

RESOLUCIÓN FINAL N° 0286-2015/CC1

PROCEDENCIA : LIMA
DENUNCIANTE : HUMBERTO WILLIAMS
FELIX DI NATALE
(EL SEÑOR FELIX)
DENUNCIADA: BBVA BANCO CONTINENTAL
S.A.¹
(EL BANCO)

MATERIA : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO
PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA
IDONEIDAD
MÉTODOS COMERCIALES COERCITIVOS
CLÁUSULAS ABUSIVAS
MEDIDAS CORRECTIVAS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
COSTAS Y COSTOS

ACTIVIDAD : OTROS TIPOS DE INTERMEDIACIÓN MONETARIA

SANCIÓN: -BBVA BANCO CONTINENTAL S.A.: CINCO (5) UIT

Lima, 18 de febrero de 2015

ANTECEDENTES

1. El 8 de abril de 2013, el señor Félix denunció al Banco por presuntas infracciones a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor² (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:

- (i) El 21 de setiembre de 2009, efectuó la sustitución, apertura y traslado del dinero que se encontraba en sus cuentas denominadas “Contiahorro” a un nuevo producto financiero denominado “Cuenta Ganadora”.

¹ RUC N° 20100130204.

² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2010 y vigente desde el 2 de octubre de 2010.

- (ii) En mérito a ello, el Banco abrió las cuentas N° MN xxxxxx0025 y ME N° xxxxxx0033 (en adelante, las cuentas); sin embargo, no le entregó las “Cláusulas Generales de Contratación” que suscribió para tal efecto.
- (iii) El 1 de marzo de 2013, se percató que sus cuentas habían sido bloqueadas y que su saldo contable era cero (0), por lo que acudió a una agencia del Banco donde fue informado que dicha actuación se realizó por orden de la Sub Gerencia.
- (iv) Posteriormente, se le informó que sus cuentas habían sido bloqueadas debido a que en ellas se verificaron cuatro depósitos irregulares, ascendentes a S/. 88 400,00, que eran materia de investigación y que el bloqueo se justificaba en la aplicación de las Cláusulas Generales de Contratación que suscribió al momento de que las cuentas fueron abiertas.
- (v) Dichas cláusulas fueron modificadas, hasta en dos oportunidades, sin que se le informara previamente.
- (vi) Mediante carta del 5 de marzo de 2013, autorizó la retención del monto investigado a efectos de que se libere el resto de los fondos de sus cuentas, los cuales ascendían a S/. 253 028,67 y US\$ 18 940,06, sin que se haya accedido a su requerimiento.
- (vii) Ante ello, el 12 de marzo de 2013 presentó un reclamo ante el Banco que no ha sido respondido oportunamente.
- (viii) El 25 de marzo de 2013, verificó que, sin previo aviso ni mandato judicial alguno, el Banco había debitado el dinero existente en sus cuentas, por lo que su saldo contable y disponible era de cero (0).
- (ix) Requirió notarialmente al denunciado una explicación sobre dichas medidas, obteniendo como respuesta que no sustentó el origen de sus ingresos, afirmación que resulta falsa pues mediante la carta del 12 de marzo de 2013 presentó el sustento de los fondos depositados en sus cuentas.
- (x) Las “Cláusulas Generales de Contratación”, en cuya aplicación el denunciado ampara su actuación, resultan abusivas.
- (xi) Solicitó como medidas correctivas que se ordene al Banco lo siguiente: (i) el extorno del dinero indebidamente debitado de sus cuentas; (ii) la inaplicación de las Cláusulas Generales de contratación, las cuales considera abusivas; y, (iii) el pago

de las costas y costos del procedimiento.

2. Mediante Resolución N° 1 del 29 de abril de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 admitió a trámite la denuncia contra el Banco, conforme a lo siguiente:

“(…)

- *Por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en tanto el Banco:*

(i) habría bloqueado las cuentas ganadoras del denunciante, sin previo aviso;

(ii) habría debitado el dinero de sus cuentas ganadoras a su favor y sin comunicación previa; y,

(iii) no le habría hecho entrega de las cláusulas generales de contratación del Contrato de Operaciones y Servicios Bancarios – Cuenta Ganadora.

- *Por presunta infracción del artículo 24° del Código, en tanto el Banco no habría atendido oportunamente el reclamo registrado el 12 de marzo de 2013*

- *Por presunta infracción a los artículos 1° literal c) y 56° literal c) del Código, en tanto el Banco habría modificado unilateralmente las cláusulas generales de contratación hasta en dos oportunidades del Contrato de Operaciones y Servicios Bancarios – Cuenta Ganadora del denunciante, sin contar con su debida autorización.*

- *Por presunta infracción del artículo 49° y 50° literal c) del Código, en tanto las cláusulas generales de contratación del Contrato de Operaciones y Servicios Bancarios – Cuenta Ganadora del denunciante, devendría en cláusulas abusivas.”*

(…)”.

3. El 4 de junio de 2013, el Banco presentó sus descargos señalando lo siguiente:

- (i) La imputación referida a que no habría cumplido con la entrega de las cláusulas generales de contratación versa sobre un hecho que habría ocurrido al momento de la contratación de las cuentas ganadoras, esto es, el 21 de setiembre de 2009; por tanto, al momento de la presentación de la denuncia, ya había transcurrido el plazo prescriptorio. Sin perjuicio de ello, cumplió con entregar oportunamente las referidas cláusulas contractuales al señor Félix.
- (ii) Respecto al bloqueo de las cuentas, debe tenerse en cuenta que la cláusula décimo tercera del contrato celebrado con el denunciante lo faculta a bloquearlas y/o retener los recursos depositados en ellas, siempre que existan dudas razonables sobre la legalidad de la procedencia de dichos recursos.
- (iii) Así, en el presente caso, el 30 de enero de 2013, recibió la comunicación de uno de sus clientes *-H.V. Contratistas S.A. (en adelante, el cliente)-* informándole que

diversos cheques no negociables girados a cargo de sus cuentas bancarias no fueron abonados a sus beneficiarios.

- (iv) Como resultado de una investigación interna, verificó que doscientos cuatro (204) cheques no negociables girados por el cliente, fueron irregularmente endosados a favor del señor Peter Salazar Linares (en adelante, el señor Salazar), pese a ser intransferibles.
- (v) Asimismo, constató que, tras cobrar dichos títulos valores, el señor Salazar procedía a fraccionar el importe entregado y, de forma inmediata, los depositaba en las cuentas del denunciante.
- (vi) En consecuencia, su actuación obedeció a la aplicación de una cláusula contractual pactada con el denunciante, toda vez que existían dudas razonables sobre la legalidad de los fondos de sus cuentas.
- (vii) De otro lado, si bien el señor Félix señaló que debitó a su favor los saldos de sus cuentas sin su autorización, no ha presentado ningún medio probatorio que acredite su afirmación; no obstante ello, debe considerarse que los importes debitados fueron depositados a las cuentas desde donde fueron irregularmente retirados.
- (viii) En cuanto al reclamo presentado por el denunciante el 12 de marzo de 2013, cumplió con atenderlo mediante carta notarial del 27 de marzo de 2013, esto es, dentro del plazo de treinta (30) días calendarios previsto legalmente.
- (ix) El denunciante no ha presentado ningún medio probatorio que acredite la modificación de las cláusulas generales de contratación; no obstante ello, se encuentra facultado a efectuar modificaciones a dichas estipulaciones.
- (x) Las “Cláusulas Generales de Contratación” fueron revisadas y aprobadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), por lo que el presunto carácter abusivo alegado por el señor Félix carece de sustento.
- (xi) Sin perjuicio de lo expuesto, solicitó la suspensión del procedimiento, en la medida que los hechos denunciados por el señor Félix vienen siendo investigados por la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional del Perú.

4. Con fecha 26 de noviembre de 2013 el señor Felix adjuntó en calidad de medios probatorios: (i) Copia del documento denominado “ingreso N° 131-2013” emitido

por la 57° Fiscalía Provincial Penal del Distrito Judicial de Lima el 6 de setiembre de 2013; y, (ii) Copia de la denuncia N° 131-2013 emitido por la 57° Fiscalía Provincial Penal del Distrito Judicial de Lima el 6 de setiembre de 2013.

5. El 15 de enero de 2014, se llevó a cabo el informe oral con la concurrencia de ambas partes. En dicha oportunidad, el Banco presentó un escrito ampliando sus descargos conforme a lo siguiente:

- (i) Durante la realización del informe oral, el denunciante manifestó que no mantiene ninguna relación comercial con el señor Salazar; por tanto, los abonos realizados por éste a sus cuentas no se encontrarían justificados.
- (ii) El señor Félix, durante dicha diligencia, tampoco pudo explicar el origen del dinero abonado en sus cuentas.

ANÁLISIS

Cuestiones previas

Sobre la solicitud de suspensión del procedimiento

6. El numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú³ establece la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Asimismo, el artículo 410° del Código Penal sanciona la avocación indebida de procesos en trámite.⁴

7. Por su parte, el artículo 65° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, dispone la suspensión de la tramitación

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

⁴ **CÓDIGO PENAL**

Artículo 410°.- Avocamiento ilegal de proceso en trámite

La autoridad que, a sabiendas, se avoque a procesos en trámite ante el órgano jurisdiccional, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4.

de los procedimientos seguidos ante los órganos funcionales del Indecopi en los casos en los cuales, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia o cuando surja una cuestión contenciosa que precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.⁵ De esta manera, se busca evitar contradicciones al interior del ordenamiento jurídico y contribuir a una mejor definición de los derechos reconocidos a los particulares.⁶

8. Sobre el particular, la suspensión del procedimiento es procedente sólo si se presenta cualquiera de los siguientes supuestos: (i) si, antes del procedimiento administrativo que pretende suspenderse, se inició un proceso judicial sobre la misma materia; o, (ii) si, durante su tramitación, surge una cuestión contenciosa que precise de un pronunciamiento jurisdiccional previo.

9. En el presente caso, el Banco solicitó la suspensión del procedimiento, en la medida que los hechos denunciados por el señor Félix vendrían siendo investigados por la División de Investigación de Estafas y otras Defraudaciones de la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional del Perú (en adelante, la División).

10. Obran en el expediente las citaciones⁷ efectuadas por la División dirigidas al representante legal del Banco, a efectos de recabar su manifestación para el esclarecimiento de la denuncia formulada por su cliente contra el señor Jimmy Soto Rufasto por los delitos de falsedad genérica y estafa; así como, los oficios mediante los cuales se le requiere documentación referida a la investigación antes señalada.

11. En ese sentido, de los actuados no se verifica que se haya iniciado un proceso judicial con anterioridad al inicio del presente procedimiento, puesto que las

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**
Artículo 65°.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

⁶ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 807. Documento publicado el 18 de abril de 1996.

⁷ Citación N° 722-DIRINCRI-DIVIEODD-D8 de fecha 12 de marzo de 2013, a fojas 87 del expediente y citación N° 793-DIRINCRI-DIVIEODD-D8 de fecha 21 de marzo de 2013 a fojas 89 del expediente.

investigaciones preliminares realizadas por la autoridad policial no resultan suficientes para que esta Comisión disponga su suspensión.

12. De otro lado, de la revisión de la documentación que obra en el presente procedimiento, tampoco se verifica la existencia de una cuestión contenciosa que precise de un pronunciamiento previo en otra instancia o jurisdicción.⁸

13. Por tanto, corresponde desestimar la solicitud de suspensión del procedimiento presentada por el Banco.

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora para conocer el tercer hecho imputado

14. La prescripción en materia administrativa consiste en la extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo, que acarrea indefectiblemente la pérdida del “*ius puniendi*” del Estado, eliminando, por ende, la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda determinar la existencia de una conducta infractora y pueda imponer válidamente una sanción al responsable.

15. El artículo 121° del Código establece⁹ que las infracciones prescriben a los dos (2) años contados a partir del día en que se hubieran cometido o desde que cesaron, si se trata de una infracción continuada.¹⁰ Asimismo, se indica que el cómputo y

⁸ Como ejemplo de cuestión contenciosa que requiere de pronunciamiento previo sin el cual no puede resolverse el asunto que se tramita ante Indecopi, cabe señalar el caso en que los beneficiarios de un seguro de vida denuncian ante esta entidad el otorgamiento de la cobertura correspondiente, no obstante lo cual surge controversia respecto a su condición de herederos, incertidumbre jurídica que es planteada ante el órgano jurisdiccional. En este caso corresponderá que Indecopi suspenda la tramitación del procedimiento administrativo hasta que se resuelva la controversia sobre la vocación hereditaria que se atribuyen los interesados, puesto que dicha determinación en sede judicial incidirá directamente en el pronunciamiento que se pueda emitir en sede administrativa.

⁹ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 121°.-Las infracciones al presente Código prescriben a los dos (2) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una infracción continuada.

Para el cómputo del plazo de prescripción o su suspensión se aplica lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley núm. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁰ Es de precisar que si bien los hechos denunciados se llevaron a cabo antes de la entrada en vigencia del Código, las normas procesales, como aquellas que determinan los supuestos de prescripción, son de aplicación inmediata en el tiempo, conforme a lo establecido en la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, la cual establece lo siguiente: “*Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado*”.

suspensión del plazo prescriptorio se regirá por lo dispuesto en el artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG)¹¹.

16. Sobre el particular, a criterio de la Comisión es a partir del conocimiento del hecho infractor que debe contarse el plazo para verificar si se ha configurado la prescripción, pues solo a partir de aquel momento el titular de un derecho de acción se encuentra en posibilidad de ejercerlo.

17. No obstante, al momento de analizar los alcances de la prescripción en los procedimientos de protección al consumidor, dicho aspecto se debe ponderar en función a otras normas del sistema de protección al consumidor y a los derechos de las partes involucrados en los procedimientos.

18. Así tenemos que, el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi (en adelante, la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi), establece que el procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor se inicia, a pedido de parte, mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico, esto es, comienza con la presentación del escrito de denuncia.¹²

19. Si la prescripción se suspendiera con la notificación de la resolución de imputación de cargos al proveedor denunciado, el consumidor denunciante tendría que calcular el tiempo que le tomaría a la Comisión admitir a trámite la denuncia y notificar la resolución correspondiente al proveedor para presentar su denuncia antes del vencimiento del plazo de dos años establecido en la ley.

¹¹

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 233.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

233.2 El plazo de prescripción sólo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado.

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

¹²

DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DE INDECOPI

Artículo 23°.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI.

20. En el supuesto e hipotético negado que se considerara que existe una duda razonable sobre qué norma es la que debe aplicarse en este supuesto, en aplicación del principio in dubio pro consumidor recogido en el numeral 2 del artículo V del Título Preliminar del Código, lo dispuesto en el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 807 debe prevalecer, pues, como se ha señalado, es lo que más beneficia a los consumidores al pretender hacer valer sus derechos ante la instancia administrativa.

21. En consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 121° del Código, se calculará desde el día en que el interesado tomó conocimiento de la infracción o desde que cesó si fuera una acción continuada, y se suspenderá a partir del día en que el consumidor presenta su denuncia, en aplicación concordada del numeral 233.2 del artículo 233° de la LPAG y el artículo 23° de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi¹³.

22. En el presente caso, el Banco solicitó que se declare la improcedencia del extremo de la denuncia referido a que no habría cumplido con entregar al señor Félix las “Cláusulas Generales de Contratación”.

23. Obra en el expediente copia de los documentos denominados “Contrato de operaciones y servicios bancarios - Cuenta Ganadora” correspondientes a la cuenta N° MN xxxxxx0025¹⁴ y a la cuenta N° ME xxxxxx0033¹⁵, en los cuales se verifica como fecha

¹³ **LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 233°.-Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.”

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.

¹⁴ A fojas 37 del expediente.

de suscripción el 21 de setiembre de 2009. Asimismo, en dichos documentos se dejó constancia de la recepción de las referidas cláusulas contractuales por parte del señor Félix.

24. En mérito a ello se desprende que, al 21 de setiembre de 2009, el denunciante ya se encontraba en posibilidad de tomar conocimiento de que el Banco no le había entregado las mencionadas “Cláusulas Generales de Contratación.”

25. En consecuencia, desde ese momento pudo interponer una denuncia ante esta instancia administrativa; sin embargo, esta fue presentada el 8 de abril de 2013, esto es, cuando ya había transcurrido en exceso el plazo prescriptorio.

26. Por lo expuesto, corresponde declarar improcedente el presente extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco, por haber prescrito la competencia de la Comisión para conocer el presunto hecho infractor.

27. Sin perjuicio de lo señalado, es preciso informar al denunciante que si bien no puede acceder al nivel de protección administrativa previsto en el Código, ello no lo deja en estado de indefensión, toda vez que nuestro ordenamiento legal ha previsto que pueda acceder a la vía judicial para hacer valer sus derechos, de considerarlo pertinente.

Sobre el deber de idoneidad

28. El artículo 65° de la Constitución Política del Perú¹⁶ señala que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Como parte del cumplimiento de dicho deber de defensa especial del interés de los consumidores, la normativa de protección al consumidor reconoce una serie de derechos para los consumidores e impone una serie de deberes que debe cumplir todo proveedor en la comercialización de productos o prestación de servicios en el mercado.

29. En la medida que todo proveedor ofrece una garantía respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, en función de la información

¹⁵ A fojas 42 del expediente.

¹⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado. Asimismo, vela en particular, por la salud y la seguridad de la población.

transmitida expresa o tácitamente, para acreditar la infracción administrativa el consumidor, o la autoridad administrativa, debe probar la existencia del defecto, y será el proveedor el que tendrá que demostrar que dicho defecto no le es imputable para ser eximido de responsabilidad. La acreditación del defecto origina la presunción de responsabilidad (culpabilidad) del proveedor, pero esta presunción puede ser desvirtuada por el propio proveedor¹⁷.

17

LEY N°

29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 18°.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

Artículo 19°.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

A criterio de la Comisión, las normas reseñadas establecen un supuesto de responsabilidad administrativa, conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de producto a los consumidores, sino simplemente el deber de entregarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

Ante la denuncia de un consumidor insatisfecho que pruebe el defecto de un producto o servicio, se presume iuris tantum que el proveedor es responsable por la falta de idoneidad y calidad del producto o servicio que pone en circulación en el mercado. Sin embargo, el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes) o probando la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de un tercero o negligencia del propio consumidor afectado.

Lo anterior implica que la responsabilidad administrativa por infracción a las normas de protección al consumidor no consiste, en rigor, en una responsabilidad objetiva (propia de la responsabilidad civil), sino que, conservando la presencia de un factor subjetivo de responsabilidad (culpabilidad), opera a través de un proceso de inversión de la carga de la prueba

30. En efecto, una vez que se ha probado el defecto, sea con los medios probatorios presentados por el consumidor o por los aportados de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión, si el proveedor pretende ser eximido de responsabilidad, deberá aportar pruebas que acrediten la fractura del nexo causal o que actuó con la diligencia requerida.

Sobre el bloqueo de las cuentas del denunciante

31. El señor Félix denunció que el 1 de marzo de 2013 el Banco habría bloqueado sus cuentas sin aviso previo.

32. En sus descargos, la entidad financiera señaló que la cláusula décimo tercera del contrato celebrado con el denunciante lo faculta a bloquear y/o retener los recursos depositados en las cuentas, siempre que existan dudas razonables sobre la legalidad de la procedencia de dichos recursos, supuesto que se presentó en este caso.

33. Precisó que, el 30 de enero de 2013, recibió la comunicación de su cliente, quién le informó que diversos cheques no negociables girados a cargo de sus cuentas bancarias no fueron abonados a sus beneficiarios, por lo que realizó una investigación interna concluyendo que algunos abonos realizados a las cuentas del señor Félix provenían del cobro irregular de los referidos cheques.

34. En ese sentido, habiéndose acreditado que existía una duda razonable sobre la legalidad de la procedencia de los fondos existentes en las cuentas del denunciante, su actuación se justifica en la aplicación de una cláusula contractual.

35. Obra en el expediente copia del documento denominado “Cláusulas generales aplicables a las operaciones pasivas y la prestación de servicios bancarios” (en adelante, cláusulas generales), aplicable a ambas cuentas, en cuya cláusula décimo tercera se establece lo siguiente:

“DÉCIMO TERCERA.- Retención y Bloqueo de Cuenta:

EL CLIENTE autoriza a EL BANCO a bloquear y/o retener los recursos depositados en la Cuenta, así como a suspender la ejecución de cualquier instrucción, cuando EL BANCO considere que: (i) existen dudas o conflictos respecto de la legalidad de la procedencia de

respecto de la idoneidad de los bienes y servicios que se transan en el mercado, sin que ello signifique una infracción al principio de licitud.

los fondos depositados en la Cuenta y/o de las actividades generadoras de estos fondos;
(...)

EL BANCO comunicará a EL CLIENTE la realización de estas acciones, debiendo EL CLIENTE proporcionar la información necesaria, de lo contrario EL BANCO podrá, sin responsabilidad alguna, cerrar la Cuenta y consignar el saldo acreedor, quedando automáticamente resuelto el contrato correspondiente a la Cuenta.”

(El resaltado es nuestro).

36. De dicha cláusula contractual se desprende que bajo el supuesto que existieran dudas o conflictos respecto de la legalidad de la procedencia de los fondos depositados en una cuenta y/o de las actividades generadoras de tales fondos, la consecuencia prevista es que la entidad financiera se encuentra facultada a bloquearla eximiéndose de comunicar *previamente* dicha actuación al consumidor; sin perjuicio de, con posterioridad, ponerlo en conocimiento del bloqueo a fin de que proporcione información conducente a esclarecer el referido estado de incertidumbre, ante cuya omisión se encontrará facultada a cerrar la cuenta.

37. Ahora bien, el ejercicio de la facultad delegada al Banco *-bloquear la cuenta del denunciante sin previo aviso-* debe sustentarse en hechos y medios probatorios que puedan acarrear la duda razonable sobre la legalidad de los fondos o de la actividad que los hubiere generado; de lo contrario, dicha actuación resultaría arbitraria debido a que se sustentaría únicamente en el criterio de una entidad financiera para determinar si el origen de los fondos resultan sospechosos o no.

38. En consecuencia, en el presente extremo corresponde analizar si la entidad financiera contaba con indicios que, de forma razonable, le permitieran dudar sobre la legalidad de la procedencia de los fondos de las cuentas objeto de controversia o de la actividad que los hubiera generado.

39. Obra en el expediente copia del Oficio N° 13770-2013-DIRINCRI PNP/DIVIEOD-D8 del 20 de febrero de 2013 mediante el cual la División puso en conocimiento del Banco la denuncia formulada por su cliente contra el señor Jimmy Soto Rufasto por los delitos de falsedad genérica y estafa, así como le requirió la entrega del original de los cheques materia de investigación.

40. Asimismo, de la documentación que obra en el expediente (copias de constancias de depósitos en efectivo, retiros en efectivo, movimientos y saldo de cuenta, estados de cuenta, entre otros), se verifica que, durante el periodo comprendido entre julio de 2012 y enero de 2013, existieron operaciones paralelas entre las cuentas de los

señores Salazar y Félix que evidenciarían un vínculo entre ambos, conforme se aprecia del siguiente detalle:

Cuentas en moneda nacional

Fecha	Hora	Oficina	Cuenta del señor Salazar	Cuenta del señor Félix	Referencia
20-11-12	17:50	Santa Anita	S/. 88 413,25	---	Retiro en efectivo
20-11-12	17:54	Santa Anita	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
20-11-12	17:55	Santa Anita	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
20-11-12	17:55	Santa Anita	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
20-11-12	17:56	Santa Anita	---	S/. 28 400,00	Depósito en efectivo
05-12-12	17:25	CC. Sucre	S/. 36 070,60	---	Retiro en efectivo
05-12-12	17:26	CC. Sucre	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
05-12-12	17:26	CC. Sucre	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
05-12-12	17:27	CC. Sucre	---	S/. 16 070,60	Depósito en efectivo
11-12-12	17:41	Breña	S/. 41 516,20	---	Retiro en efectivo
11-12-12	17:42	Breña	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
11-12-12	17:42	Breña	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
11-12-12	17:42	Breña	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
11-12-12	17:43	Breña	---	S/. 11 516,20	Depósito en efectivo
18-12-12	17:32	CC. Sucre	S/. 40 704,60	---	Retiro en efectivo
18-12-12	17:33	CC. Sucre	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
18-12-12	17:33	CC. Sucre	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo
18-12-12	17:33	CC. Sucre	---	S/. 10 000,00	Depósito en efectivo

18-12-12	17:34	CC. Sucre	---	S/. 10 700,00	Depósito en efectivo
09-01-13	15:47	CC. San Miguel	S/. 17 471,85	---	Retiro en efectivo
09-01-13	15:49	CC. San Miguel	---	S/. 5 000,00	Depósito en efectivo
09-01-13	15:49	CC. San Miguel	---	S/. 5 000,00	Depósito en efectivo
09-01-13	15:49	CC. San Miguel	---	S/. 7 471,00	Depósito en efectivo
10-01-13	17:11	Jesús María	S/. 93 660,45	---	Retiro en efectivo
10-01-13	17:14	Jesús María	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
10-01-13	17:14	Jesús María	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
10-01-13	17:15	Jesús María	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
10-01-13	17:15	Jesús María	---	S/. 20 000,00	Depósito en efectivo
10-01-13	17:17	Jesús María	---	S/. 13 660,00	Depósito en efectivo
14-01-13	17:59	Breña	S/. 7 041,65	---	Retiro en efectivo
14-01-13	18:00	Breña	---	S/. 2 000,00	Depósito en efectivo
14-01-13	18:00	Breña	---	S/. 2 000,00	Depósito en efectivo
14-01-13	18:00	Breña	---	S/. 3 041,65	Depósito en efectivo
15-01-13	17:31	Breña	S/. 698,65	---	Retiro en efectivo
15-01-13	17:32	Breña	---	S/. 698,65	Depósito en efectivo

Cuentas en moneda extranjera

Fecha	Hora	Oficina	Cuenta del señor Salazar	Cuenta del señor Félix	Referencia
31-07-12	17:49	CC. Sucre	US\$ 33 712,00	---	Retiro en efectivo
31-07-12	17:51	CC. Sucre	---	US\$ 33 712,00	Depósito en efectivo

15-01-13		CC. San Miguel	US\$ 40 604,50	---	Retiro en efectivo
15-01-13	17:57	CC. San Miguel	---	US\$ 10 000,00	Depósito en efectivo
15-01-13	17:58	CC. San Miguel	---	US\$ 10 000,00	Depósito en efectivo
15-01-13	17:58	CC. San Miguel	---	US\$ 10 000,00	Depósito en efectivo
15-01-13	17:59	CC. San Miguel	---	US\$ 10 604,00	Depósito en efectivo

41. Sumado a ello, obra en los actuados copia de la carta del 3 de abril de 2013, mediante la cual la entidad financiera informó a la División los resultados de su investigación interna, conforme a lo siguiente:

(...)

3° Que, la revisión efectuada por nuestra Unidad de Prevención del Fraude, comprendió el depósito de diversos cheques, en un universo de 204, de los cuales 179 corresponden a Interbank y 25 a nuestra Institución, cuyo detalle consta debidamente pormenorizado en el Anexo I que alcanzamos con la presente comunicación.

(...)

4° Que, los importes que representaban cada uno de los aludidos cheques, pese a tratarse de títulos no negociables (intransferibles), fueron depositados indebidamente a dos cuentas personales, tanto en moneda nacional la N° xxxx-xxxx-xxxxxxxx89 como extranjera N° xxxx-xxxx-xxxxxxxx97, abiertas a nombre de Peter Salazar Linares.

(...)

5° Que, la labor desarrollada por nuestra Unidad de Prevención del Fraude, permitió establecer la irregular actuación de nuestros empleados (...) quienes en calidad de Asesores de Servicios (...) procesaron indebidamente el depósito de cheques no negociables, en las dos cuentas personales, antes citadas del referido Peter Salazar Linares, girados estos a favor de las empresas Seguros Rímac y Mapfre Perú, quienes eran sus únicos y legítimos beneficiarios.

6° Que, igualmente se estableció que una vez que los montos que representaban cada uno de los cheques referidos en el Anexo I adjunto, eran de libre disposición del receptor de la cuenta, esta persona Peter Salazar Linares, procedía al retiro de los fondos y acto seguido, vale decir en cuestión de segundos, procedía a fraccionar el importe retirado y los acreditaba en las cuentas tanto en moneda nacional N° xxxx-xxxx-xxxxxxxx25 y moneda extranjera N° xxxx-xxxx-xxxxxxxx33 de Humberto Williams Felix Di Natale, que registra en nuestra Institución.

(...)

8° Que, ha quedado establecido de las revisiones efectuadas, hasta el momento, que del total de los cheques detallados en el Anexo I, bajo la modalidad anotadas líneas arriba, han sido acreditadas indebidamente en las cuentas del citado Peter Salazar Linares las sumas de S/. 709, 756.57 y US\$ 51, 193.09 y posteriormente luego de efectuar los retiros de fondos de dicha persona, abonó parte de ese dinero a las cuentas en moneda nacional y extranjera de Humberto Williams Felix Di Natale, ascendente a las sumas totales de S/. 356,618.25 y US\$ 74,316.50.”

(El resaltado es nuestro).

42. En mérito a lo expuesto, la Comisión considera que a la fecha de bloqueo de las cuentas materia de denuncia -1 de marzo de 2013- existieron actuaciones que indujeron a la entidad financiera a sospechar de un presunto desvío de los fondos de un tercero hacia la cuenta del señor Félix; esto es, existieron elementos objetivos que generaron una duda razonable respecto a la legalidad de la procedencia de los fondos depositados en ellas.

43. En consecuencia, ante la ocurrencia del supuesto fáctico previsto contractualmente, el bloqueo de las cuentas del señor Félix se encuentra justificado en la aplicación de la cláusula pactada de común acuerdo con él.

44. Por lo expuesto, corresponde declarar infundado el presente extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco por presunta infracción a los artículos 18° y 19° del Código.

Sobre el presunto débito no autorizado de los montos de las cuentas del denunciante

45. El señor Félix denunció que el 25 de marzo de 2013 el Banco habría debitado los fondos existentes en sus cuentas, los cuales ascendían a las sumas de S/. 253 028,67 y US\$ 18 940,06, sin habérselo comunicado previamente.

46. En sus descargos, la entidad financiera señaló que el denunciante no presentó ningún medio probatorio que acredite su afirmación; no obstante ello, precisó que los importes debitados de las cuentas del señor Félix fueron depositados en sus cuentas de origen, esto es, en las cuentas de su cliente. Así, el Banco manifestó expresamente lo siguiente:

“(…)

9. Finalmente, **debemos indicar que los importes debitados de las cuentas del denunciante han sido abonados en las cuentas desde donde fueron irregularmente**

retirados, esto es, la empresa HV Contratistas S.A. y sus subsidiarias, Salfa Montajes S.A., Salfa Perú, Maqsa, Consorcio Aesa HV y Consorcio Saneamiento Cajamarca, tal y como, lo hemos informado y acreditado ante la Policía Nacional del Perú mediante nuestra carta del 3 de abril de 2013.”

(El resaltado es nuestro).

47. En consecuencia, considerando que el débito por parte del Banco, de los fondos de las cuentas del señor Félix sin su autorización *-así como su posterior traslado a la cuenta de un tercero-* no resulta un hecho controvertido, corresponde determinar si dicha actuación se encontraba dentro de las facultades otorgadas a la entidad financiera contractual o legalmente.

48. Sobre el particular, de la revisión de las cláusulas generales y específicas aplicables a las cuentas objeto de controversia, no se verifica que el denunciado se encuentre facultado para proceder unilateralmente con el débito de los fondos de la cuenta del denunciante y, además, trasladarlos a la cuenta de otra persona.

49. Si bien la facultad de bloquear las cuentas del denunciante se justificó en la aplicación de una cláusula contractual *-la existencia de dudas sobre la legalidad de la procedencia de sus fondos-* el hecho de debitar los fondos depositados en ellas excedió dicha facultad y, en consecuencia, resultó una actuación arbitraria.

50. A criterio de este Órgano Colegiado, resulta razonable que cuando una entidad financiera tome conocimiento de la realización de actuaciones irregulares por parte de sus clientes adopte medidas inmediatas (como, por ejemplo, el bloqueo o retención de fondos), máxime si éstas se encuentran previstas contractualmente; sin embargo, no resulta amparable que *-en virtud de su condición de depositaria-* se atribuya la potestad de trasladar los fondos de una cuenta a otra.

51. En efecto, se puede determinar que lo que un consumidor esperaría razonablemente es que, hasta que la autoridad competente dirima el conflicto o disipe las dudas respecto a la legalidad de sus fondos, éstos se mantengan inmovilizados y bajo custodia de la entidad financiera, a fin de que puedan ser destinados al cumplimiento de lo ordenado por la Autoridad Administrativa, ya sea para ser devueltos al consumidor o para ser destinados a un fin diferente; ello, máxime si luego de la resolución del procedimiento, la entidad financiera sumará al monto retenido los intereses por el periodo de retención y/o bloqueo¹⁸.

¹⁸ En efecto, el último párrafo de la cláusula décimo tercera de las Cláusulas Generales, establece lo siguiente:

52. En ese sentido, se ha verificado que el Banco se atribuyó la facultad de juzgar de "ilegal" la procedencia de los fondos de las cuentas objeto de investigación y, unilateralmente, los debitó de la cuenta de quién *-a su juicio-* las obtuvo irregularmente, para posteriormente depositarlos en la cuenta del presunto titular, pese a que la procedencia de los fondos aún se encontraba en discusión.

53. En consecuencia, corresponde declarar fundado el presente extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco por presunta infracción a los artículos 18° y 19° del Código.

Sobre el deber de atención de reclamos

54. El artículo 24° del Código regula el derecho que tienen los consumidores a que los proveedores atiendan sus reclamos dentro del plazo de treinta (30) días calendario, plazo que podría ser extendido dependiendo de las circunstancias en cada caso particular¹⁹.

55. En concordancia con lo dispuesto en el Código, la Circular N° G-146-2009 *-norma que regula el servicio de atención a los usuarios de empresas supervisadas por la SBS-* establece que los reclamos deberán ser absueltos en un plazo no mayor de treinta (30) días de haber sido presentados.

56. En cumplimiento de dicha obligación legal, la respuesta debe ser oportuna, completa, clara y pronunciarse sobre lo reclamado o solicitado por el usuario. No obstante, es importante precisar que las normas sobre atención de reclamos y

"DÉCIMO TERCERA.- Retención y Bloqueo de Cuenta:

(...)

Las partes establecen expresamente que por los fondos retenidos y/o bloqueados, EL BANCO podrá dejar de pagar intereses. En el caso de dudas o conflictos respecto a la legalidad de los fondos depositados en la Cuenta, una vez eliminada la duda y/o conflicto, EL BANCO procederá a abonar los intereses computados durante el período de retención y/o bloqueo."

¹⁹

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 24°.- Servicio de atención de reclamos

24.1 Sin perjuicio del derecho de los consumidores de iniciar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes, los proveedores están obligados a atender los reclamos presentados por sus consumidores y dar respuesta a los mismos en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario. Dicho plazo puede ser extendido por otro igual cuando la naturaleza del reclamo lo justifique, situación que es puesta en conocimiento del consumidor antes de la culminación del plazo inicial.

consultas no determinan que todo reclamo sea declarado procedente o que se brinde al consumidor cualquier información que pueda requerir.

57. En el presente caso, el señor Félix denunció que el Banco no habría cumplido con atender oportunamente su reclamo presentado con fecha 12 de marzo de 2013.

58. En sus descargos, la entidad financiera manifestó que mediante carta notarial del 27 de marzo de 2013 cumplió con atender el referido reclamo dentro del plazo legalmente previsto para tal efecto.

59. De la documentación que obra en el expediente, se ha verificado que el reclamo del señor Félix fue presentado el 12 de marzo de 2013,²⁰ por lo que el plazo para que la entidad financiera brinde respuesta a su reclamo vencía el 12 de abril de 2013.

60. Si bien el Banco ha manifestado que mediante carta notarial del 27 de marzo de 2013 cumplió con responder el reclamo presentado por el denunciante, no ha presentado medio probatorio alguno que acredite su recepción en dicha fecha.

61. No obstante ello, considerando que la carta de respuesta fue presentada por el propio señor Félix, al momento de la interposición de su denuncia, esto es, el 8 de abril de 2013 *-fecha en que aún no se vencía el plazo legalmente previsto para contestar reclamos-* se puede colegir que el Banco respondió oportunamente el reclamo en cuestión.

62. Por tanto, corresponde declarar infundado el presente extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco, por presunta infracción del artículo 24° del Código.

Sobre los métodos comerciales coercitivos

²⁰ Ver foja 21 del expediente.

63. El artículo 1º literal c) del Código²¹ establece, entre otros, el derecho con el que cuenta el consumidor para la protección de sus intereses económicos, particularmente, contra los métodos comerciales coercitivos.

64. Dicha protección legal, encuentra su correlato en lo dispuesto en el artículo 56º del Código²², el cual determina ciertas prácticas prohibidas para el proveedor por considerarla un método comercial coercitivo. Así, en su literal c) se establece el derecho de todo consumidor a que no se modifique sin su consentimiento las condiciones y los términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio.²³

65. Respecto a la carga de la prueba, la parte denunciante se encuentra en la obligación de acreditar la existencia de una alteración de los términos y condiciones en los cuales celebró el contrato con el proveedor, para lo cual se requerirá, en primer lugar, demostrar la existencia de tales términos y condiciones; y, en segundo lugar, que las mismas sufrieron modificaciones de parte del proveedor. Una vez acreditada la existencia de los términos y condiciones en que se celebró el contrato de parte del proveedor y su

21

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 1º.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

22

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 56º.- Métodos comerciales coercitivos

56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

c. Modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad.

23

LEY 29571, CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Artículo 56º.- Métodos comerciales coercitivos

56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

(...)

c. Modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad.

(...)

alteración, corresponderá a la parte denunciada probar que dicha modificación fue debidamente consentida en forma expresa por el consumidor.

66. Sobre el particular, el señor Félix denunció que el Banco habría modificado, hasta en dos oportunidades, las “Cláusulas Generales de Contratación” sin que haya prestado su autorización para ello.

67. En sus descargos, la entidad financiera señaló que el denunciante no presentó medio probatorio alguno que acredite su afirmación; no obstante ello, las referidas cláusulas contractuales la facultan a efectuar modificaciones a las condiciones pactadas.

68. En este punto, es importante tener en consideración que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 162° de la LPAG,²⁴ corresponde a los administrados presentar los medios probatorios que sustenten sus alegaciones.

69. Así, el artículo 196° del Código Procesal Civil,²⁵ aplicable de manera supletoria a los procedimientos administrativos,²⁶ establece que la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice.

70. No obstante ello, durante la tramitación del presente procedimiento, el señor Félix no sólo ha omitido precisar en qué habrían consistido las modificaciones contractuales objeto de cuestionamiento, sino que tampoco ha presentado medio probatorio alguno que acredite el hecho denunciado, por lo que esta Comisión considera que no ha quedado acreditado el presunto defecto denunciado.

²⁴ **LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 162°.- Carga de la prueba

(...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

²⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 196°.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

²⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

71. Por tanto, corresponde declarar infundado el presente extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco, por presunta infracción a los artículos 1°, literal c) y 56°, literal c) del Código.

Sobre las cláusulas abusivas del contrato

72. El Código Civil distingue entre cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa (artículo 1393°)²⁷ y cláusulas generales de contratación no aprobadas por la autoridad administrativa (artículo 1397°)²⁸. Respecto de las primeras, la norma sustantiva establece que estas se incorporan de manera automática a todas las ofertas que se formulen con arreglo a ellas.

73. El artículo 49° del Código²⁹ establece que en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

27

CÓDIGO CIVIL

Cláusula Generales Aprobadas por Autoridad Administrativa

Artículo 1393°.- Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.

28

CÓDIGO CIVIL

Cláusula Generales no Aprobadas por Autoridad Administrativa

Artículo 1397°.- 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.

29

LEY N°

29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 49°.- Definición de cláusulas abusivas

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

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

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

74. En otras palabras, se considerarán como abusivas las cláusulas generales de contratación que no hayan sido aprobadas administrativamente que coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad, *contrario sensu*, aquellas cláusulas que hayan sido objeto de aprobación, no se tendrán como abusivas y por ende serán exigibles a los contratantes.

75. El artículo 50° en su literal a) del Código indica que serán de ineficacia absoluta aquellas cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor. Mientras el literal e) del mismo artículo establece también como causal de ineficacia absoluta las cláusulas que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores.³⁰

76. En esa línea, los artículos 43° y 44° de la Resolución SBS N° 1765-2005, Reglamento de Transparencia de Información y Disposiciones Aplicables a la Contratación con Usuarios del Sistema Financiero,³¹ norma vigente al momento de la

30

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 50.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

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

31

LEY N° 1765-2005, REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA DE INFORMACIÓN Y DISPOSICIONES APPLICABLES A LA CONTRATACIÓN CON USUARIOS DEL SISTEMA FINANCIERO

Artículo 43°.- Aprobación administrativa previa de las Cláusulas Generales de Contratación

Requieren aprobación administrativa previa de la Superintendencia, las cláusulas generales de contratación que traten de los siguientes aspectos:

- La resolución del contrato por causal distinta al incumplimiento
- La conclusión del contrato de manera anticipada.
- La limitación o exoneración de responsabilidad por parte de las empresas.
- La limitación y/o exclusión de los derechos de los usuarios.
- La centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate del derecho de compensación.

celebración del contrato objeto de denuncia, estipulan que las cláusulas generales de contratación de aquellos contratos sobre operaciones activas referidas a créditos mediante tarjeta de crédito, crédito hipotecario y mutuo dinerario, podrán emplearse únicamente con la previa aprobación de la SBS, cuando versen acerca de los siguientes aspectos:

- a) La resolución del contrato por causal distinta del incumplimiento.
- b) La conclusión del contrato de manera anticipada.
- c) **La limitación o exoneración de responsabilidad por parte de las empresas.**
- d) **La limitación y/o exclusión de los derechos de los usuarios.**
- e) La centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate de derecho de compensación.

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

Cuando los contratos contengan cláusulas relativas a las materias a las que se refiere el presente artículo, sólo deberán emplearse aquellas aprobadas previamente por la Superintendencia.

Asimismo, las modificaciones que las empresas deseen realizar respecto del contenido de las cláusulas generales de contratación previamente aprobadas deberán seguir el mismo procedimiento de aprobación regulado en este Capítulo, debiendo destacarse los cambios efectuados respecto de la versión aprobada.

Las empresas podrán adoptar las cláusulas generales de contratación que hayan sido previamente aprobadas por la Superintendencia a otras empresas, a cuyo efecto deberán enviar una comunicación señalando las cláusulas generales que solicitan adoptar y el número de la Resolución mediante la que fueron aprobadas, a fin que su uso sea autorizado por la Superintendencia. El plazo indicado en el segundo párrafo de la primera disposición transitoria del Reglamento se computará desde el día en que se notifique la Resolución de autorización correspondiente.

Artículo 44°.- Cláusulas generales de contratación que serán objeto de aprobación administrativa previa

Las empresas deberán someter a la aprobación administrativa previa de esta Superintendencia, las cláusulas generales de contratación que traten sobre las materias indicadas en el artículo 43° del Reglamento de las operaciones y servicios que se detallan a continuación:

Operaciones Activas:

Crédito mediante Tarjeta de Crédito

Crédito Hipotecario para vivienda

Préstamo o mutuo dinerario.

(...)

78. En el presente caso, el señor Félix denunció que las “Cláusulas Generales de Contratación”, en cuya aplicación el Banco ampara su actuación, resultan abusivas.

79. En sus descargos, la entidad financiera alegó que las cláusulas materia de cuestionamiento fueron revisadas y aprobadas por la SBS, por lo que el presunto carácter abusivo alegado por el denunciante carece de sustento.

80. Sobre el particular, la Comisión ha verificado que, en efecto, mediante Resolución SBS N° 4369-2008, la autoridad administrativa competente aprobó el íntegro del texto contractual bajo análisis y que el contenido del contrato celebrado con el denunciante reproduce la redacción aprobada.

81. En la medida que, conforme ha sido expuesto en los párrafos precedentes, aquellas cláusulas que han sido objeto de aprobación, no se tendrán como abusivas y, por ende, serán exigibles a los contratantes, se concluye que las “Cláusulas Generales de Contratación” utilizadas por el Banco no pueden considerarse indebidas.

82. Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia interpuesta por el señor Félix contra el Banco por presunta infracción a los artículos 49° y 50°, literal c) del Código.

Sobre las medidas correctivas

83. El artículo 114° del Código establece que sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción a las normas del Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

84. Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior³². Las medidas correctivas complementarias

32

29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras

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

a. Reparar productos.

b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.

LEY N°

tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que se produzca nuevamente en el futuro.³³

-
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
 - d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
 - e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
 - f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
 - g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
 - h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
 - i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

115.2 Las medidas correctivas reparadoras no pueden ser solicitadas de manera acumulativa conjunta, pudiendo plantearse de manera alternativa o subsidiaria, con excepción de la medida correctiva señalada en el literal h) que puede solicitarse conjuntamente con otra medida correctiva. Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

115.3 Las medidas correctivas reparadoras pueden solicitarse en cualquier momento hasta antes de la notificación de cargo al proveedor, sin perjuicio de la facultad de secretaría técnica de la comisión de requerir al consumidor que precise la medida correctiva materia de solicitud. El consumidor puede variar su solicitud de medida correctiva hasta antes de la decisión de primera instancia, en cuyo caso se confiere traslado al proveedor para que formule su descargo.

115.4 Corresponde al consumidor que solicita el dictado de la medida correctiva reparadora probar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas causadas por la comisión de la infracción administrativa.

115.5 Los bienes o montos objeto de medidas correctivas reparadoras son entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva reparadora, que por algún motivo se encuentran en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, son puestos a disposición de estos.

115.6 El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor constituye título ejecutivo conforme con lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora.

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa.

33

LEY N°

29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

85. En la medida que ha quedado acreditado que el Banco debitó los fondos existentes en las cuentas del denunciante sin causa justificada, corresponde ordenarle como medida correctiva que, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la resolución, cumpla con revertir dicha operación y mantener en custodia dichos fondos hasta que exista un pronunciamiento válido y firme sobre la legalidad de su procedencia.

Sobre la graduación de la sanción

86. Habiéndose verificado la existencia de la infracción administrativa, corresponde determinar a continuación la sanción a imponer. Para proceder a su graduación, deben aplicarse de manera preferente los criterios previstos en el Código y, de manera supletoria, los criterios contemplados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

87. Conforme al principio de razonabilidad,³⁴ la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de la sanción administrativa sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de la infracción. La razón de esto es que la autoridad administrativa debe prever que la conducta sancionable no resulte más

-
- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
 - b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
 - c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
 - d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
 - e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
 - f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.
- El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.

³⁴

LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas, de lo contrario se propiciaría la realización de tales infracciones dada la rentabilidad de cometer actos ilícitos.

88. El artículo 112° del Código establece que para determinar la gravedad de la infracción, la autoridad administrativa podrá tomar en consideración diversos criterios tales como: (i) el beneficio ilícito esperado, (ii) la probabilidad de detección de la infracción, entre otros³⁵.

89. El beneficio ilícito es el beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa. Es lo que percibe, percibiría o pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción menos lo que percibiría si no la hubiera cometido. Así, por ejemplo, si un proveedor hubiera percibido 100 unidades respetando la ley, pero percibe (o percibiría o cree que va a percibir) 150 unidades al cometer la infracción, el beneficio ilícito es de 50 unidades. El beneficio ilícito también es lo que el infractor ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar, al cometer la infracción. El beneficio ilícito, resulta pertinente precisarlo, no es utilidad ni ganancia en sentido contable o financiero.

90. La probabilidad de detección, por su parte, es la posibilidad, medida en términos porcentuales, de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad, como sería 10%, lo que significa que de cada 10 infracciones, una sería detectada por la autoridad; mientras que si es de mediana o fácil detección le corresponderá un porcentaje mayor, como por ejemplo, 50% (si de cada 2 infracciones, una sería detectada por la autoridad), 75% (si de cada 4 infracciones, 3 serían detectadas) ó 100% (todas las infracciones serían detectadas).

91. En tanto la propia norma establece que la sanción debe ser disuasoria, el criterio del beneficio ilícito es especialmente importante, pues permite analizar cuál fue el beneficio esperado por el infractor que le llevó a cometer la conducta sancionada pese a

³⁵ **LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 112 - Criterios de graduación de las sanciones administrativas

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
 2. La probabilidad de detección de la infracción.
 3. El daño resultante de la infracción.
 4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
 5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
 6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
- (...)

su prohibición. Este criterio está estrechamente vinculado a la expectativa de detección, que influirá decisivamente al hacer el análisis costo/beneficio al momento de cometer la infracción. Adicionalmente, se trata de factores todos ellos susceptibles de cierta objetivación, lo que permite una mayor claridad en la motivación de la sanción, facilitando su comprensión y posterior control, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

92. Sin embargo, no debe olvidarse que en materia sancionadora no se castiga únicamente por el beneficio ilícito del infractor, sino también por el daño potencial o causado como consecuencia de la infracción. Por tanto, los criterios indicados en el párrafo anterior no son los únicos que deben tomarse en cuenta para establecer una sanción, que puede verse agravada o atenuada en aplicación del resto de criterios establecidos en la normativa vigente; esto es, los efectos sobre el mercado, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la conducta del infractor y la reincidencia o incumplimiento reiterado, entre otros.

93. Además, debe resaltarse que en caso el beneficio ilícito sea difícil de cuantificar o no exista, la Comisión podrá considerar los demás criterios establecidos en el artículo 112° del Código, a fin de determinar la sanción que se considere pertinente a cada caso concreto, aplicando además los agravantes y atenuantes que correspondan.

94. En consecuencia, la metodología empleada por esta Comisión parte de la determinación, siempre que sea posible, del beneficio ilícito esperado por el infractor, determinándose además la probabilidad de detección.

95. A partir de estos criterios se determina lo que denominamos «multa base», lo que permite tener una base para la sanción, para cuya determinación final deberán aplicarse, cuando sea pertinente, los demás criterios establecidos en el artículo 112° del Código, así como los que supletoriamente se encuentran establecidos en el numeral 3 del artículo 130° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por su parte, en aquellos supuestos en donde sea imposible o muy difícil establecer el beneficio ilícito, los demás criterios serán igualmente aplicables, para así determinar la sanción a imponer.

96. Al respecto, en la Resolución Final N° 1283-2010/CPC de fecha 31 de mayo de 2010 la Comisión estableció la metodología a emplear a efectos de determinar la sanción final a imponer.³⁶

³⁶ Al respecto, la citada resolución señaló lo siguiente:

“El beneficio ilícito es el beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa. Es lo que percibe, percibiría o

Beneficio ilícito

97. Sobre el particular, el beneficio ilícito obtenido por el Banco se traduce en el ahorro obtenido por no implementar las medidas correspondientes a fin de verificar que el débito de los fondos de las cuentas del señor Félix obedezca a una causa justificada.

98. De los medios probatorios que obran en el expediente la Comisión no cuenta con la información que permita determinar dicho beneficio, por lo que no resulta

pensaba percibir el administrado cometiendo la infracción menos lo que percibiría si no la hubiera cometido. Así, por ejemplo, si un proveedor hubiera percibido 100 unidades respetando la ley, pero percibe (o percibiría o cree que va a percibir) 150 unidades al cometer la infracción, el beneficio ilícito es de 50 unidades. El beneficio ilícito también es lo que el infractor ahorra, ahorraría o pensaba ahorrar, al cometer la infracción. El beneficio ilícito, resulta pertinente precisarlo, no es utilidad ni ganancia en sentido contable o financiero.

La probabilidad de detección, por su parte, es la posibilidad, medida en términos porcentuales, de que la comisión de una infracción sea detectada por la autoridad administrativa. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad, como sería 10%, lo que significa que de cada 10 infracciones, una sería detectada por la autoridad; mientras que si es de mediana o fácil detección le corresponderá un porcentaje mayor, como por ejemplo, 50% (si de cada 2 infracciones, una sería detectada por la autoridad), 75% (si de cada 4 infracciones, 3 serían detectadas) ó 100% (todas las infracciones serían detectadas).

En tanto la propia norma establece que la sanción debe ser disuasoria, el criterio del beneficio ilícito es especialmente importante, pues permite analizar cuál fue el beneficio esperado por el infractor que le llevó a cometer la conducta sancionada pese a su prohibición. Este criterio está estrechamente vinculado a la expectativa de detección, que influirá decisivamente al hacer el análisis costo/beneficio al momento de cometer la infracción. Adicionalmente, se trata de factores todos ellos susceptibles de cierta objetivación, lo que permite una mayor claridad en la motivación de la sanción, facilitando su comprensión y posterior control, tanto en sede administrativa como en sede judicial.

Sin embargo, no debe olvidarse que en materia sancionadora no se castiga únicamente por el beneficio ilícito del infractor, sino también por el daño potencial o causado como consecuencia de la infracción. Por tanto, los criterios indicados en el párrafo anterior no son los únicos que deben tomarse en cuenta para establecer una sanción, que puede verse agravada o atenuada en aplicación del resto de criterios establecidos en la normativa vigente; esto es, los efectos sobre el mercado, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la conducta del infractor y la reincidencia o incumplimiento reiterado, entre otros.

Además, debe resaltarse que en caso el beneficio ilícito sea difícil de cuantificar o no exista, la Comisión podrá considerar los demás criterios establecidos en el artículo 41°-A de la Ley de Protección al Consumidor con la finalidad de determinar la sanción que considere pertinente a cada caso concreto, aplicando además los agravantes y atenuantes que correspondan.

En consecuencia, la metodología empleada por esta Comisión parte de la determinación, siempre que sea posible, del beneficio ilícito esperado por el infractor, determinándose además la probabilidad de detección. A partir de estos criterios se determina lo que denominamos «multa base», lo que permite tener una base para la sanción, para cuya determinación final deberán aplicarse, cuando sea pertinente, los demás criterios establecidos en el artículo 41°-A de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor, así como los que, supletoriamente, se encuentran establecidos en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por su parte, en aquellos supuestos en donde sea imposible o muy difícil establecer el beneficio ilícito, los demás criterios serán igualmente aplicables, para así determinar la sanción a imponer”.

posible establecer un parámetro objetivo que permita efectuar una presunción, tal como lo ha validado la Sala de Defensa de la Competencia 2 en la Resolución N° 1535-2009/SC2-INDECOPI (Expediente 014-2008/CPC-INDECOPI-ICA).

99. Por tal razón, la graduación de la sanción se estimará a partir de los otros criterios previstos en el artículo 112° del Código.

Daño al consumidor

100. Para la Comisión, el factor determinante para graduar la multa en el presente caso es el daño ocasionado al señor Félix, en la medida que fue despojado injustificadamente de los ahorros depositados en sus cuentas y, en consecuencia, se obstaculizó el libre ejercicio de su derecho propiedad.

Efectos al mercado

101. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el efecto negativo que ocasiona en el mercado actuaciones como la denunciada en este caso, toda vez que la acción de disponer arbitrariamente de los fondos de una cuenta genera desconfianza en los consumidores respecto de la idoneidad con la que las entidades financieras custodian sus ahorros.

102. Asimismo, para determinar la sanción aplicable, es importante que la autoridad administrativa verifique que ésta tenga un real efecto disuasivo, tal como lo establece la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Para tal efecto, es necesario tener en cuenta la envergadura de las operaciones del infractor en el mercado.

103. Por tanto, bajo los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, la Comisión considera que corresponde imponer al Banco una multa ascendente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sobre el pago de las costas y costos

104. El artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807³⁷, Ley sobre Facultades,

Normas y Organización del Indecopi, modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Código, dispone que es potestad de la Comisión ordenar el pago de las costas y costos en que hubieran incurrido el denunciante o el Indecopi.

105. En la medida que han quedado acreditadas las infracciones cometidas por la Caja, la Comisión considera que corresponde ordenarle el pago de las costas y costos del procedimiento. En consecuencia, la parte denunciada deberá cumplir, en un plazo no mayor a cinco días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, con pagar al señor Félix las costas del procedimiento, que a la fecha ascienden a la suma de S/. 36,00.³⁸

106. Sin perjuicio de ello y, de considerarlo pertinente, una vez que se ponga fin a la instancia administrativa, el denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiesen incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual deberán presentar una solicitud de liquidación de costas y costos, ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor N° 1.

RESUELVE

PRIMERO: desestimar la solicitud de suspensión del presente procedimiento efectuada por el BBVA Banco Continental S.A.

SEGUNDO: declarar improcedente la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A. por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que no le habría entregado las “Cláusulas Generales de Contratación”, en tanto ha prescrito la potestad sancionadora de la Administración para conocer dicho hecho denunciado.

37

DECRETO LEGISLATIVO N° 807, FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Artículo

7°.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi (...).

38

correspondiente al derecho de presentación de la denuncia.

Tasa

TERCERO: declarar infundada la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A. por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido al bloqueo de sus cuentas sin previo aviso, en tanto quedó acreditado que su actuación obedeció a la aplicación de una cláusula contractual pactada de común acuerdo con el denunciante.

CUARTO: declarar fundada la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A. por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido al débito de los fondos de sus cuentas sin comunicación previa, en tanto quedó acreditado que dicha actuación se realizó sin causa justificada.

QUINTO: declarar infundada la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A. por infracción del artículo 24° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que no habría atendido oportunamente su reclamo, en tanto quedó acreditado que atendió el reclamo dentro del plazo legalmente previsto para tal efecto.

SEXTO: declarar infundada la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A. por presunta infracción de los artículos 1° numeral 1.1 literal c) y 56° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que habría modificado las “Cláusulas Generales de Contratación” sin su consentimiento, en tanto no quedó acreditado el presunto defecto alegado.

SÉPTIMO: declarar infundada la denuncia presentada por el señor Humberto Williams Félix Di Natale en contra de BBVA Banco Continental S.A., por presunta infracción de los artículos 49° y 50° literal c) de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en el extremo referido a que las “Cláusulas Generales de Contratación” resultarían abusivas, en tanto quedó acreditado que dichas cláusulas fueron aprobadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

OCTAVO: ordenar a BBVA Banco Continental S.A., en calidad de medida correctiva, que en el plazo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente resolución, cumpla con revertir las operaciones de débito de los fondos de las cuentas del denunciante y mantenerlos en custodia hasta que se emita un pronunciamiento válido y firme sobre la legalidad de su procedencia.

NOVENO: sancionar a BBVA Banco Continental S.A. con una multa de cinco (5) UIT,³⁹ en el

extremo referido al débito de los fondos de las cuentas del denunciante sin su autorización. Dicha multa será rebajada en 25% si consiente la presente resolución y procede a cancelarlas en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación de la presente Resolución, conforme a lo establecido en el artículo 113° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

DÉCIMO: Ordenar a BBVA Banco Continental S.A. que en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente Resolución, cumpla con pagar al señor Humberto Williams Félix Di Natale las costas del procedimiento, que a la fecha ascienden a la suma de S/. 36,00; sin perjuicio de ello, y de considerarlo pertinente, una vez que se ponga fin a la instancia administrativa el denunciante podrá solicitar el reembolso de los montos adicionales en que hubiese incurrido para la tramitación del presente procedimiento, para lo cual podrá presentar una solicitud de liquidación de costas y costos ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos N° 1.

DÉCIMO PRIMERO: disponer la inscripción de BBVA Banco Continental S.A. en el Registro de infracciones y sanciones del Indecopi, una vez que la resolución quede firme en sede administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 119° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.⁴⁰

DÉCIMO SEGUNDO: informar a las partes que la presente resolución tiene vigencia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38° del Decreto Legislativo N° 807, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Código de Protección y Defensa del Consumidor, el único recurso impugnativo que puede interponerse contra lo dispuesto por este colegiado es el de apelación⁴¹. Cabe señalar que dicho recurso deberá ser presentado ante la

³⁹

Dicha cantidad deberá ser abonada en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI - sito en Calle La Prosa 138, San Borja.

⁴⁰

LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Artículo 119°.- Registro de infracciones y sanciones

El Indecopi lleva un registro de infracciones y sanciones a las disposiciones del presente Código con la finalidad de contribuir a la transparencia de las transacciones entre proveedores y consumidores y orientar a estos en la toma de sus decisiones de consumo. Los proveedores que sean sancionados mediante resolución firme en sede administrativa quedan automáticamente registrados por el lapso de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de dicha resolución. La información del registro es de acceso público y gratuito.

⁴¹

**LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR
PRIMERA.- Modificación del artículo 38° del Decreto Legislativo núm. 807**

Comisión en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación, caso contrario, la resolución quedará consentida⁴².

Con la intervención de los señores Comisionados: María del Rocío Vesga Gatti, Hugo Ramiro Gómez Apac y Juan Carlos Zevillanos Garnica.

MARÍA DEL ROCÍO VESGA GATTI
Presidente

El voto en discordia del señor Comisionado Sr. José Ricardo Wenzel Ferradas es el siguiente:

En el presente caso, mi voto discrepa con la decisión adoptada en mayoría por la Comisión, en el extremo de la denuncia referido a que el Banco habría debitado a su favor el dinero de las cuentas del denunciante y sin comunicación previa, en razón a la argumentación que expongo a continuación:

1. La Comisión ha resuelto por unanimidad declarar infundada la denuncia en el extremo referido al bloqueo de las cuentas del señor Félix sin previo aviso, en tanto ha quedado acreditado que dicha decisión se justificó por la existencia de dudas razonables acerca de la legalidad de la procedencia de los fondos depositados en ellas, situación prevista en la Cláusula Décimo Tercera *-referida a la retención y bloqueo de cuenta-* de las Cláusulas Generales aplicables para operaciones pasivas y/o prestación de servicios, suscrita por ambas partes.

Modifícase el artículo 38° del Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, con el siguiente texto:

“Artículo 38°.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar. El plazo para interponer dicho recurso es de cinco (5) días hábiles. La apelación de resoluciones que pone fin a la instancia se concede con efecto suspensivo. La apelación de multas se concede con efecto suspensivo, pero es tramitada en cuaderno separado. La apelación de medidas cautelares se concede sin efecto suspensivo, tramitándose también en cuaderno separado.”

⁴² **LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

2. En efecto, en el proceso de investigación interna del denunciado, se evidenció que los fondos depositados en las cuentas del denunciante proceden de doscientos cuatro (204) cheques no negociables que fueron cobrados por el señor Salazar, quién mantiene o mantuvo relación laboral con el señor Félix.

3. Dichos títulos valores fueron emitidos por H.V. Contratistas S.A. y subsidiarias a fin de que sus fondos sean depositados únicamente, conforme a las disposiciones de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, en las cuentas de los beneficiarios: Rímac Seguros y Reaseguros S.A. y Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. Sin embargo, los cheques “no negociables” fueron irregularmente endosados a favor del señor Salazar y, posteriormente, cobrados por éste quién, a su vez, los abonó en forma continua y fraccionada en las cuentas del denunciante, conforme se aprecia del Dictamen Pericial N° 97-2013-DIRINCRI-PNP/OFIPECON.⁴³

4. De otro lado, durante la tramitación del presente procedimiento, el 15 de enero de 2014 se llevó a cabo un informe oral con la concurrencia de ambas partes, en cuya oportunidad este comisionado preguntó al denunciante en forma reiterada y concreta lo siguiente:

“(…)

Comisionado José Ricardo Wenzel Ferradas:

Al denunciante, señor Félix, ¿cuál es la relación de negocios que tiene usted con el señor Peter Salazar Linares? ¿Cuál es el origen de las transferencias? ¿En qué están sustentadas? y ¿si usted conoce la ley de títulos valores respecto a cuáles son las restricciones que tienen los cheques intransferibles o no negociables?

Denunciante:

Bueno, en primer lugar, buenos días a todos, el señor Peter Salazar ha sido un trabajador como muchos que he tenido a mi cargo como gerente en diferentes empresas.

Si bien es cierto en algunos momentos ha hecho algunos depósitos materia de algunas operaciones que yo he hecho... porque como bien lo dijo la doctora yo he sido un cliente de años del Banco.

En un solo Banco yo no he nacido en el Banco y me he ido.

Si yo hubiese sido una persona que ha actuado mal o sabía que actuaba mal, hubiese retirado todo mi dinero y me hubiera ido del Banco.

Yo soy una persona de más de diez años en el Banco señores y en un solo día me bloquearon y me hicieron ir a la Oficina de Prevención, donde fui muy mal maltratado y no tratado como un cliente VIP como era tratado antes cuando todo era amor y paz, y en el cual yo he generado unos ingresos no por estas transferencias que aducen los señores

⁴³ Ver fojas 196 y siguientes del expediente.

sino de muchas operaciones que yo he hecho con clientes los cuales yo les he hecho llegar al Banco con documentos los cuales en la reunión que tuvimos con el señor Mendoza y que estuve presente yo también que me trató muy mal...

Comisionado Wenzel Ferradas:

Perdóneme señor Félix, yo le he hecho una pregunta concreta, no le he preguntado su relación de negocios con el Banco... le he hecho una pregunta concreta: ¿cuál es la relación de negocios que ha generado estas transferencias? y si ¿usted conoce la Ley de Títulos Valores respecto a los cheques intransferibles?

Denunciante:

En primer lugar, las transferencias son de negocios que yo he hecho. Yo he hecho negocios con muchas personas naturales y con muchas empresas. Tengo planillas de letras que han ingresado al Banco y siempre me han abonado como cliente que he sido, es por eso que yo tengo esos saldos porque he hecho negocios con letras y capital de trabajo y muchas cosas más.

Comisionado Wenzel Ferradas:

Perdóneme, señor Félix, que insista porque no tenemos todo el día para esta reunión, yo le he hecho una pregunta concreta ¿cuál es la relación de negocios que usted tiene con el señor Peter Salazar Linares?

Denunciante:

Ninguna, ninguna.

Comisionado José Ricardo Wenzel Ferradas:

¿Y cuál es el origen de los fondos?

Denunciante:

Ninguna, solamente me ha hecho depósitos de operaciones mías, nada más, punto.

Comisionado José Ricardo Wenzel Ferradas:

Gracias.

(...)”.

5. En ese sentido, en virtud de las investigaciones internas y externas realizadas sobre los hechos denunciados, así como de la propia declaración del denunciante sobre el origen irregular de los fondos, se verifica que los extornos del Banco se realizaron de forma justificada.

6. Considerando que el presente extremo de la denuncia se encuentra referido a que el Banco habría debitado a su favor el dinero de las cuentas del señor Félix sin aviso

previo, corresponde precisar que la actuación del denunciado obedeció a la aplicación de la Cláusula Décima de las Cláusulas Generales, suscrita por ambas partes, que establece lo siguiente:

“DÉCIMA.- Extornos:

El CLIENTE autoriza a El BANCO a extornar los abonos o cargos efectuados en la Cuenta por error, comunicándole posteriormente la incidencia”.

(El subrayado y resaltado es nuestro).

7. Así, los extornos cuestionados se efectuaron a las cuentas de los emisores de los cheques y no han sido debitados a favor del Banco, conforme se verifica del dictamen pericial previamente citado⁴⁴, *lo que demuestra que* el Banco no ha debitado a su favor el dinero de sus cuentas, como señala la denuncia, sino en aplicación del contrato ha restituido mediante el extorno, los fondos a quienes le correspondían legalmente.

8. En el presente procedimiento, el voto en mayoría sanciona un hecho distinto al denunciado; en ese sentido, dicho pronunciamiento adolece de una causa de nulidad conforme lo ha señalado el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual mediante Resolución N° 0090-2011/SC2 del 18 de enero de 2011.⁴⁵

9. En este contexto, resulta razonable que luego de la verificación de las operaciones irregulares y que el denunciante no haya acreditado el origen lícito de los fondos de sus cuentas, el Banco procediera a revertir dichas operaciones, trasladando los fondos de las cuentas del denunciante a las cuentas de los emisores de los títulos valores.

⁴⁴ En efecto, a fojas 199 del expediente, obra el citado dictamen, en cuyo contenido se verifica lo siguiente:

“(…)

Del cuadro precedente, se aprecia que el Banco Continental ha reconocido y devuelto a las empresas HV Contratistas S.A., Salfa Montajes S.A., Salfa Perú, MAQSA, Consorcio AESA HV y Consorcio Saneamiento Cajamarca un total de S/.709,756.57 y US\$ 51,193.09 (dentro de los cuales se encuentra la totalidad de los cheques materia de denuncia inicial que fueron S/. 239,943.43 y US\$ 47,738.20 (...).”

⁴⁵ La referida Resolución N° 0090-2011/SC2 del 18 de enero de 2011, en su décimo considerando, señala lo siguiente:

“(…)

La Resolución 375-2010/CPC contraviene lo dispuesto por los artículos 10.2° y 5.4° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los cuales establecen como causal de nulidad del acto administrativo, el incumplimiento de los requisitos de validez del acto administrativo, toda vez que el contenido de éste debe ser congruente con lo discutido en el procedimiento. Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la referida resolución.

(…).”

10. Es criterio de este comisionado que, ante una operación irregularmente ejecutada, el Banco se encuentre obligado a orientar sus acciones a cautelar los intereses económicos de los consumidores adoptando *-en aplicación de las cláusulas contractuales-* medidas inmediatas para restituir los fondos a quienes corresponde, a fin de evitar que el transcurso del tiempo ocasione consecuencias económicas y financieras desfavorables.

11. Adicionalmente, es de esperar bajo los supuestos del caso, que las acciones legales de índole penal sigan su curso, y que en tanto la autoridad administrativa, se pronuncie bajo las evidencias encontradas para dirimir la situación.

12. Así, habiéndose determinado en forma fehaciente la comisión de operaciones irregulares en desmedro del emisor de los títulos valores, aunado al hecho que el denunciante no sustentó la legalidad de los fondos recibidos en sus cuentas, la entidad financiera se encontraba legitimada para proceder al extorno de los depósitos irregularmente obtenidos por el señor Félix y, a su vez, para devolverlos al emisor de los cheques no negociables.

13. Por lo expuesto, este comisionado considera que corresponde declarar infundado el presente extremo de la denuncia.

JOSÉ RICARDO WENZEL FERRADAS
Comisionado