

# LA CLÁUSULA ABUSIVA EN LOS CONTRATOS BANCARIOS<sup>1</sup>

MARÍA DEL CARMEN ARANA COURREJOLLES

Profesora de los cursos de Propiedad Industrial y Metodología de la Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**SUMARIO:** 1. Introducción 2. Planteamiento del tema 3. Revisión de la legislación española y peruana 3.1. La cláusula abusiva en la ley española de cláusulas generales de la contratación 3.2. Definición de cláusula abusiva en el derecho español en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios 3.3. Las cláusulas generales en el contrato de seguros 3.4. Definición de la cláusula abusiva en el derecho peruano 3.4.1. Cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano de 1984 3.4.2. La cláusula abusiva en el Código Civil peruano 4.1. Caso 1: Cierre arbitrario de cuenta corriente 4.2. Caso 2: Cancelación de tarjeta de crédito 4.3. Caso 3: Extravío y retiro de dinero de tarjeta de débito 4.4. Caso 4: Intermediación financiera – cuenta de ahorros

## 1. Introducción

La cláusula abusiva en los contratos bancarios, no se encuentra regulada en el Derecho Peruano, del mismo modo que en el español, donde se tipifica específicamente 29 casos en el artículo 10BIS de la Ley 26/1984 del 19 de julio, LGDCU<sup>2</sup>. En el derecho peruano no se define la cláusula abusiva, ni tampoco se detallan los casos específicos de cláusula abusiva (Disposición adicional Primera LGDCU) por lo que hemos considerado que es un tema relevante a investigar.

Durante la investigación hemos constatado que en la Ley del Consumidor - Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, no hay definición de la Cláusula Abusiva ni enumeración de los casos<sup>3</sup>.

Otro hallazgo ha sido los diversos casos resueltos por el Defensor del Cliente Financiero, que en virtud del reglamento del Defensor del Cliente, es quien resuelve reclamos o cuestiones provocadas por operaciones financieras desde el 1° de enero del 2002 y que depende de la Asociación de Bancos del Perú

Para esta investigación, hemos examinado algunos casos, en los que el Defensor del Cliente Financiero, resuelve infundado el reclamo del cliente. Asimismo, han merecido una apreciación y comentario casos de la Comisión de Protección al Consumidor. De los 17 casos examinados, cinco nos han permitido plantear las conclusiones que adjuntamos.

<sup>1</sup> Esta investigación se realizó durante el Doctorado en Derecho Empresarial, dictado por la Universidad de Sevilla, bajo la dirección del profesor Dr. Leopoldo Porfirio Carpio.

<sup>2</sup> Ver norma original en L. 26/1984. Modificado por L. 22/1994 (art. 30); L. 7/1998 (Art. 2, 1.b), Art. 10º, Art. 30º, Art. 34º, se añade el Art. 23º último párrafo, un apartado 9 y el antiguo apartado 9 pasa a tener el adicional 2º y el Art. 10.bis) L. 36/1998 (Art. 10.1); L. 39/2002 (nuevo Art. 10.ter, nuevo 10 quáter, nueva disp. Dic. 3º).

<sup>3</sup> La Ley 27598 en su artículo 1º (adiciona casos de prohibición de métodos de cobranza coercitiva o abusiva), los artículos 24º y 24b del Decreto Ley 716, Normas sobre Protección al Consumidor.

## 2. Planteamiento del tema

Los contratos bancarios, por lo general, son contratos que contienen cláusulas con condiciones generales predispuestas, que son redactados unilateralmente por la entidad bancaria, a cuyas cláusulas se suele adherir el cliente, adherente o contratante. En la redacción de esos contratos de adhesión las entidades bancarias utilizan las cláusulas generales de la contratación, formulándolas de modo preventivo y unilateral, con el objeto de fijar contenido normativo general, para facilitar la contratación masiva con rapidez, de una diversidad de servicios tales como cuenta corriente, depósito, cuentas a plazo, cuenta de depósito de ahorro, servicios virtuales, etc. Cubre desde la apertura de la cuenta o servicio, el movimiento, el pago de intereses, el cobro de comisiones, etc.

Las entidades bancarias deben tener especial cuidado en la redacción de las cláusulas de los contratos, dado que no van a ser discutidas, por cuanto el cliente se somete. Debe cuidar que dichas cláusulas no sean ilegales, no vayan contra la autonomía de voluntad, que se respeten límites de la autonomía de voluntad. Debe cuidar también que el contrato esté de acuerdo con la normativa bancaria, y los organismos estatales de control, tales como la Superintendencia de Bancos y los Bancos Centrales.

Pese a que los contratos bancarios ofrecen ventajas económicas, regulación a priori de rapidez, ahorro de costos, etc.; dado que son redactadas unilateralmente, por el estipulante, éste cuida sus intereses y utiliza la redacción a su favor; muchas veces va en contra de los intereses del adherente y hace necesaria, por lo tanto, el control de este tipo de contrato por parte de los poderes públicos, para evitar desplazamientos de riesgos contra el adherente. Este control se realiza mediante tres tipos de medidas: legislativas, administrativas y judiciales.

El deber de redactar claro y legible las cláusulas por el predisponente y dar a conocer al adherente de modo suficiente el contenido de las cláusulas plantea el problema del control en la interpretación, aplicando entre otros el principio *in dubio contra proferentem*.

El derecho peruano a diferencia del derecho español no ha tenido desarrollo en materia de cláusulas abusivas. Los casos peruanos se tramitan en el INDECOPI como casos administrativos.

Esta problemática de la disparidad y desequilibrio de las partes en las Cláusulas Generales de los Contratos Bancarios, cláusulas que a menudo van en contra de una de las partes, el usuario del servicio bancario, nos lleva a la pregunta de considerar la posibilidad de que se desarrolle el concepto de cláusula abusiva en la legislación peruana y si en este desarrollo se puede recoger los conceptos y tipificaciones de la ley española.

Por este motivo, después de una revisión de las normas españolas y peruanas de las cláusulas abusivas, examinaremos casos prácticos resueltos en el Perú, por la Comisión de Protección del Consumidor del INDECOPI.

### 3. Revisión de la legislación española y peruana

#### 3.1 La cláusula abusiva en la ley española de cláusulas generales de la contratación

En la Ley N° 7/1998, del 13 de Abril, en su artículo 1<sup>o</sup><sup>4</sup>, se define lo que son las condiciones generales de contratación, destacando dos puntos: que se trata de cláusulas predispuestas por una de las partes y que son redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

En su artículo 2° introduce el término profesional al predisponente. En el artículo 5° de la misma ley, se establece requisitos de incorporación de estas cláusulas que son cinco, uno de los requisitos en que el adherente debe tener conocimiento íntegro de la cláusula que acepte, por eso las cláusulas deben tener, claridad, concreción y sencillez. Con esto se está regulando la formación del contrato. En su artículo 6° hay reglas de interpretación que aplican el principio *contra stipulatorem*, o sea en beneficio del adherente, quien no las ha redactado. En el artículo 7° se colocan los requisitos de no incorporación. En el artículo 8°, sobre nulidad, se establece en el punto 1, que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que vayan en perjuicio del adherente; en particular establece que serán nulas las condiciones generales que sean abusivas; se le exige al profesional no aprovecharse, que él ha redactado las cláusulas predispuestas, evitando así las que no sean equilibradas y que sean en beneficio propio, de no cumplirse este requisito, se considera que, por ser abusivas y contrarias a la buena fe, benefician indebidamente al empresario y por tanto son nulas<sup>5</sup>. En el artículo 11° establece un registro de condiciones generales.

#### 3.2 Definición de cláusula abusiva en el derecho español en la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

La Ley 26/1984 de 19 de Julio en su artículo 2 b, establece como derecho básico la protección frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos

Esta misma ley en su artículo 10.1 establece que las cláusulas condiciones o estipulaciones, que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, deberán cumplir los requisitos de:

- a) Concreción claridad y sencillez en su redacción
- b) Entrega salvo renuncia expresa del interesado de recibo, copia o documento que acredite la operación
- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En el artículo 10.2 establece que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

En el Preámbulo de la Exposición de Motivos de la Ley N° 7/1998, del 13 de Abril, se establece que: «Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es en contratos de adhesión particulares.»

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de estos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean «abusivas»

El artículo 10<sup>o</sup> bis 1 define a las cláusulas abusivas: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». En el artículo 10<sup>o</sup> bis 2 se establece: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo (...) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258° del Código Civil». En la Disposición Adicional Primera se detallan 29 supuestos de estipulaciones abusivas<sup>6</sup>. Estos supuestos se aplican según el caso.

<sup>6</sup> «Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas. A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

#### 1. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

1. Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.
2. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo deter-

<sup>4</sup> Ley N° 7/1998, «Artículo 1°. Ámbito objetivo.

1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

<sup>5</sup> Ver artículo publicado por Jesús Alfaro del Águila, en el portal [www.iustel.com](http://www.iustel.com), 30 de junio del 2003.

En el artículo 10º añadido por la ley 39 del 2.002 se dispone la acción de cesación que podrán ejercitar los legitimados contra la utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos y difu-

sos de los consumidores y usuarios. En el artículo 10º, numeral 2 se dispone que la sentencia condene al demandado al cese del uso de la cláusula abusiva así como la reiteración futura de dicha conducta.

*minado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o si previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.*

*En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financiero esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.*

3. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.
  4. La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.
  5. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.
  6. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.
  7. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.  
*Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.*
  8. La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.
- II. Privación de derechos básicos del consumidor.
9. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.  
*En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.*
  10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.
  11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.
  12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.
  14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor.
- III. Falta de reciprocidad.
15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.
  16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.
  17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.
- IV. Sobre garantías.
18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.
  19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.
- V. Otras.
20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar con cimiento real antes de la celebración del contrato.
  21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.
  22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).
  23. La imposición al consumidor de bienes servicios complementarios o accesorios no solicitados.
  24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos por indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresadas con la debida claridad o separación.
  25. La negativa expresa al cumplimiento de obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.
  26. La sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico.
  27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.
  28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.
  29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.  
*Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación,*

En el artículo 34.9 de la Ley del Consumidor se consideran infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios, la introducción de cláusulas abusivas en los contratos.

### 3.3 Las cláusulas generales en el contrato de seguros

En el derecho español asimismo, en el artículo 3º de la Ley 50 Contrato de Seguros del 8 de Octubre de 1980, con relación a las cláusulas generales, el contrato de seguros, establece:

- a) Que estas no deben tener carácter lesivo para los asegurados, las mismas que serán colocadas en la proposición del seguro o en documento aparte, entregándole al asegurado una copia del mismo. Su redacción debe ser clara y precisa. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado deberán ser especificadas por escrito.
- b) Que sobre las condiciones generales del contrato la administración pública ejerce vigilancia dentro de la ley, y
- c) Que declarada, por el Tribunal Supremo, la nulidad de alguna de las cláusulas generales de un contrato, la administración pública obligará a las aseguradoras a modificar las cláusulas idénticas.

En este artículo se establecen tres tipos control uno sobre el consentimiento y el contenido de contrato, un segundo sobre el control de la administración pública y un tercero sobre el control judicial. Las resoluciones judiciales tienen eficacia ultrapartes, se aplican no solo al caso particular sino a todos los que tengan cláusulas iguales.

En la disposición adicional primera, añadido por Ley 7/1998, se numeran al menos 29 casos de supuestos de cláusulas abusivas.

### 3.4 Definición de la cláusula abusiva en el derecho peruano

#### 3.4.1 Cláusulas generales de contratación en el Código Civil peruano de 1984

El artículo 1392<sup>97</sup> del Código Civil establece que las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

El artículo 1393<sup>98</sup> establece que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan

automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas.

El 1394<sup>99</sup> establece que la autoridad administrativa debe establecer el procedimiento para establecer las cláusulas administrativas.

En el artículo 1397<sup>100</sup> del código se establece que las cláusulas generales de contratación, no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento público mediante una adecuada publicidad.

#### 3.4.2 La cláusula abusiva en el Código Civil peruano

El doctor Manuel de La Puente considera que el artículo 1398<sup>9</sup> establece: «En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad: facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo: de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar compromisos y sometimientos a arbitraje.»<sup>11</sup>

#### 3.4.3 Alcances del artículo 1398<sup>9</sup>

Asimismo, De La Puente realiza una interpretación del texto legal del artículo 1398<sup>9</sup> del Código Civil, y determina el alcance de dicho artículo cuando dice que: «De la redacción de este artículo se desprende que él es aplicable a los contratos celebrados por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, lo que lleva a pensar que esta falta de aprobación solo se refiere a las cláusulas generales de contratación y no a los contratos celebrados por adhesión»<sup>12</sup>.

Y agrega: «que el artículo 1398, para ser adecuadamente eficaz, hay que entenderlo en el sentido que se refiere también a estos contratos que se convierten en contratos de adhesión, o sea que para ellos vale la referencia a la no aprobación administrativa. Podría darse el caso que algunos de ellos fueran aprobados

*instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio está vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compra-venta de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.*

*Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada.»*

<sup>7</sup> «Artículo 1392<sup>97</sup>.- Las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.»

<sup>8</sup> «Artículo 1393<sup>98</sup>.- Cláusulas generales aprobadas por autoridad administrativa. Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formu-

len para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.»

<sup>9</sup> «Artículo 1394<sup>99</sup>.- El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.»

<sup>10</sup> «Artículo 1397<sup>9</sup>.- Cláusulas generales no aprobadas por autoridad administrativa

Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.»

<sup>11</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. **El Contrato en General**. Lima: Editorial de la PUCP, 1996, p. 199.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 201.

administrativamente, casos en el cual no estarían comprendidos en el artículo 1398»<sup>13</sup>.

En el artículo 1401<sup>14</sup> se establece que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda en favor de la otra.

### 3.5. La Ley de Protección al Consumidor

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716 - La Ley de Protección al Consumidor<sup>15</sup>, en su artículo 5° fija los derechos que tienen los consumidores:

- b) Derecho de recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar la decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

El artículo 8° de la Ley del Consumidor establece:

*«Artículo 8°.- Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde»*

El artículo 15° de la Ley de Protección al Consumidor establece:

*«Artículo 15°.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes. Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto de la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.»*

La Resolución del INDECOPI N° 085-96-TDC de Noviembre de 1996, dio un precedente de observancia obligatoria que establece:

- «a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del D.L. 716, se presume que todo proveedor ofrece una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo esperaría un consumidor razonable, considerando las condicio-

*nes en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieren sido conocidos usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o imitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.*

- b) *La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo»*

### 4. Casos sobre cláusulas «abusivas» en servicios financieros resueltos en la Comisión de Protección al Consumidor de INDECOPI

Hemos obtenido del INDECOPI alrededor de 17 casos, los cuales están referidos a diversos servicios bancarios, tales como cuentas corrientes, tarjetas de crédito, tarjetas de débito en los cuales expresamente hemos buscado la existencia de alguna cláusula, que suponga un supuesto de existencia de cláusula abusiva. Debemos destacar que la autoridad no tipifica los casos como cláusulas abusivas.

#### 4.1 Caso 1: Cierre arbitrario de cuenta corriente

**Partes:** Señora Rojas y Banco de Crédito (Exp- 989-2001-CPC)

**Motivo de la denuncia:** Infracción de las normas del Decreto 039-2000 ITINCI porque el Banco cerró indebidamente su cuenta corriente en soles y en dólares.

#### Hechos

7 de Diciembre del 2001 la señora Rojas denuncia al Banco por infracción a la norma del D.S. N1039-200, por cierre arbitrario de sus cuentas corrientes en soles y en dólares

El banco contesta en su defensa que de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de cuenta corriente suscrito con la denunciante, se tiene expresamente estipulado que el Banco se reserva la facultad de dar por terminadas dichas relaciones contractuales y cerrar las cuentas cuando lo estimase conveniente, así en virtud de dicho acuerdo contractual y expreso el Banco procedió al cierre de las cuentas.

En el contrato único de Apertura de Cuentas y Servicios de tarjeta Electrónica que firmó la señora Rojas el 23 de Octubre de 1977, en la cláusula séptima se estipuló: «...el Banco podrá cerrar las cuentas del Cliente cuando lo estime conveniente dándole aviso en el domicilio señalado. Al momento del cierre de cuentas por cualquier causa, el cliente se obliga a devolver chequeras...etc». En la Cláusula Octava se señala que: «...El Banco cerrará la cuenta en los casos que señale la ley: también queda facultado para cerrarla cuando lo estime conveniente, sin responsabilidad alguna de acuerdo a la Ley de Bancos y normas vigentes.»

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> «Artículo 1401°.- Interpretación de las estipulaciones. Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.»

<sup>15</sup> Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, publicado el 11 de diciembre del 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

El Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual INDECOPI, requirió a la Superintendencia de Banca y Seguros SBS informar si una entidad financiera está facultada para cerrar una cuenta corriente unilateralmente. La Superintendencia informó que el artículo 228 de la Ley N° 126702, Ley General del Sistema Financiero, establece que el cierre de una cuenta corriente puede producirse por iniciativa de la empresa o del titular, en razón de causales previstas por la ley o estipuladas contractualmente.

Para tal efecto el Numeral 6 del Reglamento de Cuentas Corrientes aprobado por Resolución de la SBS N° 089-98, dispone que el contrato de cuenta corriente deberá establecer claramente los casos en los que la entidad financiera, podrá cerrar la cuenta corriente. En el artículo 7 dice que solo están obligados a cerrar a quienes registren cheques sin fondos.

El INDECOPI consideró que el Banco, debió establecer en su contrato, cada una de las causales de cierre de la cuenta de la señora Rojas y no indicar de manera genérica, que podrá cerrar las cuentas de sus clientes cuando lo estime conveniente, por ello concluye que ha quedado acreditada la existencia de un defecto en el servicio prestado por el Banco, por lo que es el Banco quien deberá acreditar que tal defecto no le es atribuible, pero como el Banco no logró hacerlo, por causal específica, señalada en el contrato o porque la demandante giró un cheque sin fondos. La Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, concluyó que el Banco no prestó servicio idóneo a la señora Rojas, pues dispuso el cierre unilateral de sus cuentas de manera injustificada, por lo que ha infringido el artículo 8° del D.L. 716.

#### Comentarios

La Comisión del INDECOPI que aplica el artículo 8° del D.L. 716 de defensa del consumidor, sobre responsabilidad del proveedor, quien es responsable por la calidad e idoneidad de los productos o servicios que ofrece y considera que un consumidor razonable, que tiene cuenta corriente con el Banco, no esperaría que sea cerrada su cuenta unilateralmente y sin motivo razonable. También lo obliga a rectificar y publicar al equívoco.

Asimismo aplica su Directiva, por la que ha quedado establecido, que se presume que todo proveedor ofrece una garantía implícita. De otro lado se advierte que en la resolución se transcribe las cláusulas 7 y 8 que faculta al Banco, para que cierre las cuentas unilateralmente. Si bien no se tipifica como cláusula abusiva, la autoridad la interpreta, advirtiendo que el Banco incumplió el reglamento de cuentas de la Superintendencia de Banca y Seguros y que, el Banco, debió establecer claramente en sus cláusulas los casos en los que se basa para cerrar la cuenta unilateralmente. No analiza ni tipifica si la cláusula es abusiva *per se*. No aprecia el carácter abusivo de la cláusula séptima del contrato, que podría hacerlo en aplicación del Código Civil.

#### Aplicación al caso del derecho español

De acuerdo al LGDCU artículo 10 bis 1, sería una cláusula abusiva y de acuerdo a la disposición adicional Primera numeral 2, estaría tipificada como la facultad del profesional a resolver unilateralmente el contrato.

#### 4.2 Caso 2: Cancelación de tarjeta de crédito

**Partes:** Señor Mesones y el Banco Internacional del Perú Interbank

**Motivo de la denuncia:** El señor Mesones denunció a Interbank por presuntas infracciones al D.L. N° 1 716, Ley de Protección al Consumidor, se citó a las partes pero el Banco no se presentó siendo declarado rebelde. Mediante Resolución N° 1 666-2000-CPC del 27 de Octubre de 2000, la Comisión declaró fundada la denuncia por considerar que Interbank había infringido los artículos 5b), 8 y 15 del D.L. 716 y le impuso una multa de 2 (UIT) Unidades Impositivas Tributarias. El 30 de Noviembre de 2000 Interbank apeló la Resolución, elevándose el Expediente a esta Sala.

#### Hechos

El señor Mesones señaló que en diciembre de 1996 el Interbank había cancelado, sin su conocimiento o consentimiento, su tarjeta de crédito, con un saldo deudor de S/ 1,200,00. El señor Mesones agregó que en enero de 1,998 el Banco comunicó que su deuda ascendía a S/ 2,888,33, por lo que ese mismo mes canceló 2,000.00 a la empresa encargada de la cobranza, quien le comunicó que el banco se comunicaría para refinanciar la diferencia.

Sin embargo el señor Mesones señaló que en Julio de 1,999 tomó conocimiento que en Marzo de 1998, Interbank había abierto una nueva cuenta corriente a su nombre sin su conocimiento, cuyo saldo deudor ascendía a S/. 4,171,20. El señor Mesones manifestó que ante ello había presentado dos reclamos el 16 de Julio y el 28 de Octubre de 1,999.

En la Resolución apelada la Comisión consideró que el Interbank había infringido los artículos 5b), 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor e impuso una multa de dos (UIT) Unidades Impositivas Tributarias por lo siguiente:

- (i) No dio un servicio idóneo al abrir una cuenta corriente sin el consentimiento del señor Mesones
- (ii) Si bien el Banco señaló que había contestado los reclamos del señor Mesones, mediante carta, no existía constancia que el señor Mesones había recibido la misma y,
- (iii) Para la sanción se consideró que el Banco causó perjuicio económico y que su actitud en el procedimiento no fue la adecuada.

En su escrito de apelación, Interbank argumenta:

- (i) Que para controlar las operaciones de la tarjeta el banco abre cuentas corrientes especiales. Consignó los respectivos números Tarjeta N° 454-7603-1814-5001 y cuenta corriente especial N° 001-100-0001-0010017930.
- (ii) Que se brindó la información de la apertura de la cuenta corriente en el momento de otorgar la tarjeta de crédito y que esa apertura es una condición del contrato de tarjeta de crédito
- (iii) Que la anulación de la tarjeta no significa la anulación de la cuenta corriente abierta para esos efectos

(iv) Que luego de la refinanciación en enero de 1998 volvió a incumplir sus obligaciones y su saldo deudor se incrementó a S/ 6,051.56. Posteriormente el 3 de noviembre de 1999 el señor Mesones refinanció nuevamente considerándose el pago de 2,000 como parte del pago de la refinanciación.

El 14 de Febrero del 2,000 el denunciante se adhirió a la apelación presentada por el Interbank y dio cuenta que el número de la cuenta corriente abierta con la tarjeta es el N° 012-082185 y no la cuenta especial N° 001-100-0001-0010017930. Esta cuenta fue abierta el 8 de abril de 1,998.

#### Que se discute

- (i) Si Interbank cumplió con dar información oportuna sobre la apertura de la cuenta N° 001-100-0001-0010017930, en términos de lo establecido los artículos 5b), 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor
- (ii) Si Interbank proporcionó un servicio idóneo de acuerdo al artículo 8 de la misma ley

#### Análisis de lo que se discute

*Sobre las obligaciones de informar:* La ley supone que los proveedores utilizan de mejor manera que los consumidores la información relevante, por eso el D.L. 716 impone que los proveedores están en la obligación de brindar información veraz, suficiente y apropiada sobre los bienes y servicios que ofrecen. Esto implica dar información relevante sobre los términos y condiciones de los productos servicios, de manera que puedan ser conocidos por un consumidor razonable.

La Sala del INDECOPI considera que el contrato de tarjetas de crédito es de tracto sucesivo, que los bancos cuentan con prerrogativas para hacer funcionar el sistema bancario.

*«La Sala considera que el señor Mesones reclamó en dos oportunidades sobre la existencia de la cuenta N° 001-100-0001-0010017930, abierta en su nombre y con saldo deudor de S/. 1,225,08. El Banco informó que había dado información mediante carta electrónica que supuestamente envió al denunciante. En su apelación y por escrito el Banco argumenta que no estaba en la obligación de informar al denunciante los términos y condiciones ya informados al momento de la solicitud de la tarjeta de crédito».*

También la Sala considera que han quedado acreditados los dos reclamos del señor Mesones, para que se le informe de la apertura de la cuenta corriente N° 001-100-0001-0010017930. No se acreditó que dichos reclamos fueran atendidos por el Banco.

Considera que de los hechos se desprende que hubo falta de información, que los bancos gozan de una posición privilegiada, que las normas que los regulan exigen una labor diligente y responsable, que tiene la obligación de dar información en particular de las obligaciones sobre sumas de dinero cuyo pago exigen a sus clientes.

*Que el deber de dar información de los bancos se extiende a la etapa de la cobranza de deudas provenientes de créditos impagos. Que frente al reclamo sobre la cuantía de sumas de pago que se exige, es previsible esperar dentro de un plazo prudencial una respuesta, haciendo las aclaraciones pertinentes.*

#### Resolución de la Sala de INDECOPI con relación al extremo en materia de información

Con relación al extremo sobre brindar información la Sala confirma la resolución apelada, que declaro fundada la denuncia por infracción a los artículos 5° inciso b) y 15° de la Ley de Protección al Consumidor

#### De la idoneidad del servicio prestado por el banco

El artículo 8° del D.L. N° 716, establece un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva, cuando los proveedores son responsables de la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no obliga a una determinada calidad sino cumplir con las condiciones ofrecidas y acordadas.

La Sala mediante la Resolución N° 085-96-TDC establece la presunción de que todo proveedor ofrece garantía implícita por los productos o servicios que comercializa.

En el presente caso el Interbank había abierto la cuenta corriente N° 001-100-0001-0010017930 a nombre del señor Mesones sin su consentimiento a fin de cobrarle un saldo deudor.

Adicionalmente el señor Mesones señaló que había realizado un pago a cuenta de S/. 2,000,00 a COAXA, para que sea imputado a su saldo deudor. También manifestó que COAXA le manifestó que el banco se iba a comunicar con él. Sin embargo nunca se comunicó con él y abrió la cuenta N° 001-100-0001-0010017930 con un saldo deudor de S/. 1.225,08.

Por su parte el Banco manifestó que la cuenta había sido abierta en forma simultánea con la tarjeta de crédito. Posteriormente señaló que el 3 de enero de 1995 simultáneamente con la tarjeta de crédito N° 4547-7603-1814-55001 se abrió la cuenta N° 012-082185, para cargar los consumos y las cuotas de los créditos. Esta cuenta fue cancelada el 25 de Febrero por morosidad con un saldo deudor de S/ 77,86. Posteriormente en abril de 1998 el Banco abrió una nueva cuenta corriente N° 001-100-0001-0010017930, para cargar en ella la deuda proveniente de la tarjeta de crédito que ascendía a S/. 1555,91. Respecto de los pagos indicó que el señor Mesones había realizado un pago de S/. 1555,91.

La Sala considera que un consumidor razonable esperaría que al obtener una tarjeta de crédito se le abra una cuenta corriente, pero no esperaría que le abran una nueva cuenta corriente sin su consentimiento, a menos que haya sido pactada en un contrato.

El Banco no presentó el contrato de la tarjeta de crédito.

En cuanto al pago alegado por el señor Mesones, ha quedado acreditado que el 9 de Enero de 1998 hizo un pago de S/. 2,000,00 a COAXA, se desprende que fue imputado al total de la deuda ascendente a S/. 2.888.33, que incluía la emisión de la comisión de COAXA por la suma de S/. 304,85, quedando un pendiente de S/. 883,33.

De la revisión de los estados de cuenta y lo señalado por Intebank se concluye que el único pago realizado por el denunciante es de S/. 1,555,91, efectuado el 2 de Febrero de 1999.

El Banco no ha explicado que el pago recién ingresó a la cuenta del denunciante el 2 de Febrero de 1,998, es decir un mes más tarde. El Banco tampoco ha cumplido con acreditar porque ingresó la suma de S/. 1,555,91 y no la de S/. 2,000,00.

La Sala considera que la demora en la imputación del pago perjudicó económicamente al señor Mesones, incrementando así el monto de la deuda

#### Resolución de la Sala de INDECOPI con relación a la idoneidad del servicio prestado

Confirmar la Resolución N° 666-2000-CPC emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, que declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Marco Antonio Mesones, contra el Interbank, e imponerle una multa de dos UIT, por haber infringido la apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción a los artículos 5 inciso b) 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor.

#### Comentario

La Comisión aplica el artículo 5º b) del D.L. 716, sobre el derecho de los consumidores de recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión de compra adecuada, y un uso también adecuado de los bienes o servicios. También aplicó el artículo 8 sobre la idoneidad del servicio prestado. También aplicó el artículo 15 referido a la información veraz, suficiente, apropiada y fácilmente accesible al consumidor, en la oferta de los bienes servicios. En este caso la Comisión no analiza ni exige el contrato, ni las cláusulas, pese a que el banco las invoca, y manifiesta que la apertura de cuentas constituía una condición del contrato debidamente suscrito por el denunciante. A nuestro juicio, en este caso, a la Comisión no le interesa exigir el contrato para exigir las cláusulas, por cuanto ha quedado acreditado que los actos del banco no son equitativos, manifiestan una posición de desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del cliente.

#### 4.3 Caso 3: Extravío y retiro de dinero de tarjeta de débito

**Partes:** Señor Oliveros y Banco Continental (Exp. 373-2003-CPC)

**Motivo de la denuncia:** Infracción de los artículos 8º, y 5º inciso b) y 15º de la Ley de Defensa del Consumidor

#### Ley de Protección al Consumidor

«Artículo 5º.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo los consumidores tienen los siguientes derechos (...)  
b) Derecho de a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una la decisión»

#### Hechos

El 2 de Abril de 2003 el señor Oliveros denunció al banco por infracción de la Ley de Protección al Consumidor, en razón a que al haber perdido su Wiesecash, se efectuaron retiros por S.132,80 u por US\$ 974,25 con su tarjeta de débito, habiendo realizado el bloqueo de su tarjeta el 31 de enero de 2,003 a las 15:39 horas. El señor Oliveros manifestó que el Banco le cobra US\$ 1,5 dólares mensuales como fondo de protección. El señor Oliveros pidió asimismo que se le de-

vuelva el monto del fondo de protección más sus intereses, costos y costas.

En su descargo el Banco manifiesta que los retiros se hicieron utilizando la tarjeta y la clave secreta: asimismo señaló que el bloqueo se hizo el 31 de enero a las 15.39 horas, con posterioridad a las transacciones materia de la denuncia.

#### Cuestiones en discusión

- (i) Si el banco brindó un servicio idóneo de acuerdo con el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor
- (ii) Si el banco dio información de acuerdo a artículo 5 inciso b) y del 15 de la Ley de Protección al Consumidor
- (iii) Si corresponde ordenar medidas correctivas y/o sanciones y el pago de costos y costas.

#### Análisis de las cuestiones en discusión

3.1. Sobre la idoneidad del servicio prestado por el Banco artículo 8º del D.L. 716

De acuerdo al artículo 8 de la mencionada ley se presupone que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los productos o servicios que ofrece, los cuales son idóneos, considerando las condiciones en que son ofertados. Esto es lo que esperaría un consumidor razonable. Se produce una falta cuando no hay coincidencia entre lo que el consumidor espera recibir y lo que efectivamente recibe, sobre la base de lo que se le informó.

Una vez acreditado por el consumidor la existencia de un defecto en el producto o servicio, la responsabilidad objetiva, está en obligación procesal de probar que no se es responsable por falta de idoneidad del producto o servicio, sea por que se actuó cumpliendo las debidas normas, la existencia de hechos ajenos que no le eran imputables, fuerza mayor o por la negligencia del consumidor.

Así un consumidor razonable espera que su proveedor de tarjetas de débito adopte las medidas de seguridad a efectos de impedir que terceros accedan a la clave secreta, hasta el momento que se haga entrega de la tarjeta al titular.

También un consumidor razonable esperaría que frente a los riesgos de pérdida o robo, en forma diligente reportaría el hecho al Banco, ya que de lo contrario se estimaría que los consumos se habrían sido realizados por el cliente.

El bloqueo se realizó el 31 de enero de 2,003 a las 15:39 horas.

De otro lado quedó acreditado que antes del bloqueo realizado el 31 de enero a las 15.39, el día 31 de Enero de 2,003 entre las 10:10:45 y las 12:40:22 se realizaron 13 consumos cuando la tarjeta estaba activa.

El contrato señala que:

- 1 «(...) toda operación realizada con la tarjeta empleando la clave secreta personal se tendrá por bien efectuada, reconocida y aceptada por el cliente».
- 2 «El cliente comunicará de inmediato al banco la pérdida o extravío de la tarjeta o la obtención de un tercero de su clave personal (...)»



En caso que terceros obtengan la clave su número secreto de identificación personal el Cliente se obliga a comunicarlo al banco por escrito de inmediato, resultando responsable en cualquier caso de las operaciones que se realicen por uso de la tarjeta y el número secreto de identificación personal en los cajeros automáticos, todo ello hasta 48 horas siguientes después de informar el hecho ocurrido. El plazo de 48 horas se computa solamente durante los días hábiles.

La Comisión considera que el señor Oliveros, conocía que cualquier operación con su tarjeta de débito hecha con su tarjeta y su clave eran de su responsabilidad, siempre que se hayan producido con anterioridad a su extravío o hurto. El señor Oliveros debió reportar inmediatamente el extravío en forma inmediata: no es necesario que el reporte del extravío se haga por escrito. Habiéndose realizado los retiros cuando la tarjeta estaba activa y no se había reportado el extravío, la Comisión concluye que el señor Oliveros es el responsable. La Comisión finalmente considera que el Banco brindó un servicio idóneo al cliente.

Si el Banco cumplió con el deber de información

El artículo 5º inciso b, regula que los consumidores tienen el derecho de recibir de los proveedores la información necesaria sobre los productos y servicios; el artículo 15 establece la obligación del proveedor de brindar información sobre los productos o servicio que ofrece, en forma veraz, suficiente, apropiada y fácilmente accesible. El precedente de Observancia Obligatoria del Indecopi Resolución N1 288-2000/TDC-INDECOP, establece que la obligación de informar se refiere a la obligación relevante para efectos de que el consumidor puede realizar una adecuada decisión de consumo o un uso correcto de los bienes y servicios adquiridos, según el artículo 15 de la Ley.

En el presente caso en el artículo 8 del contrato firmado por el señor Oliveros se estableció:

*«Artículo 8.- Con el objeto de aminorar la responsabilidad de EL CLIENTE por los consumos indebidos efectuados con la tarjeta en caso de pérdida o extravío. El Banco ha establecido una cobertura que cubre (sic) a partir de la fecha y hora que se de aviso del suceso (...)» el subrayado es nuestro.*

Es del caso señalar que el contrato firmado por el señor Oliveros se dio el 21 de Mayo de 1999, cuando estaba vigente el Reglamento de Tarjetas de crédito aprobado por la Superintendencia de Banca y Seguros SBS que establecía:

*«Artículo 15.- El titular de la tarjeta de crédito, bajo su responsabilidad, deberá comunicar de inmediato a la entidad emisora de la Tarjeta de Crédito, el extravío o sustracción de ésta. En estos caso la entidad emisora anulará la Tarjeta de Crédito y dará aviso inmediato a los establecimientos afiliados».*

Para el caso es legítima la cláusula para el fondo de protección establecida en el contrato para tarjeta de débito del señor Oliveros, en el caso de pérdida o extravío de la tarjeta, dado que la norma de SBS no establecía responsabilidad del Banco en materia de retiros fraudulentos con posterioridad al bloqueo de la tarjeta.

Asimismo la cláusula 8ª por ser el contrato de la tarjeta de tracto sucesivo, perdió validez porque a partir de julio de 2000 el artículo 15º.- Extravío o sustracción estipuló:

*«Los titulares y usuarios no asumirán responsabilidad por las transacciones no autorizadas que se hayan realizado con posterioridad a la referida comunicación»*

La Resolución declaró fundado el extremo de la denuncia con relación al fondo de protección, que el Banco venía cobrando al cliente por un monto de US\$ 1,50 dólares, considerando que el Banco no había informado al cliente sobre los cambios realizados en la norma de la SBS. No ordena devolver los consumos porque éstos habían sido hechos antes del bloqueo de la referida tarjeta.

La Resolución ordenó devolver los importes que el Banco cobraba bajo el concepto de fondo de garantía.

La Resolución ordena al Banco el pago de costos y costas del procedimiento.

### Decisión de la Comisión

Primero.- Declara infundada la denuncia por presunta infracción del artículo 8 de la Ley de Protección del Consumidor

Segundo.- Declara fundada la denuncia por infracción de los artículos 5 inciso b) y 15 de la Ley de Protección del Consumidor

Tercero: Ordena al Banco devolver el monto total de lo que pagó el señor Oliveros, por concepto del fondo de protección a partir del 1 de Julio de 2000, hasta la fecha de la resolución.

Cuarto.- Sanciona al Banco con una multa ascendiente a 1 Unidad Impositiva Tributaria.

### Comentario

En el presente caso la Comisión aplica el artículo 8 de la ley del Consumidor sobre la idoneidad y calidad del servicio y considera, que no hubo defecto en el servicio contratado y que un consumidor razonable comprende que hay un riesgo en el empleo de la tarjeta de débito, y que hay la posibilidad, si no tiene cuidado, que terceras personas puedan acceder a su tarjeta y realizar consumos y si así ocurre un consumidor diligente reportaría el hecho al Banco, porque de no haberlo éste consideraría que los consumos los ha hecho el cliente. Por ello se consideró la denuncia infundada y que el servicio del banco era idóneo y que Oliveros era responsable de los consumos realizados.

Con relación al extremo de la demanda del fondo de seguro de protección que el Banco utilizó con relación a la cláusula octava del contrato, la comisión no la tipifica de cláusula abusiva a pesar que fija una obligación del cliente, pagar el seguro, con el banco que carece de reciprocidad, ya que constituye un pago en perjuicio del consumidor, sin contrapartida de parte del banco, ya que el seguro solamente cubre los cobros después de reportado la pérdida de la tarjeta.

La Comisión no analiza si la cláusula 8 es abusiva.

### Aplicación de la ley española

Aplicando la ley española se consideraría que la cláusula del caso es abusiva, pues el Banco le está cobrando al cliente un seguro por consumos indebidos después del bloqueo, lo cual es abusivo puesto

que si el cliente dio aviso al banco, éste tiene la responsabilidad y no el cliente.

Caería en el supuesto 21 de disposición adicional primera de la ley 26/1984 GDCU de España.

#### 4.4 Caso 4: Intermedicación financiera – cuenta de ahorros

**Partes:** Señor Franco y el Banco de Crédito. (Exp. 540-2002-CPC)

**Motivo de la denuncia:** Infracción a las normas del D.S. 039-2001-ITINCI Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (TUOLPC) porque el Banco procedió a cancelar sus dos cuentas bancarias una en soles y otra en dólares.

#### Hechos

El 28 de junio del 2002 el Sr. Franco denunció al Banco por cierre de sus cuentas, por cuanto de acuerdo a lo establecido en la cláusula 6ª de las Cláusulas Generales de las Cuentas Corrientes y otros suscritos con el Banco, este se reserva la facultad de cerrar las cuentas cuando lo estime conveniente. En la cláusula 6ª se establece lo siguiente:

*«El Banco podrá cerrar las cuentas del cliente cuando lo estime conveniente, dándole aviso en el domicilio señalado. Al momento de cierre de cuentas por cualquier causa...»*

En su defensa, el Banco manifestó que la materia controvertida tenía la calidad de cosa decidida, en cuanto había sido objeto de acuerdo conciliatorio celebrado el 08 de noviembre del 2001, en el cual el Banco se comprometió a enviar al Sr. Franco una carta indicando de manera definitiva si existe posibilidad de realizar cualquier tipo de transacción bancaria en esta entidad. El Banco remitió la carta fuera del plazo.

El INDECOPI, luego de verificar que el Banco cerró las cuentas de ahorro del Sr. Franco, procedió a apreciar si el contrato celebrado entre las partes facultaba para el cierre unilateral de las cuentas. Luego, analiza lo que esperaría un consumidor razonable manifestando que si tiene una cuenta de ahorros no esperaría que unilateralmente la entidad financiera cierre su cuenta sin motivo razonable. Luego manifiesta que debe tomarse en cuenta el artículo 1398 del Código Civil que establece:

*« En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.»* (Artículo modificado por Decreto Legislativo. N° 768 y recogido por el TUO CPC del 22/04/93)

En la Resolución se manifiesta que según el artículo 1398 CC, las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente no son válidas si establecen a favor de quien las ha redactado la facultad de resolver el contrato. En el presente caso, el Banco cerró la cuenta de ahorros del Sr. Franco, basándose en su facultad de resolver el contrato, según la 6ª cláusula de las condiciones generales del Con-

trato, sin embargo esta cláusula no ha sido aprobada administrativamente por lo que no es oponible al Sr. Franco.

De otro lado, señala que el artículo 1365 del Código Civil sobre contratos de ejecución continuada, como es el caso de contrato de cuenta de ahorro, cualquiera de las partes puede resolverlo previa carta notarial, siendo que el Banco comunicó al Sr. Franco la cancelación de las cuentas mediante carta simple.

Finalmente, en la resolución se concluye que la cláusula 6ª es inválida debido a que pretendió resolver los contratos mediante una vía no adecuada por ello la Comisión considera que ha infringido el artículo 8 de la Ley del Consumidor por lo que es fundada la denuncia.

#### Comentario

En este caso la Comisión llega a analizar la cláusula 6 del contrato a la luz del artículo 1398 del CC, sin embargo para sorpresa nuestra, no la califica de abusiva y la declara inválida, porque no ha sido aprobada administrativamente. Si fuera aprobada administrativamente sería válida.

#### Aplicación de la ley española

Si se aplica la ley española la cláusula, luego de apreciar el carácter abusivo, en virtud de la ley 10 bis 2, de la ley 26/1984 GDCU la cláusula sería nula.

#### Apreciación general

En los casos comentados y otros que se adjuntan se aplica principalmente el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor conforme al cual los proveedores son responsables por la idoneidad del servicio prestado. En estos caso se considera que el Banco tiene el deber de brindar sus servicios en las condiciones ofrecidas y acordadas expresa o implícitamente; asimismo en algunos casos se aplican los artículos 5º, inciso b) y 15º de la Ley del Consumidor, referidos a: 5º inciso b) derecho del consumidor a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o elección, y artículo 15º, obligación del proveedor a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada, muy fácilmente accesible la información sobre los servicios ofertados. Asimismo se considera la presunción de garantía implícita en los servicios bancarios y se aplica al cliente o usuario del banco, el concepto de consumidor razonable, según el cual se juzga que el servicio bancario es idóneo, si se cubre las expectativas para los cuales el cliente contrató, según la naturaleza y características del servicio, puestas de manifiesto en la información recibida y pactada en las cláusulas de contratación.

Consideramos que si se tipificaran en la legislación peruana cláusulas abusivas, se evitaría que los bancos coloquen en sus contratos cláusulas calificadas como abusivas perse.

#### Bibliografía

##### Libros

- MATEU ISTURI, José Francisco y otros. **La protección de los consumidores y el medio ambiente en la comunidad económica europea**. Madrid: Editorial TRIBIUM, 1986, capítulo: Cláusulas abusivas en los contratos, pp. 71 y 72.

- STIGTLIZ, Gabriel. **Protección Jurídica del Consumidor**. Buenos Aires: Editorial De Palma, 1990, capítulo: Cláusulas abusivas en el contrato de consumo, pp. 25 – 31.
- POLO, Eduardo. **Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos**. Madrid: Editorial CIVITAS, 1990, capítulo II: Tratamiento de las condiciones generales de los contratos y su control en el derecho positivo.
- DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. **El contrato en General**. Volumen XI, Primera Parte, Tomo III. Lima: Editorial PUCP, 1996, pp. 19 - 264.
- Resolución N° 674-2003-CPC, recaída en el expediente N° 373-2003-CPC sobre Tarjeta de débito.
- Resolución N° 394-2003-CPC, recaída en el expediente N° 720-2002-CPC sobre Supuestos cobros excesivos y métodos de cobro. Cabe destacar que éste es el único caso en el que la Autoridad se pronuncia sobre los métodos de cobranza del Banco y aplica los artículos 24-A y 24-B de la Ley de Protección al Consumidor, en este último se establece de manera enunciativa cuales son los métodos de cobranza que se encuentran prohibidos. Asimismo cita los artículos 4, 5 y 13 del Reglamento de la Ley 27598, Ley que modifica el D.L. 716, Norma sobre Protección al Consumidor, donde se señalan cuales son los supuestos que deben entenderse como métodos «abusivos de cobranza».

**Artículos**

- RUIZ MUÑOZ, Miguel. «La contratación con consumidores», en: **IUSTEL** del 30 de junio de 2003. [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. «Las condiciones generales de contratación», en: **IUSTEL** del 30 de junio de 2003. [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- Resolución N° 321-2003-CPC, recaída en el expediente N° 1055-2002-CPC sobre Cuenta de Ahorro.
- Resolución N° 040-99-CPC, recaída en el expediente N° 309-1997-CPC sobre Tarjeta de crédito.

**Casos estudiados**

- Resolución N° 399-2003-CPC, recaída en el expediente N° 540-2002-CPC sobre Cuenta de ahorros.
- Resolución N° 496-2002-CPC, recaída en el expediente N° 681-2002-CPC sobre Cuenta corriente.
- Resolución N° 228-2003-CPC, recaída en el expediente N° 494-2002-CPC sobre Cuenta corriente.
- Resolución N° 217-2003-CPC, recaída en el expediente N° 669-2002-CPC sobre Intermediación financiera.
- Resolución N° 877-2003-CPC, recaída en el expediente N° 276-2003-CPC sobre Cuenta corriente.
- Resolución N° 226-2003-CPC, recaída en el expediente N° 900-2002-CPC sobre Pagaré.
- Resolución N° 062-2003-CPC, recaída en el expediente N° 061-2002-CPC sobre Tarjeta de crédito.
- Resolución N° 194-2003-CPC, recaída en el expediente N° 1008-2002-CPC sobre Tarjeta de crédito.
- Resolución N° 200-2003-CPC, recaída en el expediente N° 989-2001-CPC sobre Cuenta corriente.
- Resolución N° xxx-2002-CPC, recaída en el expediente N° 989-2001-CPC sobre Cuenta corriente.
- Resolución N° 258-2003-CPC, recaída en el expediente N° 1017-2002-CPC sobre Tarjeta crédito.