

# LA TUTELA JURÍDICA DEL CONSUMIDOR FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y ADMINISTRATIVA DE LOS BANCOS\*

Juan Espinoza Espinoza\*\*

*Seleccionando casos frecuentes vinculados a la actividad bancaria –como son, el robo a un consumidor en una ventanilla o los consumos cargados a una tarjeta de crédito extraviada–, el autor realiza un análisis desde las perspectivas del Derecho administrativo y del Derecho civil, teniendo como substrato común la obligación de indemnizar. Para lograr el efecto deseado, el autor incluye diferentes extractos de resoluciones tanto del INDECOPI como del Poder Judicial. Aparte del interés natural del trabajo como comentario a jurisprudencia, el artículo interrelaciona principios de responsabilidad civil con la lógica de la protección al consumidor, que el autor bien conoce.*

\* A Germán Bidart Campos, *In Memoriam*.

\*\* Profesor de Derecho Civil de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Ex Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

## PREMISA

La tutela jurídica del consumidor frente a la actividad bancaria en el Perú se da en dos niveles, uno administrativo y otro judicial. Sin embargo, no tienen la calidad de preclusivos, vale decir, no se requiere agotar la vía administrativa para acudir al Poder Judicial. En materia administrativa, la Comisión de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es el órgano que tiene competencia primaria para conocer las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor (según el artículo 39 del Decreto Legislativo 716, de fecha 7 de noviembre de 1991 cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 039-2000-ITINCI de fecha 11 de diciembre de 2000<sup>1</sup>).

El propósito de este trabajo es constatar la diversidad de soluciones que brindan los órganos administrativo y judicial frente a un caso sustancialmente similar, vale decir, el robo de dinero al consumidor dentro de una agencia bancaria y cómo se perfila una tutela administrativa frente a la asunción de riesgos por consumos fraudulentos de tarjetas de crédito perdidas o robadas.

### 1. RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR ROBO AL CONSUMIDOR REALIZADO EN LA VENTANILLA DE UNA AGENCIA: DOS REPUESTAS DISTINTAS FRENTE AL MISMO CASO

Un sacerdote abre una cuenta a plazo fijo en la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura por US\$ 16,303.64 el 2 de julio de 1996 y el 2 de junio de 1998 la cancela, retirando US\$ 12,000.00 para comprar materiales de construcción destinados a una obra social y –al mismo tiempo– abriendo una nueva cuenta con el saldo. Cuando el consumidor se encontraba en plena ventanilla, mientras la empleada se retiró para imprimir un nuevo certificado por el saldo restante, una persona lo distrae y otra cambia el sobre donde tenía el dinero por otro, en el cual –evidentemente– no había dinero. Ante la demanda interpuesta, el Tercer Juzgado Civil de Piura, con Resolución 18, del 3 de agosto de 2000, declara

infundada la pretensión de devolución del dinero, argumentando que:

“... tratándose de la reparación de daños y perjuicios demandada es necesario analizar que si bien es cierto, entre las partes existió una relación sustantiva a partir de un contrato de depósito de dinero, el hecho antijurídico y consecuente daño acontecido al interior del local institucional de la demandada no es atribuible a la responsabilidad extracontractual ni mucho menos contractual entre las partes, en tanto se trató de la perpetración de un delito cometido por terceros sin ninguna relación de dependencia o nexo con la demandada, la misma que por el contrario, para efectos de la seguridad debida en las operaciones que se efectúan al interior del local institucional cuenta con el personal de vigilancia en tanto se verifique la existencia de hechos que alteren el orden y seguridad de los clientes y bienes de estos y de la propia entidad al interior de la misma. Que dadas las características del delito de que fue víctima el demandante el que se efectuó sin mediar violencia alguna aprovechándose un descuido del demandante, no es posible imputar responsabilidad y consecuentemente obligatoriedad en el resarcimiento del daño a la institución demandada, por cuanto no existe relación causal directa entre el innegable daño patrimonial sufrido por el demandante y su o sus ejecutantes (sic); y que si bien podría tratarse de un daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, estando a que la Ley y entes reguladores del sector financiero peruano no determinan específicamente la cobertura obligatoria del hurto y/o daño ocasionado por terceros y demás naturaleza, límites y características, como señala el artículo 1988 del Código Civil para la determinación de los mismos; no resulta legalmente atendible el resarcimiento de daños y perjuicios por la entidad demandada, como se solicita acumulativamente con la demanda”.

La Segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con Resolución 23, del 3 de octubre de 2000 confirmó la sentencia de primera instancia, afirmando que:

“... es una regla de responsabilidad civil soportar el daño en la medida que se haya causado, conforme lo señala el artículo 1972 del Código Civil, y no

<sup>1</sup> El cual establece que: “La Comisión de Protección al Consumidor es el único órgano administrativo competente para conocer de las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en la presente Ley, así como para imponer las sanciones administrativas y medidas correctivas establecidas en el presente Título. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa con rango de ley.

Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar” (este artículo fue modificado en estos términos por el artículo primero de la Ley 27311, del Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, que entró en vigencia el 19 de julio de 2000). Sobre este artículo, STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino. “La Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y su ejercicio de funciones del Poder Público, en Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias”. A cura de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima: Rodhas. 2004. p. 341 y siguientes.

existiendo relación causal entre (el) comportamiento de la demandada y el daño, ésta no puede soportarlo, ya que el delito fue cometido por terceros que carecen de una relación de dependencia con la empleada”.

Distinta solución tuvo un caso similar: el día 15 de setiembre de 2001 a las 13:00 horas aproximadamente, un consumidor se acercó al local de un banco, ubicado en el Centro Comercial Jockey Plaza, con la finalidad de abrir una cuenta de ahorros de fondos mutuos. Una vez que había recibido la información sobre la cuenta que pretendía abrir y luego de llenar los formularios correspondientes, se acercó a una de las ventanillas a efectuar un depósito de US\$ 1,000.00; poniendo el dinero a disposición de la cajera, la misma que al no saber si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso, y una vez que regresó le solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. El banco, en su descargo, ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que personas inescrupulosas que no tienen vínculo alguno con su institución se apropiaron del dinero del denunciante. La Comisión de Protección del Consumidor, ante la denuncia del consumidor, con Resolución Final 883-2002-CPC, de fecha 13 de noviembre de 2002, precisó que:

“... un consumidor razonable que efectúa una operación de depósito en un Banco esperaría que éste le brinde una protección adecuada a sus ahorros de acuerdo a lo establecido por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En este sentido, un consumidor razonable no podría esperar que el Banco se haga responsable de su dinero incluso antes de la entrega efectiva; sin embargo, el Banco sí se encuentra obligado por ley a adoptar determinadas medidas de seguridad preventivas, con la finalidad de evitar que se produzcan conductas que pudieran afectar la vida, la integridad física y el patrimonio de las personas que se encuentran al interior de sus establecimientos.

(...)

Sobre el particular, la Resolución Ministerial 0689-2000-IN/1701 establece la obligación de las entidades financieras de adoptar medidas mínimas de seguridad con la finalidad de proteger la vida y la integridad física de las personas, así como el patrimonio público y privado. En este orden de ideas, el artículo 8 de dicha norma establece la obligación de las entidades financieras de ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encuentre el cliente a quien le corresponda la atención.

En consecuencia, la presencia de más de una persona en una ventanilla, constituirá una vulneración de las medidas de seguridad establecidas por esta norma.

En el presente caso, del video presentado por el Banco se desprende que el Banco no cumplió adecuadamente con la obligación establecida en la citada norma, toda vez que al momento en que se produjo el hurto del dinero del señor Gutiérrez, permitió que permanecieran hasta tres personas en la misma ventanilla, una de ellas era el señor Gutiérrez y las otras dos, las personas que perpetraron el hurto de su dinero.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que en el presente caso, si bien ha quedado acreditado mediante el video que existieron diferentes conductas que pudieron facilitar que se produzca la conducta delictiva, es necesario analizar cuál de estas conductas es la causa adecuada. En primer lugar, existió una conducta poco diligente por parte del denunciante, quien en lugar de entregar el dinero a la cajera que lo estaba atendiendo, lo dejó a su disposición sobre el mostrador de la ventanilla; en segundo lugar, se debe tener en cuenta la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacios de 2 y 3 minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco, que infringió su deber legal de adoptar condiciones mínimas de seguridad, al permitir que además del señor Gutiérrez, se acercaran dos personas a la ventanilla en la cual se le estaba atendiendo.

De lo señalado en el párrafo precedente, se desprende la existencia de tres conductas que habrían podido causar el hecho materia de denuncia; por ello, es necesario establecer cuál de éstas debe ser considerada como la causa que produjo el daño”. Subrayado agregado.

En atención a ello:

“En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero del señor Gutiérrez o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una condición y no como una causa. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Por lo tanto, habiendo quedado acreditado que el Banco incumplió la obligación legal que tenía de adoptar determinadas medidas de seguridad, y en tanto ha quedado acreditado que dicho hecho posibilitó que terceras personas se apropiaran del

dinero del denunciante, la Comisión considera que el Banco no brindó un servicio idóneo al señor Gutiérrez, correspondiendo declarar fundado este extremo de la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor [2]". Subrayado agregado.

Del análisis comparativo de las resoluciones judiciales y la administrativa, podemos llegar a observar lo siguiente:

- a. Resulta evidente que un análisis causal superficial nos puede llevar a soluciones injustas o ineficientes. En efecto, si bien es cierto que en el caso del sacerdote, no hubo la condición adicional de un dependiente poco diligente (de lo cual debe responder objetivamente la institución financiera), hay identidad con el caso que resolvió la Comisión en el hecho que ambos bancos no cumplieron con ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo se encontrase el cliente a quien le correspondía la atención. Hecho que justamente provocó (conjuntamente con la distracción del consumidor) el robo en la propia ventanilla.
- b. En mi opinión, en el caso del sacerdote, también debió responsabilizarse al banco. No se olvide que en todo local abierto al público, aunque no se esté dando en estricto una relación de consumo, existe el deber genérico de seguridad del proveedor<sup>3</sup>. Ello, no quiere decir que dentro del local el banco tenga que asumir los costos por cualquier daño que sufra el consumidor. Aquí se tienen que analizar no sólo los supuestos de ruptura del nexo causal (caso fortuito o fuerza mayor, hecho del tercero o del propio consumidor), sino quien está en mejor posición

para evitar los daños y asumir los costos de su prevención. En ambos casos, el banco estaba en una situación privilegiada para ello, ya que contaba (o debería contar) con personal de seguridad para este efecto. La distracción del consumidor, en este contexto, no pasa de ser una condición del daño, mas no la causa del mismo.

- c. El análisis causal de ambos casos (que son de responsabilidad contractual) nos hace pensar que, lejos de miopes dogmatismos, es posible emplear la teoría de la causalidad adecuada y no limitarse solamente a la aplicación la teoría de la causa próxima.

## 2. LOS FONDOS DE PROTECCIÓN PARA CUBRIR CONSUMOS FRAUDULENTOS POR ROBO DE TARJETAS DE CRÉDITO: ¿PUEDE SUSTRARSE DE ESTA OBLIGACIÓN EL BANCO DESPLAZÁNDOLA AL CONSUMIDOR?

Un problema particularmente sensible se presenta respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, Resolución SBS 271-2000 modificada por la Resolución SBS 373-2000, el cual establece lo siguiente en materia de responsabilidad por consumos fraudulentos:

"A fin de evitar que se produzcan transacciones no autorizadas, la empresa deberá poner a disposición de los titulares y usuarios autorizados de las tarjetas de crédito, sistemas que permitan comunicar de inmediato su extravío o sustracción. Una vez recibida la comunicación, la empresa anulará la tarjeta y dará aviso de tal situación a los establecimientos afiliados. Las transacciones no autorizadas que se realicen con anterioridad a dicha comunicación, serán de responsabilidad de los titulares o usuarios.

<sup>2</sup> El cual prescribe lo siguiente: "Responsabilidad de los proveedores. 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".

Este artículo ha sido interpretado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución 085-96-TDC, de fecha 13 de noviembre de 1996, que confirmó la Resolución en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por el señor Humberto Tori Fernández contra Kouros E.I.R.L., a propósito de la comercialización de un par de zapatos que se rompieron dos meses después de haber sido adquiridos. En dicha Resolución, se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

"a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como 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 condiciones 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 hubieran sido conocibles 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 limitan 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 del 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". Sobre esto, FERRAND RUBINI, Enrique. "La idoneidad del producto o servicio, en Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Precedentes Jurisprudenciales. Normas Complementarias". Op. Cit. p. 107 y siguientes.

<sup>3</sup> Sobre el particular, permítaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Competencia de la Comisión de Protección al Consumidor y los alcances de la relación de consumo (... o sobre la necesidad de diferenciar ambos escenarios)". En: Actualidad Jurídica. Tomo 131. Lima: Gaceta Jurídica Editores. 2004. p. 16 y siguientes.

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

Asimismo, las empresas podrán contratar pólizas de seguro, crear fondos de protección o contingencia, así como establecer otros mecanismos 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". Subrayado agregado.

En este numeral se encuentran delimitadas las obligaciones de los tarjeta habientes y los bancos o empresas frente a la pérdida o robo de una tarjeta de crédito, vale decir, el punto de quiebre lo determina la comunicación de tal hecho por parte del usuario al banco o empresa. Los consumos fraudulentos antes de la comunicación son de cargo del consumidor y los que se presentan después, los asume el banco. Sin embargo, es un tema de discusión si el banco puede desplazar su responsabilidad al cliente, vía un fondo de protección, a cargo de este último.

Los bancos redactan contratos de tarjeta de crédito en los cuales se establecen los términos del fondo de protección o contingencia administrado por éstos, los cuales transcribo a continuación:

"EL CLIENTE no asume responsabilidad por el uso irregular o fraudulento que pueda haberse hecho con las Tarjetas, si éste fue realizado con posterioridad a la comunicación cursada a EL BANCO, pues en tal caso se encontrará cubierto por el seguro y/o mecanismo de cobertura contra fraude implementado por EL BANCO, cuyo costo –que se cargará mensualmente en la Cuenta Tarjeta– y cobertura figuran en el Tarifario entregado a EL CLIENTE. Mientras no se curse dicha comunicación, EL CLIENTE asumirá total responsabilidad, aun por los consumos que superen su Línea de Crédito". Subrayado agregado.

La Comisión de Protección al Consumidor inició de oficio una serie de procedimientos a las entidades financieras que realizaban esta práctica. Cito la Resolución Final 175-2005/CPC, de fecha 15 de febrero de 2005, en la cual se decide:

"(i) Declarar fundada la denuncia por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, por las siguientes consideraciones:

- Ha quedado acreditado que el contrato de tarjeta de crédito de la denunciada contempla un fondo

de protección o contingencia a cargo de los consumidores, cuya finalidad es cubrir los consumos no autorizados posteriores al bloqueo.

- Que, de acuerdo al artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, los consumidores no son responsables por las transacciones fraudulentas efectuadas después del bloqueo de la tarjeta de crédito, siendo este supuesto de carácter imperativo, por lo que no puede ser sustituido ni alterado por la voluntad de los particulares. Sin embargo, en virtud del contrato anteriormente señalado, los consumidores se verían en la obligación de asumir un fondo cuya finalidad es cubrir el costo de los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, si bien los consumidores han suscrito el citado contrato, no se puede entender ese acto como una aceptación de todas sus condiciones y términos, en la medida que, la cláusula referida al fondo de protección o contingencia implicaría una afectación a los derechos de los consumidores. En efecto, dicha cláusula pretende desnaturalizar el derecho reconocido legislativamente a los consumidores de no asumir responsabilidad alguna por los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, si bien el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito faculta al Banco a crear fondos de protección o contingencia, dicha norma no lo autoriza a decidir que un fondo a cargo de los consumidores sólo cubrirá los consumos posteriores al bloqueo.
- Que, la experiencia extranjera ha demostrado que el uso de mecanismos que brinden cobertura a los consumos no autorizados anteriores al bloqueo, no necesariamente genera la aparición o proliferación de autofraudes, si es que ello, va acompañado de sistemas adecuados de seguridad.
- Que, si bien el Banco se encuentra en la libertad de trasladar sus costos a los consumidores; ello, debe realizarse de una manera adecuada y transparente, de modo que no genere confusión. Sin embargo, en este caso, la Comisión considera que no se puede considerar el cobro del fondo de protección o contingencia como el traslado de un costo, teniendo en cuenta que el monto cobrado no es proporcional al costo que representa para el Banco hacerse responsable por los consumos posteriores al bloqueo, sino que por el contrario ha quedado demostrado en el procedimiento el ánimo de lucro del Banco al cobrar dicho fondo.

- (ii) declarar fundada la denuncia por infracción a

los artículos 5 inciso b)[<sup>4</sup>] y 15[<sup>5</sup>] de la Ley de Protección al Consumidor. Ha quedado acreditado que el Banco indujo a error a los consumidores al presentar el fondo de protección o contingencia como un servicio en beneficio de éstos.

(iii) Ordenar al Banco, como medida correctiva de oficio, que a partir de la fecha de notificación de la presente resolución cumpla con:

1. Abstenerse de seguir cobrando el fondo de protección o contingencia a los consumidores, o cualquier otro concepto que tenga por finalidad cubrir su responsabilidad por los consumos posteriores al bloqueo; salvo en los casos que el traslado de dicho costo se realice de manera transparente, mediante el incremento de la tasa de interés o de una forma que no cause confusión a los consumidores.
2. Devolver a los titulares de tarjeta de crédito el monto cobrado a partir del 1 de julio de 2000 por concepto de fondo de protección o contingencia a la fecha. Dicha devolución deberá sujetarse a las siguientes consideraciones:
  - a. En el caso de los consumidores que aún mantienen vigente su contrato de tarjeta de crédito con el Banco, éste deberá efectuar el abono en cuenta del monto correspondiente.
  - b. En el caso de los consumidores que ya no mantengan vigente el referido contrato, y se les haya efectuado el cobro por concepto del fondo a partir de la fecha antes indicada, el Banco deberá efectuar el pago correspondiente, cuando aquellos así lo soliciten”.

Esta decisión contó con un voto discordante, el cual se basó en la siguiente argumentación:

“Discrepo de la resolución emitida por la Comisión en el presente caso, toda vez que considero que los hechos calificados por este órgano como infracciones a la Ley de Protección al Consumidor por parte del Banco, no resultarían ser tales.

En mi opinión, esta institución financiera pone a disposición de los consumidores información suficiente sobre la naturaleza y alcances del mecanismo de protección frente a consumos fraudulentos efectuados con posterioridad al aviso de pérdida o extravío de su tarjeta de crédito.

De otro lado, considero que no existe en la legislación vigente limitación que impida que el Banco pueda trasladar válidamente a los consumidores el costo del mecanismo de protección que el Reglamento de Tarjetas de Crédito le faculta a establecer para cubrir las transacciones no autorizadas que se realicen antes o después de la comunicación del titular o usuario sobre la sustracción o extravío de su tarjeta de crédito. En este orden de ideas, es opinión de quien suscribe el presente voto discordante que, al no existir una inducción a error a los consumidores respecto a la naturaleza y alcance del mecanismo de protección establecido expresamente para cubrir consumos posteriores al bloqueo; y, al no estar restringida la facultad del Banco de trasladar este o cualquier otro costo en que incurra para la prestación de sus servicios al cliente, la Comisión debe declarar infundado el procedimiento por infracción a los artículos 5 inciso b), 8 y 15 de la Ley de Protección al Consumidor”.

<sup>4</sup> El cual regula que “en los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...) b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una 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...”. Sobre este inciso, FERRAND RUBINI, Enrique. “Los derechos de los consumidores”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. pp. 64-65.

<sup>5</sup> Que precisa lo siguiente: “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 la 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 a 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 288-2000/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 1997, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de abril de 1997, confirmó la resolución emitida por la Comisión que declaró fundada la denuncia presentada por la señora Liliana Carbonel Cavero en contra de Finantour S.R.L. En dicha resolución se estableció el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria. Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría un consumidor razonable.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por un consumidor razonable dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél –es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él –es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar”.

Sobre este artículo, ESPINOZA ESPINOZA, Juan y María Elvira GONZALES BARBADILLO. “Deber de información del proveedor”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. p. 149 y siguientes.

La discusión se centra en determinar si, al quedar establecido por ley que el banco asume los costos de los consumos fraudulentos después de la comunicación del cliente ¿qué es lo que esperaría un consumidor razonable? ¿Qué el fondo de protección que él paga cubra los consumos que le corresponden a éste o al banco? Y aun en el caso que se establezca este acuerdo mediante los contratos redactados por el proveedor ¿no se estaría infringiendo una norma imperativa? Así, a propósito del último párrafo del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito, la Comisión sostiene que:

“En opinión de la Comisión, esta norma faculta a las empresas del sistema financiero a: (i) contratar pólizas de seguros con terceros autorizados para brindar este tipo de servicios, (ii) crear fondos de protección o contingencia en sus propias instituciones, o (iii) establecer algún otro mecanismo similar. Tal como se puede observar, la finalidad de la norma es crear mecanismos que permitan afrontar las contingencias ocasionadas por los consumos fraudulentos.

Sin embargo, a diferencia de la interpretación efectuada por el Banco, 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 sólo los consumos anteriores o sólo los consumos posteriores, o ambos; sino que, éstos deben cubrir necesariamente todos los consumos fraudulentos. Esta conclusión se sustenta, justamente en la interpretación pro-consumidor que debe darse a la norma, y la creación de fondos o la contratación de seguros a cargo de los consumidores que cubran únicamente los consumos posteriores al bloqueo desnaturalizarían los párrafos anteriores de la misma norma. En todo caso, la elección la podrá hacer el Banco cuando el mecanismo de protección sea asumido por su institución y no por los consumidores.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que el hecho que la norma utilice una disyunción en su redacción, no necesariamente hace alusión a la posibilidad de elegir entre una y otra, sino que ésta se refiere a que los consumos se podrían realizar antes o después del bloqueo, pero que de igual manera deberían ser cubiertos. Es preciso recordar, que la disyunción ‘o’ no necesariamente implica que la ocurrencia de una de las alternativas niegue la ocurrencia de la otra; en efecto, cuando existe una disyunción implica que se pueden dar cualquiera de las alternativas o ambas a la vez.

En este caso, el supuesto de la norma es cubrir los consumos fraudulentos; siendo que, en cada caso particular podría producirse que sólo se den consumos

posteriores o sólo anteriores al bloqueo, o de ambos tipos.

En consecuencia, la Comisión considera que esta norma no faculta a las entidades del sistema financiero a crear fondos de protección o contingencia a cargo de los consumidores que cubran únicamente los consumos fraudulentos posteriores al bloqueo”.

En caso que en el contrato se estipulase que el consumidor asuma, vía fondo de protección, los costos de los consumos fraudulentos *post* comunicación, la posición de la Comisión ha sido la de interpretar la regla de distribución de asunción de costos contenida en el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito como una de carácter imperativo, vale decir, que prevalece aun en contra de lo acordado entre el proveedor y el consumidor. Refuerza este criterio el mandato legislativo de interpretar las normas en un sentido favorable al consumidor. Así, la *ratio decidendi* es la siguiente:

“... así como el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito establece la obligación que tienen los consumidores de asumir la responsabilidad por los consumos fraudulentos que se puedan producir con sus tarjetas antes del aviso al Banco sobre la pérdida o extravío. De la misma forma, ese artículo reconoce un derecho a los titulares de tarjetas de crédito, según el cual éstos no asumirán responsabilidad alguna por las transacciones no autorizadas posteriores al bloqueo.

Ello, no debe ser considerado como una decisión legislativa al azar, sino que encuentra plena justificación en la posición de control que ejerce cada una de las partes del contrato, es decir el consumidor y el Banco, respecto de la tarjeta. En efecto, el consumidor es responsable por la custodia de su tarjeta y por el uso que le da, por lo tanto responderá por todos los consumos que se realicen con ésta; es así, que cuando se produce el robo o pérdida de la tarjeta, el consumidor también responderá por los consumos fraudulentos, en la medida que ha asumido la obligación de dar aviso inmediato al Banco y la demora evidencia una falta de diligencia. Sin embargo, una vez producido el aviso, es el Banco quien se encuentra en una posición inmejorable para monitorear y evitar que se realicen transacciones fraudulentas. En efecto, este último tiene la posibilidad de bloquear la tarjeta y de esta manera impedir nuevos consumos, de no hacerlo o de existir defectos en el sistema que permitan la realización de nuevos consumos, ya no podrá trasladarse esa responsabilidad al consumidor, pues se trata de problemas operativos que los Bancos deben corregir e invertir en crear sistemas adecuados y más seguros.

El artículo 65 de la Constitución Política del Perú establece la obligación del Estado de proteger el interés de los consumidores y usuarios, en este caso, es la Comisión la llamada a defender los derechos de aquellos consumidores que han accedido a una tarjeta de crédito, para lo cual han suscrito un contrato, que entre otras condiciones, establece la obligación de asumir el costo de un fondo de protección que cubre los consumos posteriores al bloqueo.

Asimismo, debe tomarse en consideración que el supuesto indicado en el segundo párrafo del artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito es uno de carácter imperativo, en el cual al liberar de responsabilidad a los consumidores respecto de las transacciones no autorizadas que se realicen con posterioridad al bloqueo, establece un derecho de éstos que no puede ser sustituido ni alterado por la voluntad de los particulares.

En este caso, el contrato de tarjeta de crédito de la denunciada establece que el consumidor no será responsable de los consumos posteriores al bloqueo, pero ello no porque así sea determinado legalmente, sino porque según el Banco el consumidor se encuentra cubierto por un mecanismo de protección frente a un fraude. Lo cual en opinión de la Comisión carece totalmente de validez, el consumidor nunca será responsable de esos consumos, pero no por el hecho que cuente con un seguro o con un fondo de protección o contingencia o como quiera denominarlo el Banco, sino porque la ley así lo ha establecido.

A decir de la Comisión, lo que el Banco pretende hacer es desnaturalizar el derecho que se ha reconocido legislativamente a los consumidores 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.

Por lo anteriormente expuesto, la Comisión considera que la cláusula décima sexta del contrato de tarjeta de crédito del Banco pretende imputar al consumidor una obligación que la ley ha señalado que no le corresponde y sobre la cual no se puede aceptar un pacto en contrario, obligándolo a asumir el costo de un fondo de protección cuya finalidad no sería la protección del titular de la tarjeta de crédito, sino cubrir el riesgo que por disposición legal debe asumir la entidad financiera".

Sin embargo, la Comisión ha advertido que esta práctica de los bancos, más allá del traslado de un costo, se ha convertido en una operación ampliamente rentable para las instituciones financieras, así:

"... la Comisión considera que el traslado de costos es una operación usual que se ejecuta válidamente en el sistema financiero, un ejemplo de ello son los montos cobrados por concepto de portes, comisiones, gastos de cobranza extrajudicial, gastos de cobranza judicial, entre otros. No obstante, se debe diferenciar entre un traslado de costos, que estaría definido como el cobro a los consumidores de aquellos montos que el Banco paga por determinados servicios, y una ganancia o utilidad encubierta.

Lo expuesto, hace necesario un análisis de la naturaleza del monto cobrado por concepto de fondo de protección o contingencia; es decir, determinar si se trata de un costo que se ha trasladado al consumidor o, en su defecto, si se trata de una utilidad del Banco que ha sido presentada a los consumidores de una manera diferente, y si la información brindada a los consumidores era adecuada o podía inducirlos a error respecto a los alcances, finalidad y naturaleza del monto pagado.

En opinión de la Comisión, el cargo realizado a los consumidores por concepto del fondo materia del procedimiento, no puede ser considerado como el traslado de un costo, en la medida que por costo debe considerarse el gasto que demanda la producción o suministro de servicio; siendo que, el aumento de un plus o adicional a este precio se convertiría en una ganancia para la empresa que lo cobra.

De los medios probatorios que obran en el expediente no se desprende que el Banco haya trasladado al consumidor el precio de mantener un fondo de protección o contingencia que cubra los consumos posteriores al bloqueo, por el contrario, es evidente que lo cobrado representa una ganancia para la institución financiera".

En las Resoluciones Finales 175, 176, 177, 179, 180 y 181-2005/CPC, de fecha 15 de febrero de 2005, se elaboró un cuadro comparativo de las operaciones que realizaron 6 instituciones financieras bajo este procedimiento iniciado de oficio<sup>6</sup>. El siguiente cuadro refleja el porcentaje de los consumos atendidos con cargo al fondo con respecto al monto total recaudado, según el período correspondiente.

<sup>6</sup> En la Resolución Final 178-2005/CPC, del 15 de febrero de 2005, no se hizo el cuadro porque, si bien se estableció contractualmente el fondo de protección, nunca se llegó a activar.



Banco	Período	Porcentaje de los consumos atendidos con cargo al fondo con respecto al monto total recaudado
1	Marzo 2002-junio 2004	8,75%
2	Noviembre 2000-junio 2004	2,5%
3	Mayo 2001-mayo 2004	1,10%
4	Julio 1994-junio 2004	8,8%
5	Febrero 1998-junio 2004	7,3%
6	Julio 1996-junio 2004	38,1%

En resumidas cuentas, dado el carácter imperativo del mandato de la asunción de responsabilidad por parte de la institución financiera de los consumos fraudulentos después de la comunicación de la pérdida o robo de la tarjeta por parte del titular, carácter imperativo resultado de la interpretación de la normatividad en un sentido favorable para el consumidor<sup>7</sup>, no serían oponibles las cláusulas que dispongan que el fondo de protección a estos efectos sea asumido por éste. Ello sería perfectamente aplicable a los consumos fraudulentos desde la pérdida o robo de la tarjeta hasta la comunicación de este hecho. El fondo de protección, tal como ha sido concebido por las instituciones financieras sometidas a estos procedimientos de oficio, no sólo ha constituido un desplazamiento de responsabilidad establecida por un mandato imperativo, sino una operación económica, cuanto menos rentable, para estos proveedores.

En reiteradas resoluciones se precisa que, siendo el INDECOPI un árbitro que supervisa las relaciones que se desarrollan entre los consumidores y proveedores en el mercado, su accionar se justifica sólo en aquellos casos en los cuales los mecanismos de solución de conflictos propios del mercado resulten ineficientes para corregir las faltas que se suscitan en él, entre otros motivos, la existencia de información asimétrica entre consumidores y proveedores, así como el alto costo que significaría para los consumidores obtener información relevante. Creo que esta afirmación resulta plenamente aplicable al caso bajo comentario, en el cual, la capacidad de negociación de los consumidores es mínima frente a estipulaciones que los proveedores hacen, incluso, contraviniendo normas imperativas.

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución 0701-2005/

TDC-INDECOPI, del 24 de junio de 2005 modificando los extremos relativos a las medidas correctivas y a la multa. Sin embargo, se observa que su fundamentación –totalmente apartada de la de la Comisión– es contradictoria y termina desprotegiendo al consumidor. Así, se sostiene que, en lo que respecta a la delimitación de responsabilidad establecida en el artículo 15 del Reglamento de Tarjetas de Crédito:

“En este extremo el Reglamento es plenamente normativo, es decir, establece un comportamiento obligatorio para la relación jurídica que queda sometida a su ámbito de aplicación. Lo dispuesto en este extremo por el Reglamento es de obligatorio e irresistible cumplimiento por la entidad financiera y los clientes  
(...)

La Sala entiende que una distribución de responsabilidad en este sentido, se sustenta en el hecho de que, por su posición en el mercado y los recursos con los que cuentan, las empresas bancarias tienen a su disposición una infraestructura y mecanismos de seguridad que les permiten, tan pronto toman conocimiento de la sustracción o extravío de una tarjeta de crédito, proceder a su inmediato bloqueo. De esta manera, sus sistemas impedirán que se realicen transacciones por cajeros automáticos o en establecimientos interconectados a la red de la empresa que gestiona las tarjetas –sean Visa, MasterCard, American Express u otras. Igualmente, están en la posibilidad de informar a los establecimientos que soliciten autorización telefónica, que determinada tarjeta ha sido anulada y que deben proceder a su retención.

Considerando la asignación de responsabilidad que realiza el Reglamento, y los recursos con los que cuentan las empresas bancarias para reducir al mínimo la posibilidad de que se produzcan consumos

<sup>7</sup> En efecto, el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor, modificado por la Ley 27251, publicada el 7 de enero de 2000, establece que “La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico del la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”. Sobre este artículo, REILEY NIÑO, Diana Milagros. “Interpretación pro consumidor”. En: Ley de Protección al Consumidor. Op. Cit. p. 23 y siguientes.

fraudulentos, mal puede afirmarse que la responsabilidad o el riesgo por consumos no autorizados realizados a partir de la comunicación de sustracción o extravío corresponde al titular de la tarjeta. Ello, porque una vez que el cliente ha cumplido con informar que ésta ya no se encuentra en su poder, y salvo que existan evidencias de que se ha verificado un caso de autofraude, no habrá forma de que el emisor exija al titular de la tarjeta el pago de los consumos fraudulentos realizados a partir de ese momento”.

En buena cuenta, se admite la naturaleza imperativa de esta disposición. No obstante, se agrega que:

“La atribución de responsabilidades no es materia de este procedimiento y la Comisión equivoca su argumentación cuando vincula este tema con la identificación de la parte que debe asumir el costo del seguro destinado a cubrir la pérdida. Una situación es la identificación de quién asume la pérdida cuando se produce el fraude y otra cosa distinta es quién financia la cobertura del seguro destinado a resarcir la pérdida sufrida como consecuencia del fraude”.

¡Plop! Como en las tiras cómicas. La Sala distingue entre quién debe asumir la responsabilidad después de la denuncia del tarjeta habiente y quién puede asumir los costos para cubrir dicha pérdida: han creado el Fondo de Protección financiado por el Usuario para beneficio del Banco (quien, por ley imperativa, está obligado a asumir tal responsabilidad ¡y la misma Sala lo reconoce!). Realmente cuesta entender la secuencia lógica en el razonamiento de los Vocales de la Sala: si, por un lado, se reconoce el carácter imperativo de la asunción de responsabilidad, por otro, se admite que “se le saque la vuelta” a esta disposición haciendo que el consumidor cubra los costos que se derivan de esa asunción de responsabilidad (¿?). En este desorden de ideas, agregan que:

“El legislador ha dejado en libertad a las partes para establecer las condiciones de reparto del gasto que pudiera derivarse de la cobertura del riesgo en la forma que quisieran establecerlo. Es decir, las partes decidirán qué riesgo cubren, con qué extensión, y quién asumirá el costo por dicha cobertura.

(...)

En consecuencia, no existe prohibición legal expresa para que las empresas del sistema bancario, decidan

que sus clientes, pese a que no son responsables por los consumos realizados con posterioridad al bloqueo de la tarjeta, sean los encargados del pago de las primas del seguro antifraudes o de costear el fondo de protección o contingencia que finalmente cubrirán aquellas transacciones fraudulentas cuyo importe no pueda ser recuperado por el banco emisor”.

Sin embargo, a criterio de la Sala, la infracción que ha cometido el banco proveedor es la de no informar esta distribución de costos de una manera precisa. Así:

“... debe tenerse en cuenta –ahora con pleno carácter normativo– que el Reglamento, en concordancia con los principios que inspiran la Ley de Protección al Consumidor, exige que las entidades financieras señalen expresamente en los contratos de tarjeta de crédito, a través de un lenguaje claro y comprensible por los consumidores, la forma en la que los mecanismos de cobertura vienen siendo implementados”.

Con ello, se deduce que si el banco informase claramente al consumidor que éste va a cubrir los riesgos que por ley imperativa le corresponden al banco, ello sería perfectamente admisible. Decisiones como ésta constituyen una muy mala señal en lo que a tutela efectiva de los derechos de los consumidores se refiere. Si el contrato de afiliación al sistema de tarjetas de crédito es uno de adhesión, la posibilidad de negociar la asunción del riesgo es nula. Es por ello que existe una norma imperativa que establece quién es el responsable. La información precisa a la cual hace referencia la Sala no es más que aquella que se da en el contrato de adhesión cuando se indica claramente la flagrante violación de la norma bajo comentario, la cual, por su propia naturaleza es “de obligatorio e irresistible cumplimiento” (como lo admite la misma Sala). El subterfugio de distinguir la asunción de responsabilidad de la asunción de los costos para cubrir esa responsabilidad es una interpretación que colisiona abiertamente con el principio pro consumidor: todo un ejemplo a no seguir. Con esta decisión el consumidor ha quedado totalmente desprotegido y ahora –con la inminente reforma en la redacción de los contratos de tarjeta de crédito– va a tener que asumir costos que por ley no le deberían corresponder.