

# Algunas reflexiones sobre la consideración del traslado de Responsabilidad como cláusula Abusiva en el Código de Protección al Consumidor

Juan Manuel Robles Montoya\*

## SUMILLA

El establecimiento de una regulación referida a las cláusulas abusivas en los contratos de consumo debe tener en consideración las implicancias económicas que genera la misma. Así, señalar que se considera como una cláusula de ineficacia absoluta, el traslado de responsabilidad del proveedor al consumidor implica que este asuma un riesgo -por la posible materialización de la responsabilidad-. Finalmente, dicho riesgo se convertirá en un costo, el cual, se trasladará al consumidor en el precio del producto.

El presente artículo tiene por objeto analizar las implicancias derivadas de la regulación de las cláusulas abusivas en el Código de Protección al Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, el **Código**). Sin embargo, teniendo en consideración la especial implicancia de las mismas en las relaciones de consumo, se hará un análisis específico respecto de una de las cláusulas abusivas, la cual es la referida al traslado de la responsabilidad al consumidor por hechos u omisiones del proveedor, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 50° del Código<sup>1</sup>.

Hacemos ello en tanto consideramos que un análisis exegético de cada una de las cláusulas listadas en el Código excedería nuestro propósito: analizar y criticar (constructivamente se entiende) la regulación que se ha establecido respecto de las mismas.

Para estos efectos, analizaremos este tema a partir de los siguientes conceptos:

a) La regulación de las cláusulas **abusivas** que incluye la regulación anterior a la vigencia del Código.

- b) El principio **proconsumidor**, así como su aplicación por parte de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI (en adelante, la **Comisión**), positivizado en el Código.
- c) El análisis de un caso específico: el servicio de tarjetas de crédito en el cual podremos observar claramente algunos aspectos de singular importancia.

A fin de realizar el análisis de dicho caso, evaluaremos las disposiciones legales contenidas en el Reglamento de Tarjetas de Crédito, Resolución SBS N° 264-2008 (en adelante, el Reglamento) y demás normas aplicables al servicio de tarjetas de crédito.

## 1. Antecedentes

Si bien no es el objeto de este artículo realizar un análisis histórico respecto de la regulación de la protección al consumidor como un conjunto de normas y principios destinados a la protección de una de las partes en una relación de consumo; la revisión de tales antecedentes nos permitirá un

\* Abogado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Asociado senior de Rebaza, Alcázar & De las Casas Abogados Financieros.

<sup>1</sup> "Artículo 50°.- 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 (...)"

mejor entendimiento de las causas que subyacen a su implementación y que deberían encontrarse presentes en su aplicación.

Uno de los primeros actos en los que se vislumbra la implementación del Derecho del Consumo, tal como lo entendemos actualmente, se dio el 15 de marzo de 1962, fecha en la cual John F. Kennedy, entonces Presidente de Estados Unidos, pronuncia ante el Congreso de su país un discurso que contiene una serie de apreciaciones en relación con el papel que cumplen los consumidores en el desarrollo económico:

“Ser consumidor, por definición nos incluye a todos (...) Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... Pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados”.

Es a partir de este discurso que Kennedy formuló y propuso cuatro derechos básicos de los consumidores que se mantienen hasta nuestros días: (i) el derecho a la información; (ii) el derecho a la seguridad; (iii) el derecho a escoger; y, (iv) el derecho a ser escuchado.

Asimismo, en ese mismo año, con ocasión de una de las famosas comisiones de encuesta británicas, se publicó el Final Report of the Committee on Consumer Protection, llamado también “Molony Report”, en el cual se sugieren modificaciones a la normativa inglesa a fin de realizar una mejor y mayor protección a los consumidores.

Siguiendo este razonamiento, en 1985 se publica la Resolución de las Naciones Unidas N° 39/248, Directrices para la protección al consumidor, en las cuales se establecen las necesidades que estas procuraban atender (artículo 3°):

- a) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad.
- b) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores.
- c) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual.
- d) La educación del consumidor.
- e) La posibilidad de compensación efectiva al consumidor.
- f) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones

de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten.

En nuestro país, los antecedentes inmediatos serían el Decreto Supremo N° 036-83-JUS, mediante el cual se establecían medidas extraordinarias en materia económica en defensa de los consumidores, y, el Decreto Legislativo N° 716, Ley de protección al consumidor.

Una vez señalado ello, procederemos a determinar los conceptos previos que requerimos para poder realizar el análisis al que hemos hecho referencia en la introducción del presente artículo.

## 2. Conceptos previos

### 2.1 La interpretación proconsumidor

En primer lugar, debemos indicar que la regulación de protección al consumidor se deriva del artículo 65° de la Constitución Política del Perú:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Desarrollando dicho mandato constitucional, el Tribunal Constitucional señaló en su sentencia recaída en el expediente N° 3315-2004-AA/TC que dentro de los principios establecidos en el referido artículo se derivaban los siguientes:

“El principio proconsumidor: dicho postulado o proposición plantea la acción tuitiva del Estado a favor de los consumidores y usuarios en razón de las objetivables desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios. (...)

El principio indubio proconsumidor: dicho postulado o proposición plantea que los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las mismas. En puridad, alude a una proyección del principio proconsumidor”.

Siguiendo este razonamiento, los incisos 1 y 2 del artículo V del Código de Protección al Consumidor señalan lo siguiente:

“1. Principio de soberanía del consumidor.- Las normas de protección al consumidor fomentan las decisiones libres e informadas de los consumidores, a fin de que con sus decisiones orienten al mercado en la mejora de las condiciones de los productos o servicios ofrecidos.

2. Principio proconsumidor.- En cualquier campo de su actuación, el Estado ejerce una acción tuitiva a favor de los consumidores. En proyección de este principio en caso de duda insalvable en el sentido de las normas o cuando exista duda en los alcances de los contratos por adhesión y los celebrados en base a cláusulas generales de contratación debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor”.

Como podemos observar, la normativa de protección al consumidor se estructura sobre la base del concepto de fomentar decisiones libres e informadas.

Asimismo, de conformidad con el principio proconsumidor, solo en caso de **duda insalvable** en las normas jurídicas se realizará una interpretación en el sentido más favorable al consumidor.

Además, en caso de duda en los contratos por adhesión, sus estipulaciones se interpretarán en el sentido más favorable al consumidor, no solamente como consecuencia del principio proconsumidor, sino también del criterio de interpretación “*contra stipulatorem*”, es decir, que la duda perjudica a quien redactó las cláusulas del contrato.

Sin embargo, debe tomarse en consideración que el referido principio, así como todas las estipulaciones de protección al consumidor se fundamentan principalmente en un supuesto de corrección de asimetría informativa entre ofertantes de productos o servicios y los consumidores.

## 2.2 Las Cláusulas Abusivas

Un primer antecedente a la regulación de las **cláusulas abusivas** se encuentra en la Resolución SBS N° 1765-2005, Reglamento de Transparencia de Información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero (en adelante, el **Reglamento de Transparencia**).

En el artículo 46° del Reglamento de Transparencia se señaló que:

“Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra

de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Posteriormente, el artículo 49° del Código reguló las mismas de la siguiente manera:

“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”.

En este mismo sentido, otras legislaciones han regulado las cláusulas abusivas. Así, el artículo 82° del Real Decreto 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone:

“Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Sobre este particular, el artículo 3° de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 5 de abril de 1993 estableció una regulación similar:

“Artículo 3°.- Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Como podemos observar, las características de una **cláusula abusiva** serían las siguientes:

- a) Son redactadas unilateralmente por un proveedor.
- b) Vinculan el contrato de consumo a los intereses del proveedor en perjuicio del consumidor.
- c) No son negociadas, pues el consumidor o usuario suele plegarse o adherirse a las cláusulas preredactadas por la empresa.

- d) Van en contra de los principios de buena fe, transparencia y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Una vez señalado ello, y para efectos del presente artículo señalaremos el ejemplo de una cláusula abusiva que ha sido regulada por el Código, a saber:

“Artículo 50º.- 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 (...)”.

A título informativo, debe indicarse que este ejemplo de una cláusula abusiva de ineficacia absoluta, pareciera fundamentarse en la regulación que realizan al respecto la Directiva 93/13/CEE y el Real Decreto 1/2007:

Directiva 93/13/CEE: “Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

- a) Excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional (...)”.

Real Decreto 1/2007: “Artículo 86º.- En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: (...) 2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato por los daños o la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquel (...)”.

Establecidos ya los conceptos que requeríamos para analizar el caso al que se había hecho referencia anteriormente, pasaremos ahora a analizar el servicio que será objeto de análisis en el presente artículo: el servicio de tarjetas de crédito, específicamente, lo relacionado con los consumos fraudulentos que se podrían generar con la tarjeta de crédito.

### 3. El servicio de tarjetas de crédito

De acuerdo con el artículo 3º del Reglamento, se define el servicio de tarjetas de crédito como el siguiente:

“Mediante el contrato de tarjeta de crédito la empresa concede una línea de crédito al titular por un plazo determinado y otorga la correspondiente tarjeta, con la finalidad de que el usuario de dicha tarjeta adquiera bienes o servicios en los establecimientos afiliados que los proveen, pague obligaciones o, de así permitirlo la empresa emisora y no mediar renuncia expresa por parte del titular, hacer uso del servicio de disposición de efectivo u otros servicios conexos, dentro de los límites y condiciones pactados, obligándose a su vez, a pagar a la empresa que expide la correspondiente tarjeta, el importe de los bienes y servicios que haya adquirido, obligaciones pagadas, y demás cargos, conforme a lo establecido en el respectivo contrato”.

Ahora bien, uno de los aspectos de particular interés para todo consumidor al momento de contratar el servicio de tarjetas de crédito es determinar adecuadamente los efectos que podrían generarse para el mismo, en caso de un robo o extravío de la tarjeta de crédito.

Previendo ello, el Reglamento, en su artículo 15º ha establecido lo siguiente:

“A fin de evitar que se produzcan transacciones no autorizadas, las empresas deberán contar con infraestructura y sistemas de atención que permitan a titulares y usuarios de las tarjetas de crédito comunicar su extravío o sustracción.

Los titulares y usuarios no asumirán el pago de las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la referida comunicación.

Asimismo, las empresas podrán contratar pólizas de seguro y crear mecanismos de protección o contingencia que les permitan cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen antes o después de la comunicación del titular o usuario sobre la sustracción o extravío, fraude y otros.

Los costos y el monto de cobertura de los mecanismos indicados en el párrafo anterior podrán ser asumidos por la empresa o por el cliente. Cuando sea asumido por el cliente, la empresa deberá cumplir con informar a éste todas las condiciones de los mecanismos de cobertura de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Transparencia.

En los casos de sustracción o robo de la información contenida en la tarjeta de crédito,

sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes, las empresas deberán establecer, además, los procedimientos de información de tales hechos a los titulares o usuarios, los mecanismos para el otorgamiento de una nueva tarjeta y las medidas de seguridad dispuestas, de ser el caso”.

Como podemos observar, una norma emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, la **SBS**), ha señalado expresamente, entre otros supuestos, que:

- (i) En el caso de un robo o extravío de la tarjeta de crédito, el consumidor deberá comunicar dicha situación a la institución financiera mediante los sistemas que se hayan implementado para ello.
- (ii) Toda transacción que se realice con posterioridad a dicha comunicación, no contará con autorización del titular de la tarjeta de crédito, por lo que no asumirá el pago de la misma.

Tomando en consideración que en dichos casos el costo de las transacciones no autorizadas tendría que ser asumido por otra persona distinta del consumidor, se ha autorizado a la institución financiera a que pueda contratar pólizas de seguro o implementar mecanismos de protección o contingencia, para hacer frente a los pagos de las transacciones no autorizadas.

#### 4. La posibilidad de crear mecanismos de cobertura de acuerdo con la legislación bancaria

Tal como hemos establecido en el punto anterior, el Reglamento ha otorgado a las instituciones financieras la posibilidad de constituir mecanismos de protección o contingencia<sup>2</sup> a fin de poder pagar transacciones no autorizadas con una tarjeta de crédito.

Teniendo ello en consideración, a continuación analizaremos la constitución de mecanismos de

cobertura por una institución financiera establecida en el citado artículo 15° del Reglamento; para lo cual disgregaremos dicho artículo en todas las normas jurídicas que contiene.

Según lo anteriormente expresado, podemos encontrar tres normas jurídicas, a saber:

- a) Primera norma jurídica: La obligación de implementar sistemas de bloqueo. En este caso, la norma jurídica contiene una obligación para las instituciones financieras. Dicha obligación consiste en implementar sistemas que permitan al usuario de una tarjeta de crédito comunicar de inmediato el extravío o sustracción de la misma para proceder a bloquearla. La finalidad es evitar que se produzcan transacciones no autorizadas por los titulares de las tarjetas de crédito involucradas (primer párrafo del artículo 15° del Reglamento).
- b) Segunda norma jurídica: La responsabilidad por consumos posbloqueo. Respecto de la segunda norma jurídica encontrada (segundo párrafo del artículo 15° del Reglamento), podemos señalar que la estructura de la misma es la siguiente:

Supuesto de hecho: realización de transacciones no autorizadas por el titular de la tarjeta de crédito con posterioridad a la comunicación de extravío o sustracción de la tarjeta que se haya realizado.

Consecuencia jurídica: el titular de la tarjeta de crédito no asumirá responsabilidad por dichas transacciones.

Como podemos observar, la segunda norma jurídica contenida en el artículo 15° del Reglamento dispone, únicamente, una prohibición de atribución de responsabilidad al titular de la tarjeta de crédito por las transacciones no autorizadas realizadas con posterioridad a la comunicación de extravío o sustracción.

Ésta norma jurídica no establece una atribución de responsabilidad a algún sujeto de derecho, **solo excluye** de la atribución de responsabilidad a un sujeto (el titular de la tarjeta).

<sup>2</sup> Es más, la posibilidad de constituir mecanismos de cobertura se encuentra expresamente señalada en el artículo 230° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (en adelante, la “Ley de Bancos”):

“Artículo 230°.- Las empresas que ofrezcan sistemas de cobertura o fondos de contingencia a favor de sus depositantes, titulares de tarjetas de débito, tarjetas de crédito u otros servicios, están obligadas a mantener en sus registros declaraciones de los clientes que se adhieran a tal sistema, con los nombres de los beneficiarios de dichas coberturas y sus domicilios actualizados (...)”.

c) Tercera norma jurídica: La potestad de crear mecanismos de cobertura. La tercera norma jurídica que se puede encontrar en el citado artículo 15°, tercer párrafo, es aquella que atribuye a los bancos el derecho a realizar cualquiera de los siguientes actos jurídicos: (i) celebrar contratos de pólizas de seguro; (ii) crear fondos de protección; (iii) crear fondos de contingencia; y (iv) establecer otros mecanismos que cumplan con la misma finalidad que los anteriormente descritos.

La finalidad de la atribución de dicho derecho a los bancos es que estos puedan cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen **antes o después** de la comunicación de extravío o sustracción de la tarjeta de crédito.

Como sabemos, el establecimiento del derecho antes citado a favor de los bancos tiene como única restricción, el cumplimiento de la finalidad para la cual se concedió dicho derecho. Es decir, cubrir transacciones no autorizadas que se realicen antes o después de la comunicación antes mencionada.

Sobre este particular, debemos indicar que el anterior Reglamento de Tarjetas de Crédito, Resolución SBS N° 271-2000, tenía una disposición similar al artículo 15° citado (en adelante, el **Reglamento Anterior**).

Dicho artículo fue interpretado por la SBS mediante Oficio N° 10588-2005-SBS (en adelante, el **Oficio**)<sup>3</sup>, señalando que la correcta interpretación de esta norma jurídica debe ser realizada tomando en cuenta que:

“Si bien el artículo señala que tales mecanismos podrán cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen **antes o después** de la comunicación del titular o usuario, respecto de la sustracción o extravío de la tarjeta, no precisa los casos en que se podrá utilizar uno u otro mecanismo, ni quien asumirá los costos asociados con los mismos. **La decisión sobre ello, ha sido dejada por el regulador al emisor** con la finalidad de que este determine lo que sea más eficiente y adecuado, lo cual tendría que reflejarse contractualmente”.

<sup>3</sup> Debemos recordar que, de acuerdo con el inciso 6 del artículo 349° de la Ley de Bancos, la SBS es el organismo competente para interpretar los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero y que su interpretación es un precedente administrativo de observancia obligatoria.

En efecto, la norma anteriormente citada señala expresamente lo siguiente:

“Son atribuciones del Superintendente, además de las ya establecidas en la presente ley, las siguientes: (...) 6. **Interpretar**, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, **los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero** y del Sistema de Seguros, así como a las que realizan servicios complementarios, **constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia**”.

Como podemos apreciar, incluso el organismo regulador, quien es el competente para interpretar las normas jurídicas relativas al sistema financiero, señala que cualquiera de las modalidades de un mecanismo de cobertura es jurídicamente válida y acorde con el ordenamiento.

Es más, otra de las disposiciones de la SBS respecto de la interpretación del artículo 15° contenidas en el Oficio señala que:

“Nótese que **lo más importante** es que la **empresa determine los riesgos que desea cubrir**, sea que se trate de los consumos no autorizados anteriores o posteriores a la comunicación (...)”.

De acuerdo con lo señalado por la SBS, es el emisor (el banco) quien determina qué riesgos (transacciones no autorizadas) van a cubrir su mecanismos de cobertura, sin que exista limitación alguna al respecto.

Al respecto, debe observarse que si bien existe un mandato de no atribuir responsabilidad al titular de la tarjeta de crédito por consumos posteriores a la comunicación que solicita el bloqueo, ello no tiene por qué verse desnaturalizado con la creación de un mecanismo de cobertura.

Una vez señalado ello, procederemos a analizar los posibles efectos que se generan a partir de la aplicación de esta última norma jurídica:

#### 4.1 Posibles escenarios a ser implementados como consecuencia de la posibilidad de implementar mecanismos de cobertura

Existen dos posibles escenarios derivados del establecimiento del derecho anteriormente señalado:

a) Primer supuesto: ausencia de un mecanismo de cobertura.- En el caso que el banco decida no crear un mecanismo de cobertura, y se generen transacciones no autorizadas debemos observar las siguientes dos posibilidades en relación con las transacciones no autorizadas:

- (i) Si con anterioridad a la comunicación del titular de la tarjeta de crédito se solicita el bloqueo: la responsabilidad puede ser atribuida al titular de la tarjeta.
- (ii) Si con posterioridad a la comunicación del titular de la tarjeta de crédito se solicita el bloqueo: la responsabilidad no puede ser atribuida al titular de la tarjeta.

b) Segundo supuesto: existencia de un mecanismo de cobertura.- En caso de que el banco decida ejercer el derecho a crear un mecanismo de cobertura debe tenerse en cuenta que el mismo puede tener por finalidad cubrir cualquiera de los siguientes supuestos:

- (i) Transacciones no autorizadas que se realicen con posterioridad a la comunicación que soliciten el bloqueo de la tarjeta de crédito; es decir, el traslado de costos por la implementación de un mecanismo que evite las transacciones no autorizadas posteriores a la comunicación solicitante del bloqueo.
- (ii) Transacciones no autorizadas que se realicen con anterioridad a la comunicación indicada anteriormente, caso en el cual debe respetarse a su vez el hecho de que el consumidor no puede asumir los consumos que se realicen posbloqueo.
- (iii) Transacciones no autorizadas que se realicen con prescindencia del momento de la comunicación ya indicada (antes y después de dicha comunicación).

Es necesario notar que el margen de acción del banco resulta más amplio en este caso.

#### **4.2 La no atribución de responsabilidad de los consumos posbloqueo al consumidor es un servicio brindado por el banco**

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debemos indicar que el citado artículo 15° del Reglamento establece una obligación del banco, la cual es asumir los costos de: (a) los consumos posbloqueo; o (b) la determinación de responsabilidad de un sujeto por los consumos posbloqueo (en caso de que sea un establecimiento comercial o empresas de tarjetas de crédito, tales como Visanet Perú).

En este sentido, podemos concluir que el banco al ofrecer el servicio de tarjetas de crédito incurre en un costo adicional, el cual es la liberación de responsabilidad del consumidor por consumos posbloqueo.

Es más, ello es tan así que, el artículo 15° del Reglamento faculta al banco a contratar una póliza de seguro, con el fin de asegurar el riesgo de las transacciones no autorizadas, cuyo costo, lógicamente, sería trasladado finalmente al consumidor en el precio.

En este punto, es preciso tener en consideración el mecanismo mediante el cual el banco le estaría trasladando el costo al consumidor: puede realizarlo incorporando dicho costo al precio (tasa de interés) o como un concepto separado del mismo.

Según la finalidad de la legislación de protección al consumidor, resulta más beneficioso para el mismo que la información referida al precio -y los costos del servicio o producto que se ofrezcan- sea lo más transparente posible.

Siguiendo este razonamiento, consideramos adecuado que el consumidor pueda reconocer cuál es el monto que se le está cobrando por el servicio de **liberación de responsabilidad por consumos posbloqueo**, lo cual solo se podría generar en el caso de que el banco le indique clara y desagregadamente el mismo (a través del mecanismo de cobertura).

#### **II. La interpretación de la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI respecto del establecimiento de mecanismos de cobertura**

De acuerdo con lo señalado por la Comisión en la Resolución N° 178-2005/CPC recaída en el expediente N° 796-2004/CPC, en el procedimiento seguido contra Banco del Trabajo, el análisis efectuado anteriormente carecería de eficacia, debido a los siguientes fundamentos:

- a) Según la Real Academia de Española, “el concepto de fondo de protección o contingencia sería el de un conjunto de capitales pertenecientes a una pluralidad de sujetos, cuya finalidad es resguardar a determinadas personas de un peligro o resguardarlas del riesgo de que se produzca un perjuicio en su contra”.
- b) El artículo 15° del Reglamento “equipara conceptualmente a los fondos de protección con los seguros, pues ambos mecanismos tendrían como finalidad cubrir un riesgo y ese riesgo es el generado por los consumos fraudulentos que podrían producirse en los casos de robo o pérdida de una tarjeta de crédito”.

- c) El artículo 15° del Reglamento dispone que “el riesgo asumido por los titulares de las tarjetas de crédito únicamente se encuentra referido a los consumos fraudulentos anteriores al bloqueo, pero no a los posteriores”.
- d) En el caso de que se estableciera un mecanismo de cobertura de las transacciones no autorizadas posteriores al bloqueo de una tarjeta de crédito, por parte del consumidor, se desnaturalizaría el derecho de no asumir los consumos no autorizados posteriores al bloqueo; es decir, que mediante un contrato de adhesión, en el cual se encuentran relativizadas la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, se ha pretendido vaciar de contenido a una disposición legal de carácter imperativo.

Finalmente, la referida Resolución señala que:

“(...) la Comisión no considera que esta norma otorgue la posibilidad a las empresas financieras de decidir si la póliza contratada o el fondo creado cubre solo los consumos anteriores, o únicamente los consumos posteriores o ambos; sino que estos deben cubrir necesariamente todos los consumos fraudulentos. Esta conclusión se sustenta, justamente, en la interpretación proconsumidor que debe darse a la norma (...)”.

Al respecto, debemos indicar que esta Resolución fue emitida durante la vigencia del Anterior Reglamento (el cual contenía una disposición sumamente similar al artículo 15° analizado en el presente artículo), y en plena vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716; por lo que no existía una regulación específica respecto de las **Cláusulas Abusivas**.

### III. ¿Por qué considero que la interpretación de la Comisión no es adecuada?

En primer lugar, debo señalar que su interpretación no me parece adecuada, debido a que aplica el criterio proconsumidor en un supuesto que no resulta aplicable.

En efecto, si bien la resolución de la Comisión analizada fue emitida anteriormente a la vigencia del Código, la aplicación del principio proconsumidor para efectos de interpretar una norma jurídica ya existía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65° de la Constitución, así como en la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

Conforme a ello, dicho principio se aplica solamente en los casos de **duda insalvable** (para aquellos casos de interpretación de normas jurídicas), pues de lo contrario estaríamos en un escenario de incertidumbre jurídica, en el cual una determinada entidad de la Administración Pública puede interpretar las normas según cualquier argumento.

Teniendo ello en consideración, el artículo 15° del Reglamento **no** resulta una norma jurídica que contenga una disposición, la cual tenga una duda insalvable.

Es más, su texto resulta claro y ha sido interpretado por la SBS, de conformidad con las normas aplicables.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que la existencia de la supuesta “duda” en la interpretación del artículo 15° parte del hecho de que la Comisión considera que la palabra “o” (disyunción), contenida en el fraseo que contiene la tercera norma jurídica del artículo mencionado, tiene el mismo significado que la palabra “y” (conjunción), lo cual es un evidente error en la lectura de la norma.

Sin embargo, tal y como hemos señalado anteriormente, quisiéramos indicar unos aspectos adicionales que sería conveniente tomar en consideración:

- La no atribución de responsabilidad al consumidor por los consumos que se realicen postbloqueo genera un costo en el banco por el ofrecimiento del servicio de tarjeta de crédito (por la asunción de un riesgo).
- Este costo será trasladado al consumidor, ya sea mediante su incorporación en la tasa de interés o desagregándolo a partir de un concepto diferente.

Es más, siempre que una norma jurídica atribuya una responsabilidad por un supuesto al ofertante de un servicio o producto en una relación de consumo, el riesgo de que la misma se materialice se **convertirá** en un costo, el cual finalmente se trasladará al consumidor.

Para ello, debemos recordar que, a fin de determinar la relevancia y consecuencias del traslado de costos en una economía, es necesario fijar, en primer lugar, la racionalidad de la decisión de producción. Es decir, el análisis que realiza una unidad de producción de bienes o servicios para decidir o no ofertar dichos bienes o servicios en el mercado.

En este sentido, David Friedman señala que:

“La decisión de producción involucrará varios pasos a seguir. La empresa deberá encontrar, en primer lugar, para cualquier cantidad de bienes a ser producidos, el proceso menos costoso para hacerlos; una vez realizado dicho análisis, la empresa conocerá el costo de producir cualquier cantidad de bienes. Determinada dicha información y el precio de mercado, la empresa decidirá la cantidad de bienes que serán creados con la finalidad de maximizar sus utilidades”.<sup>4</sup>

Como podemos observar, la decisión de producción se encuentra relacionada con los costos que una empresa deberá pagar para la producción de los bienes o servicios en el mercado.

Una vez determinados los elementos que configuran la decisión de producción, debemos analizar el sustento que se encuentra detrás de toda transacción (conexión entre oferta y demanda en el mercado), en otras palabras, solo se dará una transacción en el mercado, si es que quien lo demanda está dispuesto a ofrecer un monto mayor al que el productor valoriza el bien o servicio. Evidentemente, el mínimo monto que el productor valorizará al bien o servicio será el equivalente a la sumatoria total de los costos en que haya incurrido, ya que, ningún sujeto económicamente racional se desprenderá de un bien que le haya costado producir más de lo que recibirá por el mismo.

Asimismo, debemos observar que este concepto se encuentra relacionado directamente con el Óptimo de Pareto que señala que, una transacción es eficiente en términos de Pareto si es que, en un mercado determinado, ninguna persona pierde con la transacción y al menos una persona es beneficiada con ella.<sup>5</sup>

En el caso concreto, lo que corresponde para la mayor eficiencia en la transacción es que el banco, al tomar la decisión de prestar el servicio de Tarjetas de Crédito, evalúe sus costos, (entre ellos, el mecanismo que le permite enfrentar el pago que el usuario no hará -por la exclusión del artículo 15º-; analice si el mercado resiste este

precio y una vez lanzado el producto informe a los usuarios o clientes de los términos y condiciones del servicio de manera idónea para que tomen una decisión absolutamente informada.

Por lo tanto, debemos preguntarnos: ¿cómo queremos que nos trasladen el costo? ¿incorporándolo en un precio final? ¿desagregándolo?

#### IV. Conclusiones

1. La imposición de responsabilidades al proveedor de un producto y su imposibilidad de limitarla o excluirla genera un costo para él, el cual se configura por la asunción del riesgo de que se materialice, mediante el siguiente análisis: probabilidad de ocurrencia por daño calculado.
2. El costo por la asunción del riesgo antes señalado será trasladado al consumidor en el precio final por el producto que contrate, lo cual es legalmente permitido, por ejemplo, el costo de la contratación de pólizas de seguro por un proveedor será trasladado por el consumidor.
3. El traslado del costo por la asunción del riesgo (de la responsabilidad finalmente) no podría ser considerado como una cláusula abusiva; entre tanto ello equivaldría a desconocer el funcionamiento del mercado y generaría desincentivos para que agentes en el mercado provean un bien o servicio, en tanto incurrirían en costos para proveerlos que no serían susceptibles de ser trasladados al consumidor.
4. El establecimiento del principio proconsumidor es una adecuada herramienta jurídica para velar por los derechos e intereses de los consumidores. Ello en tanto, estos se encuentran en una situación de asimetría informativa frente a los proveedores, por lo que sus decisiones de consumo podrían verse afectadas en razón de la información que se les brinde (incompleta o no veraz, por ejemplo).

No obstante, su aplicación únicamente puede realizarse respecto de supuestos en los que exista de manera real una duda insalvable.

<sup>4</sup> Traducción libre de: “The production decision will then involve several steps. The firm must first find, for any quantity of output, the lowest cost way (combination of inputs) to produce it; once it has done so, it will know the cost of producing any quantity (its total cost function). Given that information and the market price, the firm decides how much to produce in order to maximize its profit”. En: FRIEDMAN, David. *Price Theory: An Intermediate Text*. En: [http://www.daviddfriedman.com/Academic/Price\\_Theory/PThy\\_ToC.html](http://www.daviddfriedman.com/Academic/Price_Theory/PThy_ToC.html)

<sup>5</sup> Traducción libre de: “A project is Pareto-efficient, relative to the status quo, if no one loses from the project and at least one person gains”. En: ADLER, Matthew and Eric Posner. “Implementing Cost - Benefit Analysis when preferences are distorted”. John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 88. p.6. En: <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>