

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de
Abogado**

INFORME DE EXPEDIENTE:

CIVIL

Materia: Indemnización por daños y perjuicios

No. De Expediente: 03134-2011-0401-JR-CI-09

Demandante: Falconi Picardo, Marco Tulio

Demandado: Gonzales Cáceres, Juan Freddy

Rodrigo Enrique Montero Montoya

Código 20140862

Lima – Perú

Setiembre de 2021

Sumilla del expediente:

El presente expediente versa sobre una demanda de indemnización por responsabilidad civil extracontractual promovida por Marco Tulio Falconi Picardo (presidente del Club Internacional de Arequipa) por el daño moral que habría padecido debido a la imputación de conductas delictivas mediante términos incluidos en una demanda de nulidad de acto jurídico que planteó un socio del mismo Club contra una compraventa realizada bajo la gestión como presidente y representante legal.

1. Antecedentes / Resumen del caso.
2. Problemas jurídicos planteados en el expediente.
3. Marco conceptual.
4. Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial de la materia.
5. Opinión sobre sentencias.
6. Opinión personal del titulado.
7. Referencias bibliográficas.

Dirigido a : Facultad de Derecho
Universidad de Lima

Materia : Indemnización por daños y perjuicios

Número de expediente : 03134-2011-0-0401-JR-CI-09

Demandante : Falconi Picardo, Marco Tulio

Demandado : Gonzales Cáceres, Juan Freddy

Informante : Bachiller Rodrigo Enrique Montero Montoya
Código No. 20140862

Fecha : Setiembre de 2021

I. ANTECEDENTES/RESUMEN DEL CASO

- 1.1. Con fecha 18 de mayo de 2009, la Asamblea General Extraordinaria del Club Internacional de Arequipa (en adelante, “el Club”), autorizó un endeudamiento de hasta S/9’000,000.00 para que se destine a la compra de un terreno donde se edificaría una segunda sede institucional. Ello requeriría diversas obras como la construcción de una piscina olímpica, campos deportivos y diversas infraestructuras. En el acta se señaló de manera expresa que para la adquisición que se autorizaba se podía constituir una hipoteca y garantías sobre los predios materia de dicho acto, pero, bajo alguna circunstancia, podía hipotecarse la sede originaria y principal del Club.

- 1.2. Sin seguir la salvedad indicada ni contar con autorización de la Asamblea General ni del Directorio, el Club, representado por señor Marco Tulio Falconi Picardo (en adelante, “Señor Falconi”), en calidad de presidente, celebró con los codemandados, Elías Jiménez Valle y Angélica Falila Morales Porta de Jiménez, el contrato de compraventa (en adelante, la “CV”) sobre un terreno ubicado en la Av. Alfonso Ugarte S/N (en adelante, “el Inmueble”) por Escritura Pública de fecha 3 de julio de 2009, otorgada ante el Notario Víctor Tinajeros Loza. En la

CV se señaló que la adquisición tenía finalidad la ampliación de las sedes del Club.

- 1.3. El precio por el terreno fue de US\$ 797,720.00, que fue cancelado con dos cheques de gerencia, uno por la suma de \$297,720.00 y otro por la suma de \$500,000.00, ambos girados a favor de Elías Jiménez Valle. Para efecto de financiar la compraventa, el BBVA otorgó un avance en cuenta corriente, que fue respaldado por una hipoteca ya existente sobre un inmueble de propiedad del Club, otorgada mediante Escritura Pública de fecha 7 de mayo de 2001 ante el Notario Fernando Denis Begazo Delgado.
- 1.4. No obstante, con anterioridad se habían emitido las Resoluciones Directorales N° 302-2002/INC y 072-2003/INC en las que se declaró que la zona donde se ubicaba “el Inmueble”, era patrimonio cultural de la nación. Esto significaba que no resultaba jurídicamente posible realizar una construcción sobre el Inmueble, lo cual era de supuesto conocimiento del señor Falconí.
- 1.5. Con fecha 7 de diciembre de 2010, habiendo tomado conocimiento de la adquisición del Inmueble y de las Resoluciones Directorales antes indicadas, el señor Juan Freddy Gonzales Cáceres (en adelante, “el señor Gonzales”), en su calidad de socio activo del Club inició un proceso de nulidad de acto jurídico en contra del (i) Club Internacional de Arequipa, (ii) Elías Jiménez Valle, (iii) Angélica Dalila Morales Porta de Jiménez y (iv) Marco Tulio Falconi, siendo los sujetos (ii) y (iii) los vendedores del inmueble.
- 1.6. Se solicitó que se declare la nulidad del acto jurídico de la CV por objeto jurídicamente imposible y, de manera subordinada, por causal de vicio de voluntad consistente en error esencial y conocible. Como segunda pretensión subordinada, se demandó la ineficacia de la CV pues el señor Falconí excedió las facultades que se le otorgaron. Añadió que Falconí indujo a error al Club, toda vez que el Inmueble no reúne las cualidades esenciales para cumplir con los fines establecidos por la Asamblea General Extraordinaria del Club, por los motivos ya señalados. Asimismo, argumentó que este actuar es doloso, pues a pesar de

conocer las resoluciones directorales antes citadas, procedieron a la firma de la CV.

- 1.7. Adicionalmente, se señaló en la demanda que el Inmueble fue sobrevalorado en por lo menos el 100%, toda vez que contaba con una valorización en la suma de \$302,200.00 y el precio de venta fue de US\$ 797.720.00, es decir, más del doble de dicha valorización.
- 1.8. Durante los primeros meses del 2011, se publicó en la web <http://anexosdemanda.blogspot.com> la demanda judicial (con anexos), lo cual fue constatado por Acta Notarial de fecha 1 de julio de 2011, suscrita por doctor Víctor Tinageros Loza, notario de Arequipa. Sumado a ello, el señor Gonzales cursó comunicaciones a los demás socios del Club, para ponerles en conocimiento la demanda judicial.

DEMANDA

- 1.9. Con fecha 17 de abril de 2011, el señor Falconí presentó una demanda sustentada en responsabilidad civil extracontractual en contra del señor Gonzales, y consignó como petitorio que éste último cumpla con abonarle la suma de S/700,000.00 por concepto de daño moral, por el grave perjuicio en su reputación que le causaron las afirmaciones vertidas en la demanda de nulidad de acto jurídico, así como las publicaciones y comunicaciones realizadas a los socios del Club.
- 1.10. El señor Falconí indicó que las afirmaciones vertidas por el señor Gonzales en la demanda son falsas, lo que genera un daño en su reputación, su honor e imagen pública. Añadió que su posterior difusión le ha generado un menoscabo en su salud física y espiritual. Esto quedaría acreditado con el Informe Psicológico de fecha 14 de julio de 2011 elaborado por el psicólogo José Ángel Roldán Humpire. En él se indica que en el señor Falconí se aprecian “características adversas de sus sentimientos y emociones, especialmente por la situación estresante por la que atraviesa” y muestra señales de daño moral “al haber sido humillado, injuriado y calumniado públicamente”.

- 1.11. Con fecha 24 de enero de 2012 el señor Gonzales presentó una tacha en contra de la tasación por el valor del Inmueble. Indicó que la tasación no cumple con las formalidades indicadas en la ley de tasaciones y que no se consignó que el Inmueble era considerado Patrimonio Cultural de la Nación. Como respuesta, el señor Falconi absolvió la tacha, en donde indicó que la tasación cumplió con los requisitos regulatorios.
- 1.12. Con fecha 1 de marzo de 2012, el señor Gonzales presentó la contestación a la demanda, señalando que el proceso civil de nulidad se encuentra en trámite. A su vez, indicó que, con la actuación de los medios probatorios en el proceso civil de nulidad de acto jurídico, se demostrarán los hechos vertidos en dicho proceso, sobre todo en la sobrevaluación del Inmueble y el actuar doloso del señor Falconí.
- 1.13. En la misma línea de ideas, el señor Gonzales sostuvo que el proceso de nulidad de acto jurídico constituye el ejercicio regular de un derecho y que, en caso el señor Falconí considere que su honor ha sido mellado, debió ejercer las acciones penales de injuria o definición o solicitar que se supriman las frases expresadas o redactadas que él considere vejatorios u ofensivos.
- 1.14. Respecto a la publicación de la demanda en una página web, señaló que esto se hizo con la única finalidad de poner en conocimiento de los socios del Club una controversia legal que se afrontaba, pues los socios tienen derecho de conocer los alcances de la situación jurídica del Club. Añadió que la adquisición del Inmueble es de interés y de conocimiento de la comunidad en general. Esto lo sustentó con la existencia de diversas publicaciones en distintos medios periodísticos que han tocado el tema. Por ejemplo, citó el Seminario del Sur “el Búho” en el informe “La mala Compra: Falconí adquirió terrenos inservibles a su socio de campaña” y una noticia del diario “La República” con el título “Los Socios del Club Internacional podrán disfrutar de segunda sede”.
- 1.15. Ofreció de manera adicional un Informe Técnico de Tasación, del que se advierte que el Inmueble -por las razones antes expuestas-, tiene un valor

comercial de \$281,802.18. De la misma manera, sostuvo que el Informe Psicológico presentado adolece de errores formales.

- 1.16. Sostuvo que el trastorno psicológico que aduce tener el señor Falconí es una enfermedad que requiere de un largo periodo de tiempo para su consumación, lo que no resulta posible por el tiempo transcurrido entre la demanda de nulidad de acto jurídico y el informe psicológico.
- 1.17. Con fecha 27 de marzo de 2012, el señor Falconí interpuso una tacha en contra de las notas periodísticas y la tasación del Inmueble. Sustentó la tacha indicando que el contenido de las noticias eran falsas. Asimismo, indicó que una Comisión Consultiva del Club aprobó la adquisición del Inmueble.
- 1.18. En relación con la Tasación de fecha 25 de febrero de 2012, indicó que esta fue elaborada a pedido de parte, a solicitud del señor Gonzales, que el Juez no ha tenido dirección en su elaboración y que el contenido resulta falso. Por el lado del informe, señaló que no es propiamente uno psicológico ya que tomó como base un informe ya realizado, por lo que no ha examinado al afectado directo.
- 1.19. Con fecha 2 de abril de 2012, el señor Gonzales absolvió el traslado de la tacha de los documentos presentada por el señor Falconí. Principalmente indicó que un documento es falso cuando no es conforme con la realidad, sea con la apariencia o con el contenido del documento, es decir, desde un punto de vista intrínseco o extrínseco, por lo que de acuerdo con el artículo 242 del CPC, la solicitud debe ser declarada improcedente.
- 1.20. Con la Resolución Nro. 20 de fecha 14 de junio de 2012, se declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida y se dispuso que, al tercer día de notificada la resolución, ambas partes propusiera al Juzgado los puntos controvertidos.
- 1.21. Con la Resolución Nro. 22 de fecha dos de julio de 2012, se expidió el auto de puntos controvertidos y se determinó como único punto controvertido el

determinar si lo expresado por el señor Gonzáles en los literales f), g) y h) en la demanda de nulidad de acto jurídico y la divulgación entre los socios del Club ha causado daño moral al demandante, y de ser el caso, cuantificar su monto.

1.22. Con fecha 3 de agosto de 2012, se desarrolló el Acta de Audiencia de Pruebas, en donde se admitieron los medios probatorios y se prestaron las declaraciones testimoniales a los testigos ofrecidos por el señor Falconí.

1.23. Con fecha 9 de noviembre de 2012, el señor Falconí presentó un escrito adicional, en donde indicó que el daño moral a su persona se agrava por los diversos cargos públicos que ha ejercido dentro de su carrera profesional (a dicha fecha, era Congresista de la República).

1.24. Con fecha 04 de marzo de 2014, el señor Gonzales presentó un escrito en el que de manera complementaria indicó que el señor Falconí sostiene que el informe psicológico es insuficiente de acuerdo a los criterios jurisprudenciales para acreditar el daño moral. Reiteró que no se encuentra acreditado el nexo de causalidad y el daño por la denuncia penal iniciada por los socios del Club y las diversas críticas en la comunidad Arequipeña.

SENTENCIA DEL JUEZ ESPECIALIZADO CIVIL DE AREQUIPA

1.25. Con fecha 6 de junio de 2014, el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil emitió la Sentencia N° 49-2014 y ordenó el pago de S/30,000.00 a favor del señor Falconí por concepto de daño moral. Los argumentos principales fueron los siguientes:

A. Aspectos procesales:

- Tacha presentada por el señor Gonzales en contra de la tasación presentada por el demandante: se determinó que la tasación se realizó de acuerdo con las normas del Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú respecto de un bien urbano, y que se cuestione que es rústico o agrícola, es una cuestión de fondo que debe ser rebatida en vía de acción. Por consiguiente, la tacha fue declarada infundada.

- Oposición en contra de la exhibición que realizará el Club sobre las tasaciones y valoraciones, presentada por el señor Gonzales: se determinó que quien debe realizar la exhibición es un tercero ajeno al proceso y que aquello que es materia de exhibición es relevante para las partes y para el juez. Por consiguiente, la oposición fue declarada infundada.
- Tacha presentada por el señor Falconí en contra del seminario del sur “El Búho” presentada por demandado: se pretende cuestionar los actos contenidos en estas publicaciones, es decir, un cuestionamiento sustantivo y no el formal. Por consiguiente, la tacha es declarada infundada.
- Tacha presentada por el señor Falconí en contra del Informe Técnico de Tasación de fecha 25 de febrero de 2012: se determinó que, frente a una pericia de parte, el juez no tiene dirección sobre la prueba, a menos que éstas deban ser realizadas durante el proceso, supuesto que no ha sucedido. En este sentido, la tacha es declarada infundada.
- Tacha presentada por el señor Falconí en contra del Informe Psicológico de fecha 29 de febrero de 2012 presentado por el señor Gonzales: Al igual que en los casos anteriores, se cuestiona el contenido y no la formalidad del documento por lo que la tacha es declarada infundada.

B. Aspectos sustantivos

- Antijuricidad: el Juzgado determinó que la conducta antijurídica se configura cuando el señor Gonzales expresó las frases que fueron fijadas como puntos controvertidos.
- Daño: El Juzgado indicó que la reputación y el honor del señor Falconí se vieron afectados y que había que, para estos efectos, debía traer a colación su trayectoria pública, concluyendo que sí existió angustia y menoscabo en los sentimientos de Falconí.

En cuanto a los informes psicológicos presentados, el juzgado señaló que lo que se demanda es daño moral y no daño psicológico y que, en esa línea,

deben analizarse las expresiones y publicaciones hacia el señor Falconí y no los informes psicológicos señalados.

- Relación de causalidad: el Juzgado indicó que a consecuencia de las expresiones del señor Gonzales es que se causó un daño al señor Falconí.
- Factor de atribución: es de aplicación la responsabilidad subjetiva y la imputabilidad es dolosa.

1.26. Para efectos del cálculo del resarcimiento, aplicó al artículo 1332° del Código Civil, considerando las visitas que tuvo la plataforma en donde se publicó la demanda, y otorgó S/15,000.00 por daño a la reputación y S/15,000.00 por daño al honor.

1.27. Mediante escrito de fecha 7 de julio de 2014, el señor Falconí presentó un recurso de apelación en contra de la sentencia indicando lo siguiente: (i) el Juzgado comete un error al no analizar el informe psicológico emitido por el Lic. José Ángel Roldán, en donde se evidencian las señales de daño moral, emocional y afectivo, por lo que este extremo no ha sido valorado adecuadamente y (ii) el Juzgado se equivoca al exonerar al demandado del pago de costas y costos.

1.28. Con fecha 13 de julio de 2014 el señor Gonzales presentó un recurso de apelación en contra de la sentencia, en donde indicó lo siguiente: (i) la demanda de nulidad de acto jurídico se interpuso haciendo uso del ejercicio regular de un derecho, y los hechos relatados ya eran conocimiento de la comunidad en general, por lo que no existe antijuricidad (ii) al no existir antijuricidad, tampoco se configura el daño moral, y en ningún momento el señor Falconí mostró signos visibles de estar sufriendo un daño, (iii), por lo que tampoco hay nexo de causalidad ni factor de atribución.

SENTENCIA DE LA TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

1.29. Mediante resolución del 9 de marzo de 2015, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la Sentencia de Vista N° 074-2015-3SC en donde (i) declaró nulo el concesorio de la apelación del señor Gonzales, (ii) confirmó la sentencia N° 49-2014 en el extremo que declaró fundada la

demanda por responsabilidad civil extracontractual derivada de un daño moral y (iii) revocó el extremo del monto resarcitorio y ordenó el pago de S/70,000.00.

1.30. Los argumentos expuestos y desarrollados por la Corte Superior fueron los siguientes:

a. Aspectos procesales:

- Nulidad del concesorio de apelación: Indicó que por medio de la Resolución 61 se declaró inadmisibile el recurso de apelación presentado por el señor Gonzales, solicitando que cumpla con reintegrar el arancel judicial que correspondía por la cuantía del proceso, bajo apercibimiento de rechazarse el recurso.

El señor Gonzales cumplió con presentar una nueva tasa judicial por el reintegro; sin embargo, no abonó el monto total que correspondía. A pesar de ello, el Juzgado le otorgó un nuevo plazo lo que resultó una infracción al artículo 367 del CPC, motivo por el cual declaró nula la Resolución que concedió el recurso de apelación del señor Gonzales y lo rechazó.

b. Aspectos sustantivos:

- Monto del resarcimiento: Basado en doctrina nacional y extranjera, expuso criterios para determinar la cuantificación del daño moral como la naturaleza, prestigio y circunstancias personales de la víctima. De la misma forma, indicó que el daño moral puede ser acreditado con una evaluación psicológica.

Se afirmó que el daño moral se encuentra acreditado con el Certificado Psicológico presentado. Por su gravedad, indicó que términos como “modus operandi”, con connotación criminal, tuvieron como objetivo denunciar una conducta criminal del señor Falconí. Esto, sumado a la trayectoria pública y la intencionalidad de la difusión de la demanda, trajo como resultado en aplicación del artículo 1332° del Código Civil que se fije el monto resarcitorio en S/70,000.00.

- El vocal Béjar Pereyra emitió un voto adicional y puntualizó que, hasta la fecha de la sentencia, la demanda de nulidad de acto jurídico continúa publicada y la comunicación a los socios del Club agrava los hechos, por lo que considera razonable el monto otorgado como resarcimiento.

1.31. Con fecha 26 de marzo de 2015 el señor Gonzales presentó un recurso de casación en contra de la sentencia de vista. Sustentó su recurso en una infracción normativa al artículo 139, inciso 6° de la Constitución Política del Perú y a los artículos 1971, inciso 1 del Código Civil y al artículo 197 del Código Procesal Civil.

SENTENCIA CASATORIA

1.32. Con fecha 24 de mayo de 2016, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió la Sentencia Casatoria N° 1611-2015-Arequipa en el que declaró infundado el recurso de casación presentado por el señor Gonzales. Los argumentos fueron los siguientes:

a. Aspectos procesales:

- La Corte Suprema indicó que el costo de las tasas judiciales debe ser determinado en función a la naturaleza y cuantía de la materia controvertida y para que la apelación sea admitida, se debía adjuntar la tasa que corresponda. En el caso de adjuntarse una tasa con el pago que no corresponda, se debe brindar un plazo razonable para la subsanación dado que esta omisión es considerada subsanable. A pesar de esto la Corte señaló que en este caso ya había sido concedido este plazo por medio de la Resolución N° 61, por lo que no resultó legal que se vuelva a requerir por Resolución N° 62, pues ello era contrario al artículo 367° del Código Procesal Civil, lo que determina que el acto de calificación es uno solo.

Por tal motivo, el recurso de casación fue declarado infundado.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE

- 2.1. ¿Correspondió otorgar un resarcimiento por concepto de daño moral (a la reputación y al honor) al señor Falconí?
- 2.2. ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplirse para acreditar el daño moral? ¿Quién es el sujeto legitimado? ¿Cuál debe ser el estándar de la prueba? ¿Es *in re ipsa* o debe ser probado?
- 2.3. ¿Cómo cuantificar el daño no patrimonial?
- 2.4. ¿Cuáles son las características que deben cumplirse para que la conducta de un sujeto sea considerada como el ejercicio regular de un derecho? ¿La publicación de la demanda y anexos en un portal web al alcance de los socios del Club constituyó acto que se enmarca en el ejercicio regular de un derecho?
- 2.5. ¿Cuáles son las condiciones para la tacha y la oposición a pruebas?

III. MARCO CONCEPTUAL

3.1. DAÑO MORAL

El daño moral es susceptible de ser resarcido tanto en sede contractual como extracontractual. El artículo 1985 del Código Civil señala que la indemnización comprende – entre otros-, el daño moral y el daño a la persona, siendo que el primero tiene que ser analizado teniendo en cuenta su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia, de acuerdo con el artículo 1984 del Código Civil.

Juan Espinoza Espinoza (2011), citando una sentencia italiana ha señalado al daño moral como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos” (pp. 247-248).

En el caso del daño moral, algunos autores han indicado que la entrega de una suma de dinero por el sufrimiento de una persona no puede constituir un resarcimiento, sino que se trataría de una sanción civil indirecta o de una pena privada (León, 2007, págs. 308-309).

3.2. PRUEBA DEL DAÑO MORAL

En materia probatoria, el artículo 196 del Código Procesal Civil indica que “salvo disposición legal diferente, la carga de prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

En lo concerniente a la acreditación del daño moral, se ha señalado existe una problemática que consiste en determinar si es que el daño moral es considerado un daño *in re ipsa*, es decir, si la sola producción del daño es suficiente por sí misma para acreditar la prueba del daño (Bardales Sigwas, 2019, pág. 215). Esta discusión, indica el autor, tuvo lugar en Italia, en donde la Corte ha ido variando de criterio y últimamente ha venido rechazando la idea del daño *in re ipsa* (Bardales Sigwas, 2019, pág. 223).

3.3. EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO

El artículo 1971 del Código Civil indica que no hay responsabilidad en los casos de (i) ejercicio regular de un derecho, (ii) legítima defensa y (iii) cuando hay una pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, productos en un estado de necesidad, bajo un parámetro de razonabilidad.

Sin perjuicio de la opinión que uno pueda tener sobre la antijuricidad como elemento de la responsabilidad civil, se debe entender que lo contrario a un hecho antijurídico es un hecho no antijurídico, que significa que es un supuesto que no está dentro del ámbito de la responsabilidad civil (Pazos Hayashida, 2007, pág. 108).

Por ejercicio regular de un derecho entendemos “a aquel que se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran inspirados por el principio general de buena fe”, y que, “con esto se entiende que, cuando medie una trasgresión al fin económico y social para lo cual fue establecido un derecho, no nos encontraremos ya ante un hecho no antijurídico sino todo lo contrario (Pazos Hayashida, 2007, pág. 109)”.

3.4. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO NO PATRIMONIAL

En cuanto al daño patrimonial, se le puede definir como “aquellos que afectan bienes que tienen un significado económico, que se expresa en un valor de cambio”, mientras que el daño no patrimonial es algo no cuantificable – en estricto-, en dinero, ya que un dolor físico o angustia psicológica no puede ser medido en términos cuantitativos (Barros Bourie, 2006, pág. 231).

Los daños morales no son medibles en dinero, pues a diferencia de los daños patrimoniales, “no existe un mercado para la vida, la salud o el honor”, sin embargo, esto no genera que no puedan ser resarcidos, por lo que el ordenamiento jurídico tendrá que brindar pautas para poder establecer el quantum indemnizatorio (Barros Bourie, 2006, págs. 288-289).

En este sentido, en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1332° señala que “si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa”.

3.5. TACHA Y PRUEBA

El artículo 300 del Código Procesal Civil señala que se puede interponer tacha contra los testigos y documentos, así como oposición respecto de la actuación de la declaración de parte, exhibición, pericia e inspección judicial.

La finalidad de la tacha de los documentos “tiene como finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, más no al acto jurídico contenido en él” (Rioja Bermúdez, 2009). Respecto a esto, el artículo 243 del Código Procesal Civil señala que un documento puede ser objeto de tacha cuando carezca de una formalidad esencial que la ley prescriba, bajo sanción de nulidad. Adicionalmente, el artículo 242 del mismo cuerpo normativo señala que un documento también puede ser tachado por haberse probado su falsedad y que en caso en un proceso penal se establezca la falsedad de un documento, éste carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

Siguiendo estas ideas, se puede señalar que un documento puede ser tachado por (i) ser falso o (ii) por carecer de una formalidad esencial que la ley prescriba, bajo sanción de nulidad.

Como bien se señala en la sentencia del Juzgado especializado, la falsedad a la que se hace referencia el artículo 243 del Código Procesal Civil es la falsedad material, aspecto formal que implica una alteración parcial total o parcial del texto o firma del medio probatorio.

IV. ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

4.1. Daño Moral

Indica Salvi (2001) que se introduce en la primera mitad del siglo XX en Francia una novedad consistente en que no solo se resarcía aquella disminución en el patrimonio de una víctima, sino también a aquel que sufriese un perjuicio “moral”, entendido como “las sensaciones aflictivas experimentadas por la víctima, a consecuencia de la lesión de bienes de particular valor afectivo o personal: el honor, la salud, la vida de una persona querida”. (Salvi, 2001, pág. 292)

Señala un autor chileno que el daño moral alude a bienes de la personalidad como el honor y la privacidad, pero que también se entiende que el “dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida” puede encajar dentro de dicho concepto (Barros Bourie, 2006, pág. 231). Por estos motivos es que indica el mismo autor chileno que “la definición más precisa del daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común el carecer de significación patrimonial” (Barros Bourie, 2006, pág. 232).

En sede nacional, se ha señalado que el Código Civil de 1852 no mencionó expresamente el daño moral¹ y en el Código Civil de 1936 sí lo reconoció, en sede extracontractual, pero de modo restringido, pues en el artículo 1148 se indicaba que el juez podía considerar el daño moral. No obstante, la

¹ Señala el autor que el artículo 2202 del Código Civil de 1852, al indicar que “en caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria”, podía ser sostenida una idea de cabida del daño moral.

jurisprudencia lo reconoció (De Trazegnies Granda, 1988, pág. 99). Señala el mismo autor que la versión final del Código Civil de 1984 adoptó el concepto de daño moral sin limitaciones, puesto que la Comisión Reformadora había aprobado un proyecto que limitaba su campo de aplicación (De Trazegnies Granda, 1988, pág. 106).

4.2. Prueba del daño moral

El ponente del libro de responsabilidad civil extracontractual indicó que a la persona que sufre un daño moral no puede exigírsele que pruebe su afección por la víctima. Indica, por ejemplo, que la esposa no tiene que probar un amor incondicional para tener derecho a reclamar una indemnización por la muerte de su marido (De Trazegnies Granda, 1988, pág. 107).

Campos García (2020) sostiene que el daño moral necesita ser acreditado por medio de la actividad probatoria, pero que ésta puede ser realizada sobre la base de presunciones judiciales, lo cual difiere de la tesis que sostiene que el daño moral se presume (pp. 478). Señala el mismo autor que actualmente la jurisprudencia italiana ha sostenido que el daño no patrimonial no es considerado un daño *in re ipsa*, esto es, requiere de prueba para su acreditación (Campos García, 2020, pág. 494).

Por su parte, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2017 concluyó que el daño moral debía someterse a las reglas ordinarias de la carga de la prueba y que este daño puede ser acreditado mediante medios probatorios directos e indirectos.

Un juez de la Corte Superior de Chiclayo también ha señalado que en determinadas situaciones no existe una prueba directa que acredite el perjuicio padecido, pero se deben valorar los sucedáneos de los medios probatorios para inferir la existencia del daño moral y que se debe permitir al demandado que acredite, por medio de indicios o presunciones, que el daño es menor al que se intenta reclamar o en todo caso es inexistente (Valdivia Rodríguez, 2021, pág. 212).

Jiménez Vargas-Machuca (2015) citando al profesor español Díez-Picazo, ha señalado que el daño moral debe ser objeto de prueba y que, por su propia naturaleza, el resarcimiento que otorga un juez solo tiene como finalidad otorgar a la víctima un monto de dinero para poder sobrellevar el evento dañoso en su vida cotidiana (pp. 872). En el caso de un accionante que reclama daño moral por el atropello de una persona, sugiere que debe probarse aspectos como convivencia o manutención (educación, diversión, por ejemplo), gastos clínicos, entre otros (Jiménez Vargas-Machuca, 2015, pág. 872).

4.3. Ejercicio regular de un derecho

Salvi señalaba que, de producirse un daño, para que este sea cumpla con su característica como tal se debe pasar por un juicio de responsabilidad que solo se activará (y, por tanto, otorgará un resarcimiento) en caso nos encontremos frente a un daño “injusto” (pp. 298). La jurisprudencia italiana, para definirlo como injusto, ha indicado que el daño debe ser non iure, es decir, no debe estar dentro de un hecho que constituye el ejercicio de un derecho y debe ser contra ius, esto es, lesivo a una situación jurídica garantizada por el ordenamiento (Salvi, 2001, pág. 301).

Se indica que “el deber de indemnizar puede quedar excluido si en el comportamiento del agente concurre lo que los penalistas han llamado una causa de justificación, que excluye la antijuricidad de la acción y del resultado y los convierte en justos” (Díez-Picazo, 1999, pág. 298).

Por su parte, Fernández Cruz (2019) indica que la norma autoriza a un individuo “por un lado, el derecho a dañar; y, por otro lado, el derecho a actuar, aun cuando se generen algunos daños como producto de dicha actuación” (pp. 85).

De Trazegnies (1988) señala algunas situaciones que - a su parecer-, no constituyen ejercicio del derecho, sino, por el contrario, es un abuso de derecho, por lo que sí es susceptible de generar responsabilidad civil: el caso de un negociante que, con la finalidad de ganarle a su competidor carga una dinamita en su fábrica, o un agricultor que perfora un pozo a una distancia menor a la que

la ley permite, o a una persona que denuncia penalmente a otra, pero con el conocimiento de que no ha cometido ningún hecho delictivo (pp. 192).

4.4. Cuantificación del daño no patrimonial

En nuestro medio, “[...] existe falta de criterios objetivos que permitan realizar la liquidación del daño moral. Todo ello lleva a que la cuantificación en caso de *pretium doloris* e incluso derechos de la personalidad sea todo un misterio” (Gabriel Rivera, 2016, pág. 62). Se cita el ejemplo de Canadá, en donde el tope para resarcimientos por concepto de daño moral ascendería a aproximadamente \$150,000.00 (ciento cincuenta mil dólares canadienses). (Gabriel Rivera, 2016, pág. 62).

Indica Jiménez Vargas Machuca (2020) que el establecer una cuantía para el resarcimiento en un juicio de responsabilidad civil siempre ha sido un principio ontológico de esta área del derecho, por lo que el Código Civil brinda al juez la valoración equitativa como la forma de establecer el monto resarcitorio de la manera más justa posible (pp. 674). Así pues, la equidad no supone arbitrariedad, por lo que debe expresar correspondencia con los valores que el ordenamiento jurídico busca alcanzar (Jiménez Vargas-Machuca, 2020, pág. 678).

Como formas de cuantificar el daño no patrimonial José Luis Gabriel (2016) menciona dos criterios usados en la jurisprudencia francesa, que consisten en otorgar una suma de dinero para la cuantificación en la esperanza de vida o tomando como base criterios como el Déficit Funcional Permanente (DPP) o la Incapacidad Permanente Parcial (IPP) (Gabriel Rivera, 2016, pág. 65).

Otros factores a ser considerados debe ser las características de la víctima, tales como la edad y el sexo, las circunstancias particulares del caso y las características del autor del daño, tales como el dolo o la culpa en su actuar, pero no con la finalidad de otorgar un resarcimiento punitivo, sino porque el dolo y la intención de causar el daño puede generar un sufrimiento mayor en la víctima (Jiménez Vargas-Machuca, 2015, pág. 875).

En nuestro medio, uno de los resarcimientos más amplios que la Corte Suprema ha otorgado en los últimos años ha sido en el “Caso Brunito”, en donde concedió S/800,000 (ochocientos mil soles) a la madre de un menor autista que fuera arrollado por un ferrocarril (Casación 1714-2018-LIMA).

V. OPINIÓN SOBRE SENTENCIAS

Para hacer un análisis correcto sobre las sentencias, considero importante citar los puntos controvertidos, pues es en torno a éstos en que va a girar la controversia.

Como bien se ha indicado, la Resolución Nro. 22-2012 fijó como único punto controvertido el siguiente: determinar si es que el señor Gonzáles, con las afirmaciones vertidas en los literales f), g) y h) del ítem causal por dolo en la demanda de anulabilidad de acto jurídico y su divulgación entre los socios del Club, ha generado un daño moral al señor Falconí.

Estos literales hacen mención a una “sobreevaluación dolosa y perjuicio económico para el Club Internacional de Arequipa”, “voluntad dolosa en los demandados”, “dolo en la constitución del acto” y “modus operandi” en la forma de actuar de los demandados.

5.1. Sentencia N° 49-2014 emitida por el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil

5.1.1. Daño:

La sentencia en cuestión indica que estamos frente a un daño de carácter moral, ya que el derecho al honor y a la reputación del señor Falconí, han sido afectados. Agrega que, es evidente que el señor Falconí ha sido sometido a una angustia innegable, la cual per se, le ha generado un sufrimiento debido a la opinión que pudiesen tener terceras personas respecto de la situación legal que afronta en virtud de la demanda de acto jurídico.

En cuanto al daño moral, el juzgado indica que no corresponde analizar el informe psicológico, pues no nos encontramos frente a un “daño

psicológico”. No obstante, señala que el daño se encuentra acreditado en virtud de las expresiones contenidas literales f), g) y h) de la demanda de anulabilidad de acto jurídico.

Me encuentro de acuerdo con el resultado del análisis, en el extremo que indica que sí existió daño, más no por los fundamentos que desarrolla el juzgado.

En primer término, si nos remitimos a la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta por el señor Gonzáles, vemos el uso de términos puntualizados en los puntos controvertidos. Sobre el particular, ¿eran estos términos necesarios en dicha demanda? Consideramos que no, pues una demanda debe consistir en una narración de hechos y de fundamentos jurídicos que sustenten su posición y no debe contener adjetivos.

Considero que los términos antes indicados fueron innecesarios y el señor Gonzáles pudo obviar su empleo y haber llegado al mismo resultado en su demanda.

En cuanto al daño, considero que el Juzgado incurre en error cuanto diferencia el “daño psicológico” del “daño moral”, más aún cuando el artículo 1985 del Código Civil solo señala, en cuanto a los daños no patrimoniales, el “daño a la persona” y el “daño moral”.

Si partimos de la premisa de que el daño moral es, en palabras de Taboada Córdova (2003) una “lesión de los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (pp.64), entonces ¿cuál sería el medio probatorio que podría dar certeza en un juez que dicho daño se ha producido, sino el informe elaborado por el profesional que haya constatado este tipo de lesión, como en el caso?

En cuanto a la respuesta, reitero que el daño moral puede ser acreditado con un informe médico en el cual un psicólogo o médico especialista pueda concluir que la persona sufre una aflicción desde esta perspectiva.

Adicionalmente, podrían presentarse pruebas que creen convicción sobre el daño originado.

No obstante, el juzgado optó por no evaluar el examen psicológico presentado por el señor Falconí, lo que indica que estaría dando por cierto un daño sin prueba alguna. No me encuentro de acuerdo con esa posición en la medida que considero que, al igual que cualquier otro daño, el moral también debe ser objeto de prueba y que, como tal, es posible su prueba. No es, entonces, un daño de difícil o de imposible probanza.

Sin seguir la opinión del Juzgado, considero que una de las maneras de acreditar el daño en el presente caso fue el Informe Psicológico presentado por el señor Falconí.

Por tal motivo, creo que el daño sí se encuentra acreditado, pues cumple con las características del daño resarcible, el cual debe ser (i) cierto (ni eventual ni hipotético), (ii) debe ser probado (De Trazegnies Granda, 1988, págs. 17-21), (iii) debe versar sobre un interés legítimo, (iv) debe ser significativo (Barros Bourie, 2006, pág. 226), y (v) debe ser subsistente.

5.1.2. Relación de causalidad:

Sobre la relación de causalidad, el Juzgado se limita a indicar que el daño moral en el demandante ha sido causado por la conducta antijurídica del señor Gonzáles.

Para realizar un análisis, debemos tener en cuenta los hechos en sentido cronológico. En principio, la demanda de nulidad de acto jurídico fue interpuesta el 7 de diciembre de 2010, mientras que el Acta Notarial de fecha 1 de julio de 2011 da fe de que, en ese entonces, y (aparentemente) desde el 18 de enero de 2011, ya se encontraba publicada en una página web (no muy concurrida, según se señala) la demanda completa y sus anexos.

Ahora bien, obran en el expediente medios probatorios, tales como publicaciones en periódicos impresos (de circulación nacional), de febrero y marzo de 2010, en los que ya se informaba acerca de una presunta irregularidad en torno a la adquisición de inmuebles por parte del Club. De acuerdo con esto, la controversia en torno a la supuesta irregular adquisición del terreno ya había sido ventilada y difundida con anterioridad y la demanda de nulidad de acto jurídico solo materializó, en un proceso judicial, aquellas irregularidades que ahora sustentaban la nulidad o ineficacia de dicha adquisición.

Nuestro sistema jurídico acoge la teoría de la causalidad adecuada, definida por Lizardo Taboada (2003) como *“la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado”* (pp.85).

Aplicando dicha teoría al caso en concreto, podemos identificar diversas causas en el presente caso: (i) las publicaciones de medios periodísticos, a nivel nacional, (ii) la presentación de la demanda de nulidad de acto jurídico, teniendo en cuenta los términos que ella utiliza, (iii) la publicación de la demanda de nulidad de acto jurídico en una página web y (iv) el haber informado el punto (iii) a los demás socios del club.

De los puntos indicados en el párrafo precedente, ¿cuál es la que, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, abstractamente considerada, es capaz de producir un daño en el señor Falconí? ¿Qué es más susceptible de generar el daño, un blog con 100 visitas mensuales o un diario con una reputación en el mercado que cuente con alcance nacional y mundial? Considero que el más susceptible de generar un daño es el punto (i), pues dichos medios periodísticos poseen un alcance nacional y han sido capaces de ventilar la situación sobre la adquisición del terreno del Club en todo el país.

Por lo indicado, considero que si bien es cierto existió un daño en el señor Falconí, existieron una diversidad de causas que pudieron haberlo generado, lo que no ha sido analizado en la sentencia, sumado a que el cargo de congresista del señor Falconí también es susceptible de generar tensión y estrés.

Siguiendo con mi exposición, soy de la opinión que en este caso no existió una relación de causalidad entre el daño y los términos de la demanda y su divulgación, debido a la diversidad de eventos sucedidos con anterioridad que pueden ser considerados como causantes del hecho dañoso. En base a ello, en el presente caso la causa del daño no puede ser individualizada, por lo que no correspondería que tal daño sea resarcido.

5.1.3. Monto otorgado por resarcimiento:

La sentencia considera, por los motivos expuestos, y al amparo del artículo 1332° del Código Civil, que se ha dañado la reputación del señor Falconí, por lo que, basado en un criterio de equidad, otorgó S/30,000.00 como resarcimiento.

Me encuentro en desacuerdo con este extremo de la sentencia. Si bien se aplicó el artículo 1332° del Código Civil, se fijó una suma de dinero sin antes desarrollar criterios mínimos o parámetros que hayan permitido realizar una evaluación. Como bien indica Jiménez Vargas-Machuca (2015), la equidad no supone un sinónimo de ausencia de razonamiento, sino, que implica todo lo contrario, pues es un método de creación jurídica en donde el juez o árbitro debe establecer criterios que sirvan de fundamento de su decisión (pp. 372-378). Se citan criterios como características de la víctima para efectos de fijar un monto resarcitorio.

Continuando con mi opinión, considero que en esta sentencia el juzgado no expuso ningún criterio valorativo ni el más mínimo parámetro para fijar un criterio o parámetro que sirva de base para establecer un monto indemnizatorio. Por tal motivo, se ha inaplicado el artículo 1332° del Código Civil.

Como alternativa de solución, hubiese propuesto que el juez fije criterios valorativos para la cuantificación del daño, como la situación del señor Falconí, debiendo considerar que fue un congresista en ejercicio de aproximadamente 50 a 60 años, con una trayectoria profesional marcada; determinar cuál fue el grado de intención del señor Gonzáles en causar el daño; las circunstancias en las cuáles se desarrolla la presente controversia, entre otros.

5.2. Sentencia N° 074-2015-38C –Resolución N° 70 de fecha 9 de marzo de 2015 emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

5.2.1. Improcedencia del recurso impugnatorio presentado por el señor Gonzáles

Sin perjuicio de la Resolución Nro. 64 que concedió el recurso de apelación del señor Gonzales, la Sentencia de Vista declaró nulo el concesorio de apelación contenido en la Resolución Nro. 64, toda vez que el Juzgado habría brindado una segunda oportunidad al señor Gonzáles para completar el arancel judicial que debía presentar.

En mi opinión, me encuentro de acuerdo con la Sentencia de Vista ya que, de acuerdo con el artículo 367 del Código Procesal Civil, la apelación debe presentarse (i) dentro del plazo legal, (ii) ante el juez que expidió la resolución impugnada y (iii) acompañando el recibo de la tasa judicial respectiva, cuando ésta fuera exigible. En caso exista una omisión o defecto que se pudiese advertir en el pago de la tasa respectiva, el mismo artículo señala que se ordenará que el recurrente subsane en un plazo no mayor de cinco días. Asimismo, se establece que en caso no se subsane la omisión o defecto, se rechazará el recurso y será declarado inadmisibles. El artículo le brinda la posibilidad al juez superior de declarar inadmisibles o improcedente la apelación, si advierte que no se han cumplido los requisitos para su concesión, pudiendo declarar nulo el concesorio.

En este sentido, de acuerdo con el artículo citado, en caso se advierta una omisión en la presentación de la tasa, el Código Procesal Civil brinda al juez una sola oportunidad para que ordene al recurrente que cumpla con presentar la tasa judicial respectiva. Así, en este caso el juez no debió brindarle una nueva oportunidad por medio de la Resolución Nro. 62 para que subsane el defecto de la tasa.

Esto guarda plena coherencia y sentido con la modificación que se realizó al artículo 367 del Código Procesal Civil por medio de la Ley N° 27703, pues antes el artículo señalaba que *“la apelación o adhesión que no acompañen el recibo de la tasa, se interpongan fuera del plazo, no tengan fundamento o no precisen el agravio, serán de plano declaradas inadmisibles o improcedentes, según sea el caso”*.

Es decir, de acuerdo con el artículo 367 del CPC vigente hasta el año 2002, en caso no se presentase el recibo de la tasa, el juez debía declarar de plano inadmisibles o improcedentes el recurso de apelación, sin brindar un plazo para subsanar.

Por estos motivos es que me encuentro de acuerdo con que la Sala Superior haya declarado nulo el concesorio de apelación, toda vez se excedió la permisión contenida artículo 367 del Código Procesal Civil.

5.2.2. Aspectos relacionados con la responsabilidad civil

En este caso, la Sala sí selecciona criterios para establecer el monto resarcitorio en el caso de daños no patrimoniales. Asimismo, adopta criterios adoptados por la jurisprudencia (naturaleza de la ofensa, prestigio o características de la víctima, entre otros).

De la misma forma – y de manera acertada-, la Sala si analiza el Certificado Psicológico, haciendo suyos sus conclusiones. En esta línea, nos remitimos al punto 5.1.2., pues considero que existieron varios eventos que pudiesen haber generado el daño.

Como agravante del daño moral, la Sala ha indicado que se debe tener en cuenta el término “modus operandi”, la puesta en conocimiento de los socios del Club y la trayectoria pública del señor Falconí. Por tales fundamentos es que la Sala, en su considerado décimo octavo, considera que el monto de S/30,000 por el Juzgado “no resulta equitativo, sino más bien exiguo” y lo eleva a S/70,000.00.

Comentando solo lo concerniente a la cuantificación del daño (pues fue lo único apelado), considero que en esta oportunidad la Sala sí desarrolló y mencionó criterios para liquidar el daño no material; sin embargo, a mi parecer estos no fueron aplicados de manera correcta al caso en concreto, más aún si su decisión fue aumentar el quantum resarcitorio. Es decir, considero que debió existir una mayor fundamentación en cuanto al daño para que la Sala justifique adecuadamente el por qué aumentó en más del doble (130%) el monto resarcitorio al señor Falconí.

De acuerdo con lo indicado, me encuentro en desacuerdo en el extremo que la Sala haya aumentado el monto resarcitorio de S/30,000 a S/70,000, toda vez que considero que el daño que ha sufrido el señor Falconí no ha sido de tal gravedad que amerite un resarcimiento en tal cantidad.

5.3. Casación 1611-2015-AREQUIPA

Como respuesta a las infracciones normativas denunciadas, la Corte señaló que ante recursos impugnatorios donde se acompaña una tasa por el pago de arancel de un monto inferior al que corresponde, se debe conceder un plazo razonable para la subsanación, lo que significa que se está respetando el derecho de defensa, el derecho de acceso a los tribunales y a la instancia plural, en virtud de que la presentación de una tasa por arancel judicial incompleta es un aspecto subsanable.

En el caso concreto, al habersele concedido al señor Gonzáles ya un plazo para subsanar el pago de la tasa, no correspondía otorgarle uno adicional.

En lo particular me encuentro de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema. En efecto, el derecho a la defensa, el derecho de acceso a los tribunales y a la instancia plural son derechos que como tal no resultan ilimitados, sino que, como todo derecho, cuenta con sus propios límites en cuanto a su aplicación.

El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 00582-2006-PA/TC que no cualquier imposibilidad de ejercer un medio de defensa genera un estado de indefensión (reconocido constitucionalmente), sino que solo cuando existe arbitrariedad en su impedimento.

En un caso similar, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01901-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló, ante una denuncia por haber declarado nula la resolución que concedía el recurso de apelación presentado, en virtud del artículo 367 del Código Procesal Civil, que *“no existe una violación al derecho que invoca al recurrente, en la medida que la instancia judicial emplazada al rechazar los escritos presentados por el recurrente ha basado su decisión en la legislación procesal vigente aplicable al caso [...]”*.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, el derecho a la defensa tiene sus límites y en el presente caso éstos consistieron en las limitaciones señaladas en el artículo 367 del Código Procesal Civil, en la medida que la norma adjetiva solo permitía al juez a concederle una oportunidad para subsanar la omisión en la presentación del arancel judicial, por lo que hacerlo en una oportunidad adicional, no resultaba válido en la medida que también creaba una desigualdad en las partes.

En concreto, el señor González tuvo pleno conocimiento – de manera previa a la presentación de su recurso de casación-, de cuál sería el arancel judicial que debía presentar, toda vez que se basa en la cuantía del monto que se está discutiendo en el proceso judicial, por lo que considero que resulta una negligencia de su parte el haber presentado una tasa

incompleta, lo cual fue sancionado – en mi opinión-, de manera correcta con la nulidad del concesorio de apelación. Por estos motivos, reitero que me encuentro de acuerdo con la posición sostenida por la Corte Suprema.

VI. OPINIÓN PERSONAL DEL TITULANDO

El caso que se nos presenta contiene diversos puntos que serán materia de opinión, de acuerdo con lo siguiente.

6.1. ¿La demanda y su publicación realizadas por el señor Gonzáles han generado un daño?

En principio, sí considero que los términos expuestos en la demanda de nulidad de acto jurídico pudieron causar un daño en el señor Falconí. Una demanda debe contener y describir los hechos que fundamentan el reclamo y el sustento jurídico correspondientes, sin entrar a dar calificativos sobre la parte contra quien se interpone la demanda.

Existieron afirmaciones como “modus operandi”; que existió una “valuación dolosa y un perjuicio económico para el Club”, y “dolo en la constitución del acto del que se solicita anulación”, las que en mi opinión resultaban completamente innecesarias, pues no son elementos fácticos ni jurídicos que sustentaban sus pretensiones.

Sobre el supuesto daño reclamado por la publicación de la demanda de nulidad de acto jurídico en una página web y su posterior remisión a los socios del Club, opino que ello no es susceptible de generar daño alguno, ya que las demás personas, en su condición de socios del Club cuentan con el derecho de conocer la situación administrativa del Club.

El daño en este caso es de carácter no patrimonial o moral, ya que habría afectado la esfera afectivo-emocional del señor Falconí, lo que se encuentra acreditado con el Certificado Psicológico que obra en el expediente.

El daño moral señalado en el artículo 1984° y 1985° del Código Civil, en mi opinión, debe ser acreditado por medio de cualquier medio probatorio que el

CPC permita, de forma que se cree certeza en el juzgador en cuanto a la existencia o no del daño.

El no exigir una rigurosa actuación probatoria en cuanto al daño moral puede conllevar a situaciones injustas, tal como comenta Jiménez-Vargas Machuca (2015) en circunstancias que, cuando era jueza, en una demanda por daño moral iniciada por la hija de una persona fallecida en un accidente automovilístico, advirtió en una audiencia que la demandante había tenido a su madre en un total estado de abandono, a nivel personal y económico, y que inclusive no asistió al funeral ni se ocupó de tales gestiones (pp. 392-393).

En cuanto a la prueba, el Informe Psicológico señala que el señor Falconí presentaba estrés a nivel de sus sentimientos y emociones, que presentaba daño moral y que se sentía calumniado públicamente. Conviene mencionar que este tipo de informes deberían tener un lenguaje más propio de la profesión que expide el mismo, por lo que genera susceptibilidad el hecho de que contenga términos propios del quehacer jurídico, por lo que lo conveniente, a fin de tener más certeza en cuanto al daño hubiese sido que se ordene una pericia de parte o de oficio.

No obstante, el daño puede haberse originado por las afirmaciones antes descritas, con lo que queda acreditado este elemento de la responsabilidad civil.

6.2. ¿Existió una relación de causalidad entre la demanda de nulidad de acto jurídico y su publicación con el daño ocasionado? ¿Cuál hubiese sido la mejor estrategia de defensa del señor Gonzales? ¿Cómo se determina la responsabilidad del señor Gonzáles?

Durante toda su defensa, el principal argumento de defensa del señor Gonzáles estuvo basado en la aplicación del artículo 1971° del Código Civil, el cual señala que no existe responsabilidad cuando el accionar de una persona se encuentra dentro del ejercicio regular de su derecho.

Sin embargo, en su defensa se adjuntaron diarios de circulación local y nacional que ya daban noticias y exponían fuertes críticas sobre la adquisición del Club por los mismos motivos que originaron la demanda de nulidad de acto jurídico. En base a esto, ya existía un cuestionamiento público sobre la adquisición de los terrenos, lo cual era más notorio porque el señor Falconí era congresista de la república en ejercicio.

En este sentido, considero que la mejor estrategia de defensa de fondo, más allá de invocar el ejercicio regular de un derecho como un supuesto eximente de responsabilidad, hubiese sido invocar una fractura del nexo de causalidad, en concordancia con el artículo 1972° del Código Civil, como es el hecho determinante de tercero con dichas publicaciones.

Como acertadamente señala el jurista español Mariano Yzquierdo (2001), la causa es, “con toda seguridad el elemento que introduce en el sistema mayores problemas” y que “se ha dicho que ningún otro tema en el Derecho de daños ha ocasionado tanta controversia y confusión” (pp. 187).

Como hemos indicado, el Código Civil Peruano, en su artículo 1985° recoge la teoría de la relación de causalidad adecuada. El criterio de la causalidad adecuada es indica que “el daño debe asociarse con el antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata” (Yzquierdo Tolsada, 2001, pág. 191).

La sentencia del Juzgado ni la de vista hicieron un análisis respecto del nexo de causalidad, pues consideraron que era implícito que el daño había sido causado por las afirmaciones vertidas en la demanda de nulidad de acto jurídico.

No obstante, considero que ello ha sido un error tanto del Juzgado como de la Sala y del señor Gonzáles, pues la defensa de fondo debió cuestionar la fractura de la relación de causalidad ya que en el presente caso existieron diversos hechos que, basado en la teoría de causalidad adecuada, pudieron haber generado el daño aducido por el señor Falconi.

En esta línea de ideas, las noticias periodísticas señaladas y la condición de congresista del señor Falconí fueron causas adicionales a las ya señaladas que pudieron haber generado el supuesto daño moral acreditado. Cabría preguntarse si ¿la labor de congresista está libre de cualquier estrés y de angustia? Considero que no, considerando la exposición mediática propia del cargo y las diversas situaciones que uno debe afrontar. Adicionalmente, qué hecho es más idóneo de generar un daño, ¿una publicación en un periódico de alcance local y nacional o términos contenidos en una demanda judicial?

Al no existir una respuesta clara respecto de las anteriores preguntas, considero que no ha quedado acreditada la relación de causalidad -elemento de la responsabilidad civil-, por lo que no debió habersele otorgado un resarcimiento al señor Falconí.

6.3. ¿Debió concederse la suma de S/70,000 como resarcimiento por el daño? La cuantificación del daño no patrimonial

En doctrina nacional se ha señalado que la cuantificación de los daños realizada por el Poder Judicial resulta impredecible, y que ello, además de ser una responsabilidad de los jueces al no existir unanimidad en la cuantificación de los daños, también lo es de los abogados quienes no individualizan ni describen ni acreditan adecuadamente los daños que reclaman (Espinoza Espinoza, 2011, pág. 325).

El otorgamiento de un resarcimiento tiene que ser visto desde dos aristas: desde el punto de vista del causante del daño y el de la víctima, ya que justamente la función de la responsabilidad civil es traspasar el peso económico del daño de una persona hacia otra.

Considerando lo anterior, cuestiono si era realmente equitativo el otorgamiento de la suma de S/70,000 a favor del señor Falconí, máxime si el daño moral – en mi opinión-, no encontró una relación de causalidad y no creaba una certeza total por los términos contenidos en informe. Inclusive, en caso cumplidos estos requisitos, ¿debió otorgarse la suma?

No considero proporcional que el daño generado haya implicado la magnitud para otorgar como el “petitium doloris” tal suma, a fin de que el señor Falconí pueda valerse de ese dinero para “sobrellevar” su mal momento. Al fin y al cabo, siguió ejerciendo su labor como congresista y – de acuerdo con la información que obra en el expediente-, más allá de sufrir cierto estrés psicológico, por causas no precisas, no acreditó un tratamiento o pruebas adicionales que creen certeza sobre la magnitud del daño.

En este sentido, considerando que el resarcimiento debe ser la justa medida del daño y no debe ser fuente de riqueza, considero que la suma otorgada debió de ser menor por los argumentos jurídicos expuestos.

Como alternativas de solución a la predictibilidad de los montos otorgados por los jueces, comparto la idea de Espinoza Espinoza (2011) quien, citando la jurisprudencia italiana, cita diversas tablas y baremos que contienen montos referenciales a ser otorgados en distintas situaciones, lo que no exime la tarea del juez de realizar una valorización equitativa de acuerdo al caso concreto. (pp. 340-341).

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bardales Siguan, L. (2019). El daño moral derivado de la lesión al derecho al honor. *Gaceta Civil & Procesal Civil N° 71, Mayo 2019, 207-224.*
- Barros Bourie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Campos García, H. (2020). Aproximación inicial a la rueba del daño moral en el ordenamiento jurídico peruano. En O. C. Vargas-Machuca, *La Responsabilidad Civil y el Daño Extracontractual* (págs. 477-500). Lima: Instituto Pacífico.
- Casación 1714-2018-Lima - Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema
- De Trazegnies Granda, F. (1988). *La responsabilidad civil extracontractual. Para leer el Código Civil Vol IV. Tomo II*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú .

- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editorial Rodhas.
- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones Universitarias. Colección lo Esencial del Derecho 46*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gabriel Rivera, J. L. (2016). La determinación del quantum indemnizatorio en el daño moral. *Gaceta Civil & Procesal Civil N° 32 (febrero 2016)*, 53-66.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2015). Artículo 1332°: Valorización equitativa del resarcimiento. En C. A. (Director), *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (págs. 365-397). Lima: Instituto Pacífico.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2015). Resarcimiento del daño inmaterial. En O. Colectiva., *Código Civil. Estudios y propuestas. Edición a cargo de ADVOCATUS* (págs. 849-880). Lima: Universidad de Lima.
- Jiménez Vargas-Machuca, R. (2020). Aspectos relevantes sobre la responsabilidad civil y el daño moral. En O. C. Vargas-Machuca, *La responsabilidad civil y el daño extrapatrimonial* (págs. 661-689). Lima: Instituto Pacífico.
- León, L. (2007). El daño resarcible. En L. León, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (págs. 277-337). Lima: Jurista Editores.
- Pazos Hayashida, J. (2007). Comentario al artículo 1971 del Código Civil. En O. colectiva, *Código Civil Comentado* (págs. 107-113). Lima: Lima.
- Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2017 realizado los días 3 y 4 de noviembre en la ciudad de Chiclayo - Lambayeque
- Rioja Bermúdez, A. (24 de Octubre de 2009). *Blog PUCP*. Obtenido de Procesal Civil: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/10/24/cuestiones-a-tener-en-cuenta-en-la-tacha-de-un-documento/#:~:text=La%20tacha%20es%20el%20instrumento,testigos%2C%20documentos%20y%20pruebas%20at%20C3%ADpicas.&text=Esto%20es%20la%20tacha%20docume>

- Salvi, C. (2001). El daño. En C. Salvi, *Estudios sobre la responsabilidad civil. Traducción y edición a cuidado de Leysser L. León* (págs. 285-316). Lima: ARA Editores.
- Samuel, O. M. (2018). *El daño moral en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea SRL.
- Sentencia TC N° 00582-2006-PA/TC
- Sentencia TC N° 01901-2010-PA/TC
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. IIMA: Editora Jurídica Grijley.
- Valdivia Rodríguez, C. M. (Enero 2021). El daño moral: problemática de su probanza y la ausencia de criterios para su reparación. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 203-2020.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson.

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el título profesional de
Abogado**

INFORME DE EXPEDIENTE:

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Materia: Protección al Consumidor

No. De Expediente: 0527-2015/PS2

Denunciante: Fausto Alejandro Ávila Gutiérrez

Denunciado: Banco Interamericano de Finanzas – BANBIF

Rodrigo Enrique Montero Montoya

Código 20140862

Lima – Perú

Setiembre de 2021

Sumilla del expediente:

El presente expediente gira sobre una denuncia presentada en contra del BANBIF por la forma de realizar el tratamiento e imputación de un pago realizado por un consumidor, que tuvo como intención cancelar una deuda originada en virtud de préstamos en efectivo realizados en el cajero del Banco.

8. Antecedentes / Resumen del caso.
9. Problemas jurídicos planteados en el expediente.
10. Marco conceptual.
11. Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial de la materia.
12. Opinión sobre resoluciones.
13. Opinión personal del titulado.
14. Referencias bibliográficas.

Dirigido a : Facultad de Derecho
Universidad de Lima

Materia : Protección al Consumidor

Número de expediente : 0527-2015/PS2

Denunciante : Fausto Alejandro Ávila Gutiérrez

Denunciado : Banco Interamericano de Finanzas - BANBIF

Informante : Bachiller Rodrigo Enrique Montero Montoya
Código No. 20140862

Fecha : Agosto de 2021

VIII. ANTECEDENTES/RESUMEN DEL CASO

- 8.1. Los días 6, 7 y 9 de enero de 2015, el señor Fausto Alejandro Ávila Gutiérrez (en adelante, el señor Ávila) realizó tres retiros de efectivo (en adelante, “los Retiros”) en los cajeros automáticos del Banco Interamericano de Finanzas (en adelante, BANBIF) por la suma de S/1,500 cada uno, lo que en total arrojaba la suma de S/4,500.
- 8.2. Con fecha 13 de enero de 2015, el señor Ávila se apersonó a las oficinas del BANBIF y expresó a la cajera su intención de pagar los Retiros, por lo que procedió a realizar el pago total de S/4,510, de acuerdo con el comprobante de pago, en el que no consta a qué se aplicó este abono
- 8.3. De manera posterior, se emitió el Estado de Cuenta de la Tarjeta Crédito VISA del señor Ávila, por el periodo de facturación correspondiente del 18 de diciembre de 2014 al 17 de enero de 2015, el que arrojó el siguiente detalle:
- A. El importe pagado de S/4,510 fue imputado a un crédito de compra de deuda anterior que el señor Ávila mantenía con el BANBIF por la suma de S/18,620.
 - B. Los Retiros fueron facturados como préstamos revolventes, con cargo al pago mínimo por mes, por el plazo total de 36 cuotas.

- 8.4. Luego, se emitió y envió el Estado de Cuenta del señor Ávila por el periodo de facturación correspondiente del 18 de enero al 17 de febrero de 2015 (siendo la fecha límite de pago el 9 de marzo), en donde el BANBIF realizó lo siguiente:
- A. Extornó dos cuotas de S/1500 cada una, correspondientes a los retiros de fechas 7 y 9 de enero de 2015 (que habían sido registrado como préstamos revolventes) y los registró como préstamos a pagar en dos cuotas. Esto trajo como consecuencia la reducción de la línea revolvente.
 - B. Siguiendo con la línea anterior, el pago mínimo de febrero fue de S/2,161.99 en lugar de los S/600 habituales que solía mantener el señor Ávila. Cabe resaltar que el mes de marzo contuvo una cuota similar por la segunda cuota de los Préstamos.
- 8.5. Al estar en desacuerdo con la imputación de pagos realizada, el señor Ávila presentó su reclamo al BANBIF el 28 de febrero de 2015.
- 8.6. Como la cuota por de febrero se encontraba próxima a vencer, el 7 de marzo de 2015 señor Ávila procedió a realizar un nuevo retiro, como pago a cuotas, por la suma de S/1,530 a fin de poder pagar la cuota.
- 8.7. Con fecha 11 de marzo el BANBIF respondió formalmente el reclamo del señor Ávila, justificando la imputación de pago realizada, en donde indicó lo siguiente:
- “Recordemos que nuestro sistema no tiene direccionamiento de pagos por lo cual todo abono fuera de la fecha de pago procede abonar el consumo más antiguo y de mayor tasa, el caso del cliente el abono afecto era el de la compra de deuda”.*
- 8.8. El estado de cuenta con facturación del 18 de febrero al 17 de marzo arrojó una cuota similar a la del mes anterior, por lo que el señor Ávila realizó un nuevo retiro de S/1620, a cuotas, con la finalidad de cancelar la cuota mensual.
- 8.9. Mediante escrito de fecha 1 de abril de 2015, el señor Ávila interpuso una denuncia en contra del BANBIF ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos de Protección al Consumidor (en adelante, el ORPS). Indicó que el

Banco no registró adecuadamente la cancelación de los Retiros, lo que trajo como consecuencia el cálculo de cuotas onerosas por pagar en los siguientes meses.

8.10. Sus pretensiones fueron que (i) se tengan por cancelados los Retiros, (ii) se realice el extorno de intereses, (iii) se realice el extorno de los dos préstamos adicionales por S/1,530 y S/1,620 y (iv) se sancione al BANBIF, así como la percepción de daños y perjuicios.

8.11. Con fecha 22 de abril de 2015, el BANBIF fue notificado con la Medida de Requerimiento N° 0459-2015/PS2, en la que el ORPS le solicitó que presente información respecto de la forma, orden y sustento sobre el cual realizó la imputación de pagos y la composición de la deuda antes y después del pago de los Retiros. El BANBIF respondió el requerimiento, con los argumentos que posteriormente indicaremos en su contestación de denuncia.

8.12. Con fecha 22 de abril de 2015, el ORPS notificó al señor Ávila el Requerimiento de Subsanción N° 426-2015/PS2, le solicitó que presente medios probatorios que acrediten que el pago realizado estuvo destinado a cancelar los Retiros y que acrediten las instrucciones recibidas por el BANBIF sobre la cancelación de los Retiros. Dos días después, el señor Ávila respondió el requerimiento.

8.13. Mediante Resolución N° 1 de fecha 20 de mayo de 2015, el ORPS archivó la denuncia por direccionamiento del pago de los Retiros y la falta de atención de reclamos por falta de medios probatorios. Asimismo, inició un procedimiento administrativo sancionador en contra del BANBIF, de acuerdo con lo indicado a continuación:

- A. Presunta infracción a los artículos 1, literal c) y 18 y 19 del CPC, en tanto habría realizado una incorrecta imputación de pagos en el abono de S/4,510, ya que éste habría sido direccionado a amortizar el saldo de capital de una compra de deuda previa.
- B. Presunta infracción a los artículos 1, literal c) y 56, literal c) del CPC, ya que el BANBIF habría modificado el estado de cuenta con vencimiento al 09 de marzo de 2015, al considerar, sin autorización del interesado las disposiciones

en efectivo realizadas el 7 y 9 de enero de 2015, de plan revolvente a un plan de cuotas.

8.14. Con fecha 1 de junio de 2015, el señor Ávila interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución N° 01 antes mencionada, en donde cuestionó el extremo del archivamiento de la denuncia.

8.15. Con fecha 2 de junio de 2015, el BANBIF contestó la denuncia, en donde expuso los siguientes argumentos:

A. Respecto de la imputación de pagos:

- El periodo de facturación de las tarjetas de crédito emitidas por el BANBIF se computa desde el día 18 de un mes hasta el día 17 del mes siguiente, lo cual puede ser corroborado en los estados de cuenta presentados por el señor Ávila. Por lo tanto, cualquier pago que se realice antes del cierre de la siguiente facturación amortiza la deuda existente al inicio del periodo de facturación.
- En esta línea de ideas, el pago realizado el 13 de enero de 2015 amortizó la deuda existente al 17 de diciembre de 2014, ya que los Retiros no habían sido liquidados.
- Para poder imputar el pago a los Retiros, el señor Ávila debió esperar al 18 de enero de 2015, a fin de que sean liquidados.
- Se realizó una correcta imputación de pagos pues se siguió lo establecido en la cláusula 10.6 del Contrato.

B. Sobre la supuesta modificación del estado de cuenta:

- A partir del mes de enero de 2015 el BANBIF implementó una opción para que, cuando el cliente realice una disposición en efectivo, pueda escoger en cuántas cuotas desee cancelarlo, tal como se hace en un consumo en cuotas.
- UNIBANCA informó que algunos retiros realizados en los cajeros ATM no estaban poniendo a disposición del cliente el indicador de cuotas, por lo que envió una lista de operaciones por regularizar, y en febrero procedió a regularizar los Retiros, con las instrucciones que el señor Ávila indicó al momento de realizar estos retiros.

RESOLUCIÓN FINAL EMITIDA POR EL ORPS

8.16. Con fecha 24 de julio de 2015, el ORPS emitió la Resolución Final N° 0734-2015/PS2, en donde resolvió: (i) archivar el procedimiento administrativo

sancionador iniciado contra el BANBIF en lo referido al incumplimiento del deber de idoneidad en tanto ha quedado acreditado que la imputación de los pagos se realizó de manera correcta; (ii) sancionar el BANBIF con un (1) UIT por haber realizado una modificación unilateral de la forma de pago de las disposiciones en efectivo, de plan revolvente a plan de cuotas.

8.17. En lo referido a la imputación de pagos, la ORPS señala que el señor Ávila no ha presentado algún medio probatorio que logre acreditar que brindó indicaciones respecto a cuál quería que sea la deuda a la cual se imputara el abono de S/4510, siendo que dicha regla también es de aplicación para los otros pagos realizados en el mismo periodo.

8.18. De acuerdo con lo anterior, el BANBIF realizó una correcta imputación de pagos, siendo que cumplió con el numeral 10.6 del Contrato. Señaló también que el 13 de enero aún no se había liquidado los Retiros. Por estos motivos, consideró que el BANBIF realizó una correcta imputación de pagos y archivó este extremo de la denuncia.

8.19. En lo referido a la modificación de pago de los retiros de efectivo del 7 y 9 de enero de 2015, el ORPS indicó que el BANBIF no ha presentado prueba alguna que acredite que la variación de la forma de pago de los mencionados retiros obedeció a una solicitud del señor Ávila al momento de efectuar los retiros. Por consiguiente, quedó acreditada modificación unilateral del estado de cuenta.

8.20. Como medida correctiva por la infracción indicada en el numeral anterior, el ORPS ordenó al BANBIF registre las dos disposiciones del 7 y 9 de enero como un plan revolvente, realice el extorno de los intereses y demás cargos que se hayan generado como consecuencia de haber variado la forma de pago de tales recibos.

8.21. Con fecha 11 de agosto de 2015, el BANBIF interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución, en donde cuestionó la sanción de una (1) UIT por una infracción al artículo 56° del CPC y contra la medida correctiva.

8.22. El BANBIF señaló que es el mismo señor Ávila, en su escrito de denuncia, quien reconoció que los Retiros en efectivo debieron ser devueltos en dos cuotas, lo que trae como consecuencia que no se haya realizado modificación unilateral alguna en vista que esa fue la opción elegida por el señor Ávila.

8.23. Con fecha 21 de setiembre de 2015, el señor Ávila presentó una adhesión al recurso de apelación. En tal escrito, señaló lo siguiente:

- Solicitó que se dé cumplimiento a las medidas correctivas impuestas al BANBIF.
- En los retiros en efectivo se colocó inicialmente que éstos sean devueltos en dos (2) cuotas cada uno, debido a que los cajeros automáticos no cuentan con la opción de retirar efectivo con opción de pago como crédito revolvente. Asimismo, los recibos de los préstamos no indicaron el número de cuotas.
- En cuanto al pago, debió imputarse a los Retiros, y en caso hubiese surgido algún problema con el sistema, debió haberse realizado con un sistema mecanizado o manual.
- No existe razón alguna que explique el por qué, de tres préstamos realizados, dos se programaron para ser pagados en dos cuotas y otro en forma revolvente.

RESOLUCIÓN FINAL EMITIDA POR LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

8.24. Con fecha 28 de octubre de 2016, la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 – Sede Central (en adelante, la Comisión) emitió la Resolución Final N° 2255-2016/CC1, en donde revocó la Resolución Final N° 734-2015/PS2 en el extremo que declaró fundada la denuncia por una infracción al artículo 1° literal c) y 56°, literal c) del CPC, y en consecuencia, la declaró infundada. Asimismo, revocó las medidas correctivas impuestas al BANBIF.

8.25. En cuanto al escrito del señor Ávila de solicitud de adhesión a la apelación presentada por el BANBIF, la Comisión detalló que la adhesión a la apelación solo puede ser presentada con relación a los extremos que le han resultado desfavorables en su denuncia, más no con relación a las partes en que fue declarado fundado. Por tal motivo, la declaró improcedente en cuanto a la modificación unilateral de la forma de pago de los Retiros.

8.26. Se indicó que el señor Ávila señaló en su denuncia que los préstamos fueron solicitados para devolverlos en dos cuotas mensuales cada uno, por lo que, quedaba acreditado que la programación del pago en dos cuotas fue por solicitud del denunciante. Por consiguiente, no existió modificación unilateral y se declaró infundado este extremo de la denuncia y las consecuentes medidas correctivas.

IX. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE

Consideramos que el presente expediente contiene, principalmente, los siguientes problemas jurídicos:

- 9.1. Carga de la prueba: ¿Cuál de las partes cuenta con la carga de la prueba? ¿Quién está en mejor posición de presentar medios probatorios que coadyuven a resolver los problemas jurídicos del caso? ¿Cómo debió probar el consumidor que quiso imputar el pago a determinada deuda?
- 9.2. Deber de información: ¿El consumidor contó con información veraz y oportuna que le permitiese saber, al momento de efectuar el pago, a qué crédito se imputaría el pago? ¿El BANBIF cumplió con su deber de información respecto de las condiciones del servicio?
- 9.3. Imputación de pagos: ¿El BANBIF cumplió con los términos del contrato suscrito con el consumidor respecto de la imputación de pagos? ¿Se siguieron las disposiciones relativas a la imputación de pagos indicadas en el CPC?
- 9.4. Modificación de los términos del servicio: ¿El BANBIF realizó una modificación unilateral de los términos del contrato?
- 9.5. Deber de idoneidad: ¿El BANBIF incumplió con su deber de idoneidad, frente al consumidor? ¿Qué implica el nivel de idoneidad, en este caso?

X. MARCO CONCEPTUAL

10.1. Carga de la prueba:

Es de aplicación el artículo 173° del T.U.O. de la Ley de Procedimiento Administrativo General que en su numeral 2 señala que la carga de la prueba sobre los hechos corresponde a los administrados. De la misma forma, también es de

aplicación el artículo 196° del Código Procesal Civil, al prever que, salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba recae en quien afirma los hechos.

Sin embargo, existen teorías como la explicada por Bullard (2005) al señalar que “[...] *la carga de la prueba no debe necesariamente recaer en quien alega los hechos sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo* [...] (pp.230)”. Es decir, de acuerdo con esta teoría, en determinadas situaciones la carga de la prueba debe recaer en quien se encuentra en una mejor de posición de aportarlas.

10.2. Deber de información:

El inciso b) del artículo 1 del CPC señala que los consumidores cuentan con el derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, que resulte necesaria, aplicado al presente caso, para un uso adecuado de los servicios.

En la tónica, el numeral 1 del artículo 2 del CPC indica el recae en el proveedor la obligación de brindar al consumidor toda la información relevante que resulta necesaria para el servicio o producto a ofrecer. De igual forma, el numeral 2 del mismo artículo señala que “*la información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano*”.

De acuerdo con lo indicado por Tirado Barrera (2021), el deber de información se produce en virtud de la asimetría informativa que ocurre en la relación entre el consumidor y proveedor e implica que el flujo de información entregada por el proveedor al consumidor comprenda las etapas preliminares a la relación de consumo y que, atendiendo a las características de cada caso, en situaciones de relaciones permanentes (como servicios, por ejemplo) este deber extiende a lo largo de toda la relación de consumo (pp. 53-54).

10.3. Imputación de pagos:

El artículo 87 del CPC establece que los consumidores tienen el derecho a ser informados sobre las condiciones aplicables a las obligaciones que sean asumidas

en virtud de un contrato de crédito, en donde se deben detallar las tasas de interés, los cargos aplicables, la oportunidad de pagos y el orden de imputación de los pagos.

De la misma forma, el mismo artículo establece que, en los contratos de crédito por adhesión o con cláusulas generales de contratación de empresas financieras supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, lo que es aplicable al presente caso, el orden de imputación de pagos no puede implicar un agravamiento desproporcionado del monto adeudado. La excepción a esta regla es que la entidad financiera acredite que existió una negociación respecto de la medida gravosa, estando a su cargo la carga de la prueba sobre la negociación y de la información al consumidor.

10.4. Modificación de los términos del servicio:

El artículo 56.1° del CPC indica en su inciso c) que es un método comercial coercitivo, es decir, prohibido para los proveedores, el modificar sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que se adquirió un producto o contrató un servicio, lo que es aplicable inclusive si dicha modificación es favorable al consumidor. De la misma manera, señala que el silencio del consumidor no puede significar una aceptación tácita a la modificación, a menos que haya existido un pacto previo que le otorgue a su silencio el significado contrario.

De acuerdo con lo expuesto por INDECOPI en la Resolución N° 0007-2020/SPC-INDECOPI, el artículo señalado en el párrafo precedente “*sanciona la imposición de la voluntad del proveedor sobre la del consumidor sin que este tenga conocimiento de la modificación y sin que haya prestado su consentimiento ni conformidad sobre la misma*” (pág. 6, numeral 14).

En este sentido, el proveedor no puede modificar, los términos y condiciones del producto o servicio sin contar con el consentimiento expreso del consumidor, aún si ésta tiene como finalidad beneficiarlo.

10.5. Deber de idoneidad:

El artículo 18° del CPC establece que por idoneidad debemos entender la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la información, condiciones, circunstancias, características y naturaleza del producto ofrecido o servicio y precio, debiendo ser esta evaluación en concreto a cada caso en particular.

De la misma forma, el artículo 19° señala que el proveedor es el responsable por la idoneidad de los productos y servicios.

Tirado Barrera (2021) indica lo siguiente:

“Por idoneidad debemos entender aquella relación adecuada y proporcional entre las expectativas del consumidor (que hayan podido generarse razonablemente debido a la publicidad, al contenido de la oferta, a la información proporcionada u otras circunstancias habituales o propias del tipo específico de la transacción a la que se refiera) y las prestaciones efectivamente brindadas u ofrecidas por el proveedor. Este deber de idoneidad supone que el proveedor deba cumplir con ofrecer al consumidor todas aquellas prestaciones que, razonablemente, cabe esperar de una específica relación de consumo” (pp.57).

XI. ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA

11.1. Carga de la prueba

Como regla general, en cuanto a la carga de la prueba, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha indicado en la Resolución 2309-2017/SPC-INDECOPI, lo siguiente:

“Al respecto, debe precisarse que el artículo 162°2 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la carga de los administrados de aportar pruebas y el artículo 196° del Código Procesal Civil, dispone que la misma corresponde a quien afirma los hechos que

configuran su pretensión. En síntesis, se debe destacar que compete a los administrados presentar la documentación pertinente para acreditar sus afirmaciones”.

De acuerdo con lo señalado, en el ámbito de derecho de consumidor son de aplicación supletoria la LPAG y el Código Procesal Civil, que indican, como regla general, que quien afirma los hechos tiene la carga probatoria sobre los mismos.

Por medio de la Resolución N° 3228-2018/SPC-INDECOPI, la Sala inaplicó la regla contenida en artículo 104 del CPC, la misma que indica que primero el consumidor tiene que acreditar la carga de probar la existencia del defecto alegado para luego invertir la carga probatoria, siendo el proveedor quien debe eximirse de responsabilidad. Para estos efectos, indicó lo siguiente:

“Sin embargo, se verifican situaciones excepcionales en las que resulta muy difícil o imposible para el consumidor acreditar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio contratado, atendiendo a circunstancias particulares que pueden presentarse durante la ejecución del acto de consumo y que deben ser apreciadas por la autoridad administrativa caso por caso.

*En tales supuestos, es un imperativo flexibilizar la regla de la carga de la prueba, a fin de asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla.
(Considerandos 26 y 27)*

En un caso similar (Resolución N° 00007-2021-SPC-INDECOPI), la Sala indicó que un hecho negativo no podía ser objeto de prueba, por lo que correspondía que el proveedor acredite que la operación se realizó de manera correcta. Esto se debe, al manejo de información y de los medios disponibles que tenga la entidad financiera para aportarlos como pruebas.

11.2. Deber de información:

Rojas Klauer (2012), señala en cuanto a la definición del deber de información – obligación a cargo del proveedor frente al consumidor- lo siguiente:

“En este orden de ideas, el Deber de Información de los proveedores o el Derecho a la Información de los consumidores se constituye como uno de los principales derechos en torno al cual se sostiene la legislación de Protección al Consumidor, y consiste en el derecho que tienen los consumidores o usuarios a recibir de los proveedores la información necesaria sobre los productos o servicios que desean adquirir, así como para efectuar un uso adecuado de los mismos. En tal sentido, la carga de informar corresponde a los proveedores en la medida que se entiende que éstos tienen un mejor manejo en cuanto a la calidad y cantidad de información (pp. 66-67)”.

Sobre el mismo concepto, Sanz Salguero (2018), citado por Supo Calderón y Bazán Vásquez, expresa la siguiente opinión:

“(...) se estima que la veracidad (o carácter real) de la información es insuficiente, si esta no posee un atributo de utilidad para el consumidor (...) se exige que esta información sea comprensible, es decir, con un contenido intelectualmente accesible a un consumidor medio, sin que deba realizar un esfuerzo intelectual extraordinario o requiera la asistencia de terceros o procurarse otra información adicional (...)”.

En la misma línea de ideas, se indica que el deber de información existe en virtud de la asimetría informativa entre los proveedores y consumidores, por lo que si el proveedor, quien cuenta con información que el consumidor no posee, llega a incumplir con su deber de información, ello puede conllevar a situaciones en donde el consumidor adopte una decisión de consumo que no sea acorde a las expectativas que posee del producto o servicio adquirido (Rojas Klauer, 2012, pág. 67). Esto guarda concordancia con el artículo II y IV del CPC, sobre la finalidad de reducir la asimetría informativa.

En lo concerniente al deber de información, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, por medio de la Resolución N° 0008-2021/SPC-INDECOPI, ha señalado lo siguiente:

“La información es un proceso de naturaleza dinámica y que, por tanto, no es exigible únicamente al momento de la configuración de la relación de consumo. Así, en atención al deber de información que recae sobre los proveedores, el consumidor requerirá conocer toda aquella información relevante y suficiente referida a los bienes y servicios contratados a efectos de corroborar los términos en los que el proveedor le entregó un bien o brindó un servicio a fin de que pueda formular los reclamos que considere pertinentes o hacer valer sus derechos ante las instancias pertinentes, en caso se produjera algún tipo de controversia.

Cabe agregar que la información genera certidumbre y facilita el comportamiento del consumidor permitiéndole conocer sus derechos y obligaciones; y, prever posibles contingencias y planear determinadas conductas. Sin embargo, ello no significa que los proveedores estén obligados a brindar todo tipo de información a los consumidores bajo el derecho a la información señalado, pues ninguna ley ampara el abuso de derecho” (considerandos 11 y 12 de la Resolución).

Supo Calderón y Bazán Vásquez (2020) citan el caso tramitado en el Expediente N° 189-2009/CPC-INDECOPI, en el que una asociación de consumidores denunció a dos empresas importadoras y comercializadoras de aceite de soya, puesto que en la etiqueta del producto no se había consignado que contaba con soya transgénica como insumo (pp. 90).

En este caso la Resolución N° 0936-2010/SC2 – INDECOPI dictada por la Sala realizó un análisis que consistió en los siguientes tres puntos: (i) el rol del deber de información en el modelo económico social de mercado, (ii) la importancia del rotulado de productos alimenticios y (iii) el deber de información que se tenía sobre la condición transgénica de tales productos. Finalmente, la Sala consideró que por la incertidumbre que se puede generar sobre los efectos de alimentos

transgénicos en la salud de los consumidores, esta información debió trasladarse de manera oportuna y clara a por parte del proveedor a los consumidores.

11.3. Imputación de pagos:

Por medio de la Resolución SBS N° 652-2016, se modificó el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, el Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero y el Anexo 2 de la Circular N° 184-2015 – Circular de Atención al Usuario.

Con la referida modificación de la SBS se estableció que el orden de imputación aplicable para el pago de la línea de crédito debe ser claro y, en los contratos celebrados con usuarios bajo la protección del Código, no puede conllevar un agravamiento desproporcionado del monto adeudado para el titular.

Para estos efectos, el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito señala en el artículo 5-A que, en primer lugar, el pago debe aplicarse a cubrir el pago mínimo, considerando los componentes de dicho concepto previstos en la Circular de Pago Mínimo.

En caso el pago exceda el pago mínimo, la aplicación el pago debe empezar por aquellas deudas que cuya tasa de interés es mayor, hasta llegar a las que les corresponde una tasa de interés menor.

De la misma forma, el orden de imputación de pagos señalado en dicho artículo no es de aplicación cuando (i) haya existido una efectiva negociación, lo que implica el haber informado al consumidor sobre las condiciones de las reglas de imputación o (ii) cuando el consumidor, en el momento de realizar el pago, solicite su aplicación con orden distinto, en cuyo caso la empresa debe mantener constancia de la decisión.

Por medio de la Resolución N° 2309-2017/SPC-INDECOPI, la Sala de Protección al Consumidor resolvió un caso en donde un consumidor denunció al Banco de Crédito del Perú al venir aplicando un sistema de amortización oneroso y perjudicial, por lo que, de conformidad con el artículo 87° del CPC, la negociación

para establecer dicha condición debió de ser informada. La Sala concluyó que el consumidor no pudo acreditar que el sistema de amortización denunciado causó un perjuicio concreto, por lo que no resultaba exigible al Banco demostrar que había llevado a cabo una negociación con el denunciante respecto del sistema de amortización de la deuda, según la norma anotada.

11.4. Modificación de los términos de servicio:

A diferencia del siglo XIX, en la actualidad la contratación masiva, estandarizada o predispuesta ha desplazado a la contratación paritaria, pues el contrato ya no es el resultado de la libertad negocial de los contratantes, sino que sus términos son realizados de manera predispuesta por solo uno de los contratantes (Soto Coaguila, 2005, pág. 41).

Con la finalidad de salvaguardar los derechos de los consumidores frente a métodos comerciales ilegítimos que puedan conllevar a situaciones injustas para los consumidores, en el año 2000 se publicó la Ley N° 27311 y reguló de manera más exacta los métodos comerciales coercitivos (Castillo-Garagate, 2017).

El actual CPC en su artículo 56° ha ampliado la lista (la cual es enunciativa, más no limitativa) de métodos comerciales coercitivos, regulando en el literal c) la prohibición de modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, los términos y condiciones del producto o servicio. Respecto de la norma señalada en el párrafo precedente, ahora el CPC señala que la prohibición alcanza a situaciones en donde el proveedor considere que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor.

En una denuncia presentada contra el Banco de Crédito del Perú, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, por medio de la Resolución N° 3534-2018/SPC-INDECOPI, ha indicado lo siguiente:

“En efecto, el citado artículo recoge de manera específica la conducta denunciada en el presente extremo, toda vez que reconoce como método comercial coercitivo la modificación unilateral de las condiciones contractualmente fijadas y aceptadas por las partes, tipificación dentro de la

cual corresponde analizar si la citada modificación se realizó conforme a lo establecido en la normativa sectorial vigente” (considerando 24).

En Resolución de N° 3534-2018/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada de Protección al Consumidor sancionó al BCP al no haber informado de manera previa al consumidor las variaciones de los términos fijados en el cronograma de pagos, independientemente de las razones que las haya originado. Es decir, la Sala desestimó el argumento del BCP en el extremo que sostenía que la variación de la cuota mensual se debía a una a una rectificación por un error operativo, toda vez que existía un procedimiento legal establecido para tales fines (informarlo de manera previa, y en el caso de cronogramas de pago, con 45 días de anticipación).

11.5. Deber de idoneidad

Como indica Tirado Barrera (2021), “este deber de idoneidad supone que el proveedor deba cumplir con ofrecer al consumidor todas aquellas prestaciones que, razonablemente, cabe esperar de una específica relación de consumo” (pp. 57).

El mismo autor señala que el deber de idoneidad debe ser analizado desde dos vertientes: (i) el deber de idoneidad se configura por la información que el proveedor proporciona al consumidor y (ii) el deber de idoneidad se configura según la naturaleza del servicio prestado, en el sentido que comprende aquellas obligaciones que deban realizarse en función al caso en concreto.

Rodríguez García (2014) propone un análisis que se debe seguir para resolver casos en los que se ventilen supuestas infracciones al deber de idoneidad. Al respecto, señala lo siguiente:

“El análisis implica tres etapas. En la primera etapa, se construye un “Modelo de Referencia de Idoneidad”, sobre la base de ciertas variables (garantías). En segundo término, se organiza aquello que ocurrió en la realidad, es decir, lo que el consumidor recibió en los hechos. Finalmente, se compara lo que se aprecia en la realidad con el contenido del Modelo de Referencia de Idoneidad.”

En cuanto al modelo de referencia de idoneidad, indica el mismo autor que contiene variables que son aquellas contenidas en el artículo 20 del CPC.

Este artículo señala que las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas. La garantía legal es aquella que emana de la ley o de una regulación específica; la garantía explícita se deriva de los términos y condiciones establecidos en el producto o servicio y la garantía implícita es la que, ante el silencio del proveedor o del contrato, está destinada para que se satisfaga la necesidad del consumidor, teniendo en cuenta el producto o servicio y atendiendo a los usos y costumbres del mercado.

Añade Rodríguez García (2014) que la idoneidad de un producto no depende únicamente de las condiciones intrínsecas de un bien, sino que debe evaluarse cuál es la respuesta del proveedor frente a una eventual falla del defecto advertido por el consumidor (pp. 310). Muestra, en este sentido, su desacuerdo en que se sancione a proveedores por el deber de idoneidad aun cuando ya se han llevado acciones tales como la reparación o reposición del producto.

Indica Espinoza Espinoza (2021) que, si bien es cierto desde un punto de vista teórico los deberes de idoneidad y de información son distintos y separables, frente a un caso en concreto puede resultar difícil determinar cuál de los dos ha sido vulnerado, toda vez que el deber de idoneidad tiene un contenido bastante genérico (pp. 358).

A manera de ejemplos, cita el caso de un procedimiento de oficio por infracción a los deberes de idoneidad e información a una empresa que fabricaba atún, puesto que en la etiqueta del producto se consignó un peso que resultó superior al escurrido. En la Resolución Final N° 1219-2004/CPC-INDECOPI, se determinó que el hecho denunciado solo constituía una infracción en donde el brindar información no exacta conllevada a una infracción al deber de idoneidad.

En otro caso mencionado por el mismo autor, la Comisión de Protección al Consumidor, en un caso de una denuncia a un proveedor por ofrecer televisores cuya área visible era inferior a la ofrecida, indicó que el proveedor no cumplió

con brindar información suficiente y adecuada a los consumidores respecto al tamaño de las pantallas de los televisores que comercializaba.

En la Resolución N°0009-2021/SPC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor sancionó a una entidad bancaria, en virtud de una infracción al deber de idoneidad al no haber adoptado medidas de seguridad puesto que permitió la realización de dieciocho operaciones fraudulentas de la tarjeta de crédito del consumidor, teniendo en cuenta que éstas se realizaron en el extranjero y por montos que se encontraban fuera de su línea de crédito, además que se encontraban fuera de su patrón de consumo. En este caso, la entidad bancaria incumplió con las garantías legales establecidas en el Reglamento de Tarjetas de Débito y Crédito al no generar una alerta en los sistemas de monitoreo de su entidad bancaria y por consiguiente no impedir la realización de futuras operaciones fraudulentas.

11.6. **Consumidor razonable**

Señala Espinoza Espinoza (2021) que el parámetro de consumidor razonable constituye un modelo de comportamiento que el ordenamiento jurídico emplea para proteger los derechos e intereses de los consumidores (pp. 112). Cita como ejemplos que ponen en práctica este estándar de conducta, el del consumidor que lee las fechas de vencimiento de los alimentos, el que lee los contratos que suscribe, el paciente que pregunta exactamente cuál será el medicamento que le colocarán en la intervención correcta, el consumidor del restaurante que pregunta por los ingredientes del plato por si es que resulta alérgico a alguno de ellos, entre otros.

Respecto a las consecuencias de introducir este estándar de conducta para que los consumidores resulten protegidos por la legislación, se ha señalado, con ocasión de la modificación de la anterior Ley de Protección del Consumidor (que introdujo el concepto de consumidor diligente o razonable), que esta exigencia no sería adecuada pues podría conducir que una gran parte de los consumidores resulten desprotegidos, pues la realidad de nuestro país es que el consumidor medio no realiza un análisis sobre el producto a comprar o servicio a contratar y no cuentan

con conocimientos para conducirse dentro de este estándar (Durand Carrión, 2008, pág. 328).

Por otra parte, Bullard (2010) ha indicado que “asumir que el consumidor puede ser protegido, en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad brindado por los proveedores” (pp-10-11). De esta manera, el proveedor debe responder en cualquier situación, sin medir la diligencia o cuidado del consumidor, pues los precios se elevarían ya que estaría subsidiando las conductas negligentes de los proveedores (pp.11). Cita el conocido caso de Henri Van Hasselt Dávila vs Bancour, en donde el consumidor no siguió las condiciones pactadas en el contrato suscrito con el proveedor para realizar pagos anticipados a su crédito, concluyendo la Sala que no se podía amparar al consumidor por no seguir el procedimiento establecido en el contrato (Bullard Gonzáles, 2010, págs. 10-11).

En la misma línea, Juan Espinoza (2021) señala lo siguiente:

“Si bien concuerdo con que hay que defender al consumidor, resulta sumamente peligroso no incentivar a que los consumidores lean la información contenida en los productos que compra: la tutela más efectiva de los consumidores comienza por ellos mismos” (pp.112).

Sin embargo, Espinoza Espinoza (2021) también indica que el concepto del consumidor razonable debe ser usado como un parámetro para la determinación de la comisión de infracciones y no como una evaluación del comportamiento del consumidor a efectos de determinar si la ley lo protege o no (pp. 110).

Otros autores indican que la principal razón por la que solo se tutela al consumidor razonable es porque se desea incentivar las conductas razonables en ellos y no incentivar la torpeza (Rodríguez García, 2014, pág. 306).

Supo Calderón y Bazán Vásquez (2020) señalan que establecer un estándar de debida diligencia en el consumidor es de utilidad para analizar la idoneidad del producto o servicio y de la información que debió ser objeto de traslado por parte del proveedor al consumidor al inicio de la relación de consumo (pp.76).

Al establecer el CPC que la imprudencia del consumidor libera de responsabilidad al proveedor, se ve la intención de no amparar el comportamiento negligente de los consumidores e implícitamente se acogería el concepto de consumidor razonable (Rodríguez García, 2014, pág. 307).

XII. OPINIÓN SOBRE RESOLUCIONES

12.1. Cuestiones generales

Con la finalidad de realizar un mejor análisis de las dos resoluciones que son objeto de opinión en el presente numeral, considero que en primer lugar se debe establecer cuáles fueron las condiciones aplicables a los Retiros.

Conforme puede apreciarse el 3 de julio de 2014 el señor Ávila contrató con el BANBIF un servicio de tarjeta de crédito, tal como se puede apreciar en el documento suscrito por ambas partes.

Corresponde ahora, analizar si el tratamiento legal y disposiciones de los Retiros se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Contrato.

En el numeral 1.2. del Contrato, se indica que “EL CLIENTE reconoce que en la Cuenta Tarjeta se registrarán las transacciones que realicen él y/o los Usuarios de Tarjetas de Crédito adicionales, incluidos consumos de bienes y servicios, disposiciones en efectivo, tributos, así como comisiones y gastos [...]”. De la misma manera, el numeral 3.4. del Contrato señala que el cliente puede realizar consumos y disposiciones de efectivo hasta por el monto de la línea de crédito asignada.

En cuanto a las modalidades de financiamiento con las que el cliente del BANBIF cuenta, el numeral 10.1 del Contrato señala que existe la modalidad de plan revolvente, plan de cuotas y plan contado.

En lo referido a la imputación de pagos, el numeral 10.6 el Contrato establece el tratamiento que el Banco debe seguir en caso el importe a cancelar exceda el pago mínimo. El orden que debe seguirse es el siguiente: mora, disposición en efectivo,

disposición en efectivo en cuotas, compras, compras en cuotas, compra de deuda, compra de deuda en cuotas y, dentro de cada uno de estos, a las comisiones, intereses, gasto administrativos y capital, respectivamente.

De la misma manera, el numeral 11 del Contrato señala que el BANBIF debe remitir con anticipación a la fecha límite de pago, un estado de cuenta en donde “se consignarán las liquidaciones y saldos definitivos, detallando los cargos y abonos efectuados en el curso del último período, indicando el monto y la fecha en que el cliente debe cancelar o amortizar, según corresponda, el saldo [...]”.

Basado en lo anterior, podemos concluir que (i) el Contrato incluye como producto las disposiciones en efectivo, que son los Retiros del presente caso; (ii) el señor Ávila tuvo conocimiento de los planes de financiamiento; (iii) en caso realice un pago mayor al mínimo, cuál sería el orden de imputación de pagos.

Tomando en consideración lo anterior y que los Retiros fueron realizados con cargo a la tarjeta de crédito en un cajero automático, considero que todas las disposiciones aplicables al tratamiento de los retiros en efectivo realizados por el señor Ávila son las contenidas en el Contrato.

Lo anteriormente indicado implica y delimita la cantidad de información con la que el señor Ávila contaba al momento de realizar los préstamos en efectivo y servirá para determinar si la información proporcionada por el BANBIF resultó suficiente o insuficiente y cuál fue el comportamiento que pudiese haber sido exigido al señor Ávila, dentro del contexto en el que se encontraba.

12.2. Resolución Final N° 734-2015/PS2

12.2.1. Imputación de los pagos realizados por el señor Ávila

El ORPS señaló que, de acuerdo con la información que obra en el expediente, no obra medio probatorio alguno que hubiese permitido acreditar que el señor Ávila haya instruido al funcionario del BANBIF sobre la manera en cómo quería que impute el pago de los S/4,510.

Adicionalmente, considera que sí se cumplió con las reglas de imputación indicadas en el Contrato y que, al 13 de enero, los Retiros no se encontraron liquidados, lo que trae como consecuencia de que no eran susceptibles de pago.

Me encuentro en desacuerdo de la línea argumentativa expuesta por la ORPS, de acuerdo con lo que expondré a continuación.

Me basaré y desarrollaré únicamente sobre los argumentos expuestos por el ORPS, por lo que en la parte de mi opinión sobre el caso expondré cuál fue el análisis que debió realizarse para lograr una correcta solución al caso.

Sobre la base de lo expuesto en el numeral 5.1 precedente, consideramos que es claro que estas disposiciones en efectivo, al ser un tipo de transacción o consumo, se rigen por las condiciones del Contrato.

Definido esto, de una simple lectura del Contrato, podemos concluir que las transacciones que impliquen “consumos de bienes y servicios”, “disposiciones en efectivo”, “tributos”, “intereses”, “comisiones” y “gastos” cuentan con un elemento en común: están todas unidas a una cuenta tarjeta, la cual comprende una sola línea de crédito.

Como consecuencia de lo anterior, podemos extraer que toda operación que comprenda los conceptos señalados en el párrafo precedente está destinada a ser tratados dentro de un “pozo común” que es denominado línea de crédito, por lo que el tratamiento legal que se le brinda es el mismo y se encuentra regulado por el Contrato.

En segundo lugar, es correcto lo señalado por el ORPS en el sentido que indica que todo pago que exceda el mínimo debe seguir el orden de imputación de pagos señalado en el inciso b) del artículo 10.6 del Contrato.

De esta manera, debe quedar claro (i) cuál es la normativa aplicable a las disposiciones en efectivo y (ii) cuál es el orden respecto de la imputación de pagos, corresponde analizar (ii) qué es lo que se paga.

Con relación al punto (iii), se puede concluir que la cláusula décima primera del contrato indica que se remitirá mensualmente al cliente un estado de cuenta en donde se consignen las liquidaciones y saldos definitivos, cargos y abonos efectuados en el último periodo, así como el monto y la fecha en que el cliente debe realizar el pago. Como complemento, en una hoja resumen de tarjeta de crédito (anexo del Contrato) se señala que la fecha cierre de facturación es el 17 de cada mes y la fecha de pago sería veinte (20) días calendario después la fecha del cierre de facturación.

Es decir, bajo el entendimiento del Contrato, podemos extraer como idea principal que tenemos un periodo de facturación que tiene como finalidad que se remitan de manera mensual los estados de cuenta señalados en la cláusula décima primera del Contrato. Sin embargo -y aquí el quid del asunto-, de una lectura de las disposiciones antes señaladas no podemos tomar como correcto (e informado de manera veraz y accesible al consumidor) que el pago realizado el 13 de enero amortizaría la deuda al 17 de diciembre de 2014 ni que todo pago para ser pagado tiene que haber sido necesariamente liquidado.

De acuerdo con la idea expuesta, considero que de una lectura del Contrato no se puede concluir, que (i) todo pago que se realice dentro de un periodo de facturación está destinado a amortizar la deuda existente al primer día del indicado periodo de facturación y (ii) en caso desee pagar un servicio o consumo adquirido durante un periodo de facturación, debo esperar el próximo para que la deuda “se liquide” y sea susceptible de pago.

El punto (ii) antes indicado se condice con lo indicado por el Indecopi en la Resolución 2924-2018/SPC-INDECOPI, en aplicación del artículo 86 del CPC, en donde ha indicado que el consumidor puede efectuar cancelaciones parciales o totales de créditos en cualquier momento, sin que el proveedor

pueda imponer restricciones o limitaciones temporales u operativas que dicho pago pudiese acarrear.

Al no haber una disposición clara y expresa en el Contrato respecto sobre el pago dentro de los periodos de facturación, recae en el BANBIF la carga de la prueba – invertida, ya que el consumidor no puede probar más allá de que pagó-, que permita acreditar que informó al consumidor sobre las reglas respecto de los pagos dentro de los periodos de facturación, lo que en el presente caso se traduciría en que el señor Ávila tenía conocimiento que al realizar el pago el 13 de enero, éste iría destinado a amortizar la deuda al 17 de diciembre.

Sobre la exigencia de prueba exigida al señor Ávila para que presente medios probatorios respecto de su voluntad respecto de la imputación de pago, considero que ello es incorrecto y debe aplicarse la carga dinámica de la prueba, pues resulta prácticamente imposible que pueda acreditar documentalmente tal voluntad. Por el contrario, el BANBIF es quien debe probar que el señor Ávila tuvo conocimiento (o estuvo en condiciones de conocer) de lo señalado en cuanto a los periodos de facturación que es materia de controversia.

En el caso concreto, ¿cuál era la información con la que el señor Ávila contaba respecto del periodo de facturación y la relación que ello tenía con los pagos que podrían realizar? Contaba con la información contenida en el Contrato respecto al orden de la imputación de pagos, pero no tenía ni pudo tener conocimiento que en caso realice un pago que supere el mínimo dentro de un periodo de facturación, éste iría destinado a amortizar la deuda del día 1 de dicho periodo de facturación y no podía ser imputado a un consumo realizado dentro de referido periodo.

Al no existir una información adecuada, se creó una falsa expectativa en el señor Ávila, por lo que en opinión del suscrito existió una falta en el deber de idoneidad en función a la información que se le proporcionó, por lo que me encuentro en desacuerdo con este extremo de la resolución del ORPS.

12.2.2. Modificación unilateral de los términos y condiciones de los préstamos

En este extremo, el ORPS indicó, en su numeral 26 que correspondió que el BANBIF acreditara que la supuesta regularización obedeció a la voluntad inicial del señor Ávila.

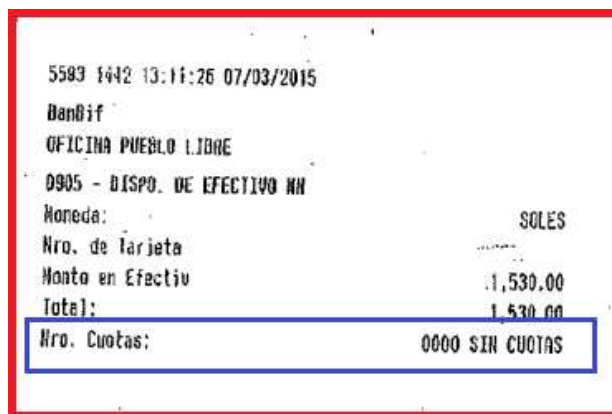
Me encuentro de acuerdo con este extremo de la resolución de la ORPS puesto que sí considero que existió una variación unilateral de los préstamos en efectivo, tal como desarrollaré en este punto.

Para dilucidar este aspecto, primero debemos analizar los hechos y medios probatorios del expediente con la finalidad de determinar qué fue aquello que se contrató, cuál fue la modificación y si es que se tuvo o no el consentimiento del señor Ávila para realizarlo.

En los medios probatorios presentados por el señor Ávila, se aprecian los recibos de los Retiros, los cuales no hacen mención a la forma de financiamiento, por lo que podían ser aplicables cualquiera de las modalidades establecidas en el Contrato. A continuación, graficamos dos de los comprobantes de los indicados retiros:



Sin embargo, es importante resaltar que en los Retiros de marzo y abril, sí consta expresamente el número de cuotas, dando al consumidor la opción de elegir en cuántas cuotas desea cancelar su retiro en efectivo, tal como mostramos a continuación:



Sobre la base de lo expuesto, se puede apreciar con claridad la diferencia de la información proporcionada por el BANBIF entre los Retiros de enero y de marzo, toda vez que en los efectuados en este último sí se le dio la oportunidad al consumidor de elegir el modo en cómo sería cancelado el producto adquirido.

No existe por ende una explicación razonable – a raíz de la defensa del BANBIF sobre la supuesta implementación recién en enero de 2015 de la opción para elegir el número de cuotas-, de esta omisión para el primer bloque de retiros, con la consiguiente responsabilidad del BANBIF.

Sin embargo, en aras de realizar la regularización en virtud de los problemas reportados por UNIBANCA (empresa que proporciona servicios financieros y de procesamiento de datos a los cajeros), señala el BANBIF que el 5 de febrero regularizó las disposiciones en efectivo realizadas por el señor Ávila, de acuerdo con lo que él habría marcado al momento de realizar tales disposiciones en efectivo.

No obstante, en ningún momento el BANBIF, pudo acreditar que aquella regularización de los Retiros, que implicó la modificación de un plan revolvente a un plan por cuotas, haya sido realizada por indicación del consumidor o que la voluntad del consumidor, al momento de realizar los retiros, haya sido uno de los dos planes de financiamiento señalados.

Si el BANBIF, en su defensa, indicó que el cajero automático “no estaba obedeciendo el indicador de cuotas”, ¿cómo puede concluir el BANBIF que la voluntad declarada por el consumidor fue el plan de cuotas?

En este escenario, y de acuerdo con lo documentalmente probado en el expediente, no se ha acreditado que (i) el BANBIF haya ofrecido al consumidor la opción de elegir cuál fue la forma de pago del producto adquirido; (ii) que el BANBIF haya informado al consumidor cuál era la forma de pago del producto adquirido, (ii) en caso no haya cumplido con informarlo, cómo regularizó aquella omisión por cualquier medio probatorio existente (correo electrónico, llamada, firma de documento escrito), máxime cuando una organización de su capacidad cuenta con medios suficientes para materializar tales acciones.

Siguiendo con la línea expositiva, al margen de lo que hubiese querido el señor Ávila al momento de realizar los retiros en efectivo, considero se debe analizar de manera objetiva qué es aquello que efectivamente se contrató. Asimismo, considero que se creó una expectativa de que éstos eran revolventes, de acuerdo con el estado de cuenta con vencimiento 6 de febrero de 2015.

Es decir, si el BANBIF decidió modificar la modalidad del producto adquirido tuvo que (i) acreditar que el señor Ávila siempre supo que los retiros se regían bajo la modalidad de cuotas y que en el estado de cuenta figuró que era revolvente porque se trató de un error o que (ii) no sabiendo o no existiendo el error, estuvo de acuerdo con el cambio de la modalidad de pago.

A opinión del suscrito, ninguna de las acciones de los tres párrafos precedentes fue cumplida por el BANBIF. Su defensa estuvo circunscrita a una supuesta regularización en virtud de aquella opción que el señor Ávila consignó al momento de realizar los préstamos en efectivo, voluntad que no consta en medio probatorio alguno del expediente. Por consiguiente,

considero que sí existió la referida modificación unilateral, por lo que me encuentro de acuerdo con lo resuelto por el ORPS.

12.3. Resolución Final N° 2255-2016/CC1

12.3.1. **Modificación unilateral de los términos y condiciones de los préstamos (fue la única parte que fue materia de apelación)**

La Comisión consideró que la condición seleccionada por el señor Ávila al momento de solicitar los Retiros era que fueran pagadas en dos cuotas.

Para tomar como cierto lo señalado, la Comisión cita un fragmento de la denuncia del señor Ávila en donde éste describió que la condición inicial era devolver inicialmente en dos cuotas mensuales cada disposición en efectivo. Es decir, toma como cierto lo indicado por el señor Ávila en su denuncia, quien indicó que la condición inicial era pagar los Retiros en dos cuotas.

Sobre el particular, me encuentro en desacuerdo con el razonamiento de la Comisión, en base a las razones que expondré a continuación.

En primer lugar, y de acuerdo con lo indicado en el numeral 5.2.2. precedente, debemos establecer qué fue aquello que el señor Ávila contrató, cuál fue la modificación y si hubo autorización o no para realizar una modificación de los términos de las disposiciones en efectivo.

Como hemos indicado, de los voucher de los Retiros, no se puede afirmar cuál fue el plan de financiamiento indicado por el consumidor, puesto que no se puso a su disposición que el cajero automático del BANBIF le haya brindado una opción para elegir.

Ahora bien, al margen de lo que el consumidor haya querido, considero que lo importante es saber qué es, objetivamente aquello que contrató y cuál fue su expectativa respecto del método de financiamiento de los Retiros. Si apreciamos el Estado de Cuenta del BANBIF con vencimiento al 7 de febrero de 2015, podemos ver que inicialmente el BANBIF consideró que

dichas disposiciones en efectivo iban a ser canceladas bajo la modalidad del crédito revolvente, por lo que creó en el señor Ávila la expectativa de que los Retiros se regían por el financiamiento a crédito revolvente.

Al respecto, ¿podemos tomar como cierto la afirmación del señor Ávila en su escrito de denuncia, en donde señaló que la idea inicial era cancelar dichos retiros en dos cuotas?

Debemos traer a colación el principio de verdad material recogido en el TUO de la LPAG, el cual señala lo siguiente:

“1.11. Principio de verdad material. - En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.”

Sobre el principio de verdad material, Guzmán Napurí (2011) ha indicado que la administración no debe considerar como suficiente las pruebas aportadas por el administrado, sino que debe realizar esfuerzos adicionales para averiguar la verdad de los hechos, toda vez que en materia administrativa prima la verdad material sobre la formal. En esa dirección, sobre la administración recae la carga de la prueba de los hechos materia de discusión, a menos que resulte suficiente con lo aportado por los administrados (pp. 244-245).

Respondiendo a nuestra anterior interrogante, consideramos que, bajo una verdad material u objetiva, una afirmación del señor Ávila en su denuncia (haber dicho que inicialmente la idea era en cancelar los Préstamos en cuotas) no puede ser considerado como un hecho probado, máxime cuando ello es un hecho materia de discusión en el procedimiento.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que la Comisión no puede basarse en esa argumentación para basar su decisión de revocar la decisión

de la ORPS ya que fue solo una afirmación respecto lo que quería al momento de presentar su denuncia, más no de lo que finalmente contrató o de la expectativa que tuvo sobre la modalidad de financiamiento de las disposiciones en efectivo.

Siguiendo con nuestra opinión y haciendo nuevamente remisión al comentario desarrollado en el punto 5.2.2., consideramos que objetivamente se contrató (y se creó la expectativa) que las disposiciones en efectivo se regían bajo la modalidad revolvente y que el BANBIF, sin autorización, realizó una modificación unilateral de dichas condiciones, no estando claro, tampoco, el por qué realiza un tratamiento diferenciado a una disposición en efectivo, si sobre las tres obra la misma información en el expediente.

XIII. OPINIÓN PERSONAL DEL TITULANDO

Considero que el INDECOPI, tanto en ORPS como en Comisión, cometen errores que traen como consecuencia que sus resoluciones no se ajusten a las disposiciones del CPC.

En primer lugar, tanto en el Requerimiento de Información previo al inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador como en la Resolución del ORPS, el INDECOPI no realiza un análisis sobre cuál de los sujetos debe recaer la carga probatoria, pues en situaciones como en el presente caso debe aplicarse la carga dinámica de la prueba que la haga recaer sobre la parte que está en mejor condición de aportar tal prueba.

En concordancia con lo anterior, es un error que el INDECOPI exija al señor Ávila la prueba que acredite que el pago realizado tuvo como destino la cancelación de los Retiros y que la información recibida por el BANBIF sobre que el monto de cancelación de los Retiros ascendió a S/4,510.

Por el contrario, el INDECOPI debió exigir al BANBIF acreditar que cumplió con informar cuál fue el orden de imputación de pagos y, sobre todo, con informar lo concerniente a la deuda existente tomando en cuenta los periodos de facturación.

En base a esto, en segundo lugar, correspondió que el INDECOPI analice el Contrato y determine si lo indicado por el BANBIF en su defensa constaba de manera clara y precisa en tal documento. Esto es que, en caso realizase un pago que exceda el mínimo dentro de un periodo de facturación, el pago se direccionaría a la deuda existente al primer día de tal periodo y que todo producto para ser pagado debe ser liquidado. Por lo tanto, que en caso el consumidor haya tenido la intención de cancelar un consumo o disposición en efectivo realizado dentro de un periodo de facturación, conocía que debía esperar hasta que la operación sea liquidada.

Recordemos que existe una asimetría informativa presente en la relación de consumo, la cual reviste una mayor complejidad al tratarse de servicios financieros, por su propia especialidad. Sumado a ello, deben tenerse en cuenta el principio “pro consumidor” previsto en el CPC, que nos indica que, en este caso, al estar frente a un contrato por adhesión o contratos celebrados en base a cláusulas generales de contratación, en caso de duda, la interpretación debe estar a favor del consumidor. Adicionalmente, la modificación unilateral del BANBIF ha generado un perjuicio en el consumidor, ya que ha recibido cuotas mensuales bastante más onerosas a aquello que solía pagar, teniendo que realizar retiros en efectivo adicionales para cumplir con tales cuotas.

En tal sentido, considero que el problema radica en un deber de idoneidad por una incorrecta imputación de pagos derivada de una insuficiente cantidad de información, la cual debió constar de manera clara en el Contrato.

En tercer lugar, tal como lo indiqué en el comentario a su Resolución, la Comisión cometió un error de tomar como cierta una afirmación expresada por el señor Ávila en su denuncia. Esto, en base al principio de verdad material, es jurídicamente incorrecto, pues en base a una frase condicional realizada en mayo no puede sostenerse la veracidad de un hecho acaecido en enero.

Por el contrario, se debió analizar qué fue aquello que el señor Ávila contrató, lo cual inclusive puede diferir de aquello que quiso contratar. En concreto, si se creó una expectativa (como en este caso, considero que fuera un préstamo revolvente), el BANBIF no podía modificar unilateralmente las condiciones de los Retiros, a menos que haya podido probar que existió un error (y de lo cual el consumidor tenía conocimiento) o que el consumidor estuvo de acuerdo con el cambio de modalidad de financiamiento.

Tomando como base lo anterior -que no fue analizado por el INDECOPI-, sí podemos concluir que existió una variación unilateral en las condiciones de los Retiros, al margen de que el BANBIF en ningún momento pudo acreditar que la voluntad inicial del señor Ávila era solicitar los Retiros bajo la modalidad de cuotas.

Sobre estos puntos es que considero que debió hacerse el análisis, tanto por la ORPS por la comisión. Sin perjuicio de ello -y tal como he expuesto-, me encuentro en contra de la decisión de declarar infundada la denuncia en el extremo del deber de idoneidad, en el extremo de la imputación de pagos, y a favor de lo decidido por la ORPS (y en contra de la Comisión), pues sí existió una variación unilateral en las condiciones del Retiro, por lo que este extremo debió ser declarado fundado.

XIV. BIBLIOGRAFÍA

Bullard Gonzáles, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *THEMIS, Revista de Derecho* (50), 217-236.

Bullard Gonzáles, A. (2010). ¿Es el consumidor un Idiota? El falso dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Industrial* (10), 5-58.

Castillo-Garagate, C. (2017). *La aplicación de métodos comerciales coercitivos y métodos agresivos o engañosos en la venta de productos vacacionales en el Perú*. Lima: Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.

- Durand Carrión, J. (2008). El Consumidor Razonable o Diligente, el Mito que Puede Crear un Cisma entre los Peruanos. *Derecho & Sociedad* 31, 327-335.
- Guzmán Napurí, C. (2011). Los principios generales del Derecho Administrativo. *Ius Et Veritas* (38), 228-249.
- Rodríguez García, G. (2014). El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor. *Themis* (65), 303-314.
- Rojas Klauer, C. (2012). El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing. *Themis* (62), 65-79.
- Sanz Salguero, F. J. (2018). El estado de la cuestión del deber de información de los proveedores desde una perspectiva normativa, en materia de protección al consumidor. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 34.
- Soto Coaguila, C. A. (2005). *Transformación del Derecho de Contratos*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Supo Calderón, D., & Bazán Vásquez, V. H. (2020). El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. *Forseti* (12), 69-94.
- Tirado Barrera, J. A. (2021). *Protección al consumidor. Colección de lo Esencial del Derecho* 53. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.