia de parte sin que exista una afectación en concreto.
3. Al respecto, conforme lo ha señalado la firmante en anteriores ocasiones²⁶ y de conformidad con el artículo 107^o de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General²⁷, la autoridad administrativa sólo puede tutelar intereses legítimos de los consumidores -en los procedimientos iniciados por denuncias

²⁵ Las reglas para el reconocimiento del pago de las costas y costos del procedimiento y el uso de medios de pago se encuentran desarrollados en la Resolución 2964-2011/SC2-INDECOPI.

²⁶ Por ejemplo revisar voto en discordia contenido en la Resolución 2025-2014/SPC-INDECOPI del 19 de junio de 2014.

²⁷ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 107.- Solicitud en interés particular del administrado.** Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

de un consumidor- de allí que la ausencia de tal interés afecte la procedencia de la denuncia interpuesta.

4. Asimismo, el artículo en mención establece que los procedimientos en materia de protección al consumidor se inician por iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del consumidor potencialmente afectado o por iniciativa de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores²⁸.
5. En ese contexto, el artículo 129° del Código²⁹ indica que las asociaciones de consumidores están legitimadas para formular denuncias en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores, mientras que el artículo 153° del Código³⁰ les otorga facultades para proteger intereses particulares, al extender su legitimidad para actuar a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder.

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 107°. Postulación del proceso.** Los procedimientos sancionadores se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociados o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores.

²⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 129°.- Procedimientos administrativos en defensa colectiva de los consumidores**
Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el Indecopi están legitimadas para formular denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante los demás órganos funcionales competentes del Indecopi, en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores o de los potencialmente afectados. El órgano funcional competente del Indecopi califica la denuncia y otros elementos y decide el inicio del procedimiento administrativo en defensa colectiva de los consumidores. De igual manera, por propia iniciativa, puede iniciar este tipo de procedimiento o continuar de oficio cualquier otro cuando considera que puede estar afectándose el interés colectivo de los consumidores.
Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas están también legitimadas para formular denuncias en defensa de intereses difusos o colectivos ante los organismos reguladores de los servicios públicos.

³⁰ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 153°.- Rol de las asociaciones de consumidores.**

153.1 Las asociaciones de consumidores son organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios.

153.2 Las asociaciones de consumidores reconocidas por el Indecopi están legitimadas para interponer reclamos y denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y los demás órganos funcionales competentes del Indecopi a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

153.3 En la vía judicial pueden promover procesos en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, sujetándose a lo previsto en los artículos 130 y 131.

153.4 La legitimidad de las asociaciones de consumidores se extiende también para actuar a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder ante los organismos reguladores de los servicios públicos en los procesos en materia de protección al consumidor, así como en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

153.5 Mediante resolución de Consejo Directivo el Indecopi establece los órganos funcionales competentes a que se refiere el párrafo 153.2.

6. Debe tenerse presente que los presupuestos procesales constituyen elementos indispensables que permiten a la autoridad administrativa dictar un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia. Como lo señala la doctrina procesal, los presupuestos procesales son la competencia del juez, la capacidad de las partes, las formas esenciales del procedimiento, el interés para obrar y la legitimidad para obrar³¹.
7. De lo expuesto a este punto, se infiere que un presupuesto procesal para formular una denuncia en sede administrativa es la existencia de un agravio a un interés legítimo. Esta lesión debe tener un destinatario, que es el sujeto procesal a quien la conducta cuestionada le ha producido efectos desfavorables y en quien radica el interés para denunciar tal acto. Este interés debe ser personal y directo, de manera que quien formule la denuncia busque obtener del procedimiento un pronunciamiento que declare, proteja o defina sus derechos particulares, y no la protección general del Estado de Derecho, la legalidad o el interés difuso o colectivo de los consumidores, cuya protección o patrocinio corresponde a la Administración o a las asociaciones sin fines de lucro que estén legitimadas para ello.
8. Así, considero que ante denuncias de parte sobre el presunto carácter abusivo de una cláusula pueden presentarse tres (3) escenarios. En el primero de estos, se da cuando se denuncia la mera estipulación de una cláusula vejatoria, esto es, sin que dicha cláusula haya sido aplicada; el segundo de estos, cuando se denuncia que la estipulación cuestionada fue opuesta al consumidor generándose un detrimento a sus derechos; y, un tercero, cuando se denuncie el carácter abusivo de determinada estipulación en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores
9. En el primer caso, debe considerarse que si bien en virtud del Código, el Indecopi tiene competencia para conocer, evaluar y determinar el presunto carácter abusivo de una cláusula en los contratos celebrados entre consumidores y proveedores, dicha facultad -ante denuncias de parte- se enmarca en los supuestos de afectación de un interés legítimo de un consumidor en concreto, por lo que la ausencia de este interés acarreará la improcedencia de la denuncia formulada. En ese sentido, más allá de alegar la consignación de una cláusula de carácter presuntamente abusivo, lo cierto es que la autoridad no podría avocarse a analizar el fondo de dicha controversia puesto que no se producido perjuicio alguno al consumidor.

³¹ **MONROY GALVEZ, Juan.** *Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano.* En: Themis 27, p.24.

10. En el segundo escenario, la ausencia del interés legítimo es superado, puesto que el administrado recurre a la autoridad para que esta evalúe y se pronuncie sobre el perjuicio derivado de la aplicación de una estipulación contractual, cláusula que eventualmente podría ser declarada abusiva por la autoridad, puesto que esta tendrá que analizar la legalidad e implicancias de la misma.
11. En efecto, debe tenerse presente que de admitir denuncias de parte sobre la estipulación de cláusulas abusivas sin la existencia de una afectación en concreto, la Comisión y la Sala podrían sancionar reiteradamente a un proveedor por los mismos hechos, siendo ello una manifiesta contravención del principio *non bis in idem* que rige el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, puesto que la presunta consignación de cláusulas abusivas en el marco de las contrataciones masivas³² por parte de un proveedor constituye un único hecho, aun cuando pueda tener efectos en una generalidad de consumidores (sus clientes).
12. De igual forma, no puede dejarse de lado que, conforme al Código, las medidas correctivas tanto reparadoras como complementarias tiene como fin *resarcir las consecuencias patrimoniales, revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro*³³, razón por la cual, el sancionar la mera consignación de cláusulas presuntamente abusivas, sin una afectación en concreto acarrearía la inoficiosidad del dictado de medidas correctivas por parte del Indecopi en tales supuestos.
13. Finalmente, en el tercer escenario, debe partirse de que la autoridad administrativa debe analizar con precisión ante qué clase de interés se encuentra, supraindividuales –difusos o colectivos– o individuales, pues dependiendo de ello, la tutela otorgada a tales intereses será distinta, así como

³² En efecto, debe considerarse que las entidades bancarias utilizan contratos tipos con formatos estándares para contratar los productos y servicios que ofrecen.

³³ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. (...)

Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras. 115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente: (...)

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias. Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes: (...)
(Subrayado agregado)

los efectos jurídicos que le correspondan a la resolución de la controversia planteada³⁴.

14. Así, de concluirse que el hecho denunciado por un consumidor particular no da cuenta de una transgresión a intereses particulares verificada en el marco de la relación de consumo entablada entre este y determinado proveedor, sino de una presunta transgresión a los intereses difusos o colectivos que contratan los servicios con determinado proveedor bajo cláusulas contractuales que contravendrían el ordenamiento jurídico, dicha denuncia deberá ser declarada improcedente, en tanto el consumidor-denunciante no estará legitimado a promover dicho acto, sino una asociación de consumidores debidamente reconocida por el Indecopi, actuando en nombre propio o la misma administración a través del inicio de un procedimiento de oficio.
15. Por los motivos expuestos, en tanto de la revisión del presente caso no se verifica que la cláusula cuestionada por el consumidor haya sido aplicaba en su contra, careciendo este de interés para obrar, y siendo que los únicos legitimados para interponer una denuncia cuestionando la abusividad de una cláusula en defensa de la legalidad o el interés difuso o colectivo de los consumidores sin que hubiese una aplicación concreta son las asociaciones de consumidores, o en su defecto, a través del inicio de un procedimiento de oficio por parte de la Administración, la vocal que suscribe este voto considera que corresponde revocar la Resolución 11-2013/CPC en el extremo que declaró fundada la denuncia contra el Banco por infracción del artículo 51° del Código; y,

³⁴

“(…) Actualmente, es cada vez más frecuente que las relaciones de consumo se establezcan en forma masiva, situación que trae aparejada como consecuencia que cuando un proveedor lleve a cabo una conducta contraria a las normas de protección al consumidor, esta no solo vulnere a un consumidor en particular, sino que por el contrario, se vea afectado simultáneamente un gran número de consumidores.

Los intereses difusos, a diferencia de los colectivos, pertenecen a un grupo de personas que no tienen vinculación alguna entre sí –más allá de haber consumido el producto o servicio materia de investigación–, siendo por ello indeterminado o de difícil determinación el número de personas afectadas. El ejemplo por excelencia de un interés difuso es la contaminación ambiental. En materia de protección al consumidor, podría plantearse un caso de esta naturaleza en productos farmacéuticos, cuando se ha comercializado un medicamento que contenía por error un componente distinto a los consignados en el rótulo del mismo.

Los efectos de una sentencia o resolución administrativa en la que se discutan intereses difusos y colectivos sería de aplicación para todos los posibles afectados. Ello quiere decir, siguiendo el ejemplo de los productos farmacéuticos, que si se declarara fundada la denuncia, la sanción debería ser ejemplar para el infractor y la medida correctiva debería extenderse a todos aquellos que se vieron dañados con la ingesta de dichos medicamentos.

Por el contrario, si la pretensión se declara infundada, cualquier otra denuncia que verse sobre los mismos hechos en el mismo intervalo de tiempo debería ser declarada improcedente en forma liminar por la autoridad administrativa, debido a que los hechos denunciados fueron materia de un pronunciamiento anterior que liberó de responsabilidad al denunciado. Afirmar lo contrario, implicaría una trasgresión al principio de non bis in idem reconocido en el artículo 139° incisos 3 y 13 de la Constitución Política del Perú. (...)” Cfr. Resolución 512-2012/SC2-INDECOPI del 23 de febrero de 2012.

reformándola, se declara improcedente la misma, en tanto el consumidor carece de interés para obrar para denunciar la consignación de una estipulación vejatoria.

ANA ASUNCIÓN AMPUERO MIRANDA