

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

El impacto de la subsanación en el análisis de
responsabilidad administrativa ante operaciones no
reconocidas bancarias

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho de Protección al Consumidor

Autor:

Karla Mercedes Zúñiga Villaverde

Asesor:

Wendy Ledesma Orbegozo


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El impacto de la subsanación en el análisis de responsabilidad administrativa ante operaciones no reconocidas bancarias”, del autor(a) ZUÑIGA VILLAVARDE, KARLA MERCEDES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 09/12/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de diciembre del 2024

<u>LEDESMA ORBEGOZO, WENDY ROCIO</u>	
<u>DNI: 10803344</u>	 Firma:
<u>ORCID:</u> <u>https://orcid.org/0000-0002-5290-8868</u>	

DEDICATORIA

A María Auxiliadora por ser la fuerza que me guía y protege en cada tribulación desde mis inicios.

A mi abuelo, Vicente, por ser mi motor y motivo.

A mis padres, Araceli y Carlos por su apoyo constante y guía a lo largo de estos años, sin ustedes no habría sido posible perseguir mis sueños ni sería quien soy. Gracias por crecer conmigo.

A mis hermanas, Ariana y Samanta por su paciencia, cariño y apoyo emocional a lo largo de nuestro camino para poder sacar mi mejor versión. Del mismo modo, este trabajo es también gracias a mi familia materna, cada uno de ustedes me ha alentado y sostenido velando siempre por mi bienestar.

A mis amigos, especialmente a Angie y Melani, por ser fuente de alegrías y estar en cada paso que doy para celebrar y sostenerme.

A LT por ser luz al final del túnel en los momentos oscuros y un referente de resiliencia, este es solo el inicio.

RESUMEN

El ordenamiento jurídico peruano, específicamente en el ámbito de protección al consumidor se ha establecido la subsanación como un eximente de responsabilidad administrativa. A mayor abundamiento, a través de diversa jurisprudencia de la Comisión y la Sala de Protección al Consumidor se ha determinado que, en caso de operaciones no reconocidas la subsanación implica la pérdida de la legitimidad para obrar respecto a la operación u operaciones materia de subsanación.

En el ámbito de protección al consumidor bancario se ha determinado el despliegue de las medidas de seguridad entendidas como la verificación de la validez y el monitoreo. El presente artículo busca, a través de la revisión de diversa jurisprudencia y doctrina del sector, determinar el impacto de la figura de la subsanación en el análisis de las operaciones controvertidas y su consecuente efecto en la determinación de la responsabilidad administrativa.

A lo largo de este artículo se analizará la situación actual de la subsanación en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra entidades bancarias a fin de determinar si se estaría afectando al consumidor.

Palabras clave

Subsanación – operaciones no reconocidas – monitoreo bancario – idoneidad – consumidor bancario

ABSTRACT

The Peruvian legal system, specifically in the area of consumer protection, has established the correction as an exemption from administrative liability. Furthermore, through various jurisprudence of the Commission and the Consumer Protection Chamber, it has been determined that in the case of unrecognized transactions, the correction implies the loss of the legitimacy to act with respect to the transaction or transactions that are the subject of the correction.

In the field of banking consumer protection, it has been determined the deployment of security measures understood as the verification of validity and monitoring. This article seeks, through the review of diverse jurisprudence and doctrine of the sector, to determine the impact of the figure of the cure in the analysis of the controversial operations and its consequent effect in the determination of the administrative responsibility.

Throughout this article, the current situation of the remedy in administrative sanctioning proceedings against banks will be analyzed in order to determine whether the consumer is being affected.

Keywords

Rectification - unrecognized transactions - bank monitoring - adequacy - bank consumer

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1) La figura de la subsanación en el Ordenamiento Jurídico Peruano	2
1.1) La noción de la figura de la subsanación como eximente de responsabilidad.....	2
1.2) La responsabilidad administrativa de las entidades bancarias ante el rechazo de operaciones por parte de sus clientes	9
2) ¿Cómo realiza el INDECOPI el análisis del deber de monitoreo en los casos de las operaciones ante la subsanación por parte de la entidad bancaria?	13
2.1) El análisis del monitoreo en la jurisprudencia de Indecopi	13
2.2) Análisis de Indecopi los casos de operaciones no reconocidas ante la subsanación previa de una o varias operaciones y su implicancia en el sistema de monitoreo.....	16
3) ¿Cómo debe aplicarse la figura de la subsanación en los procedimientos administrativos de consumidor bancario?	20
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	25
BIBLIOGRAFÍA.....	26

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los años se ha regulado la figura de la subsanación previa en el ordenamiento jurídico. La aplicación de la misma en los procedimientos administrativos es materia de debate en la doctrina pues parte de esta considera que su uso constante afecta la determinación de la responsabilidad administrativa en la medida que pareciera eliminar ante los ojos de la entidad la infracción.

El presente artículo busca abordar el problema específico referido a la definición de la figura de la subsanación previa de la conducta a fin de determinar si esta repercute en la determinación de responsabilidad del Banco y si esta repercute de forma negativa. De este modo, el presente artículo estará dividido en tres partes. En la primera se busca definir correctamente qué es la subsanación previa a través del análisis de esta figura y sus consecuencias en el sistema jurídico; posteriormente, en la segunda parte se explorará cómo se determina la responsabilidad administrativa de una entidad bancaria ante el rechazo de operaciones a través del análisis de los factores que conforman la infracción según la línea resolutive del Indecopi.

Finalmente, en la tercera parte se culminará el análisis respondiendo a la cuestión de si las operaciones subsanadas deben ser analizadas en el estudio del monitoreo. A lo largo de esta sección, se usará como marco conceptual y legal, principalmente, la Ley Procedimiento Administrativo General, el Reglamento de Tarjetas de crédito y débito, entre otros.

1) La figura de la subsanación en el Ordenamiento Jurídico Peruano

1.1) La noción de la figura de la subsanación como eximente de responsabilidad

Dentro de la organización del Estado se ha conferido a la Administración Pública la potestad de fiscalizar y sancionar a los administrados cuando nos encontremos ante supuestos de detección de comisión de infracciones administrativas. Es así que, tras la separación de la potestad sancionadora ente el Poder Judicial a través de procesos judiciales, y la Administración Pública mediante los procedimientos administrativos entendidos como aquel iniciado de parte y oficio en el marco del cual se realiza una serie de actos y diligencias a fin de emitir un acto administrativo que tenga efectos sobre los administrados involucrados según lo estipulado en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Cabe señalar que el elemento diferenciador de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos radica en las sanciones que pueden derivar de los mismos; así pues, en el caso de los procedimientos llevados a cabo por la Administración, las sanciones impuestas buscan tener un efecto disuasorio puesto que, a través de ellas, la Administración busca enviar el mensaje a los administrados de las consecuencias del incumplimiento de las normas a fin de desincentivar tales conductas. A diferencia de los procesos judiciales, tanto las sanciones como las medidas correctivas reparadoras o complementarias que se dicten en un procedimiento sancionador no pueden afectar la libertad del administrado infractor, así como tampoco tienen carácter indemnizatorio.

Dentro de los procedimientos administrativos surge la figura de la subsanación previa como eximente de responsabilidad administrativa, es decir, un administrado que se acoge a la subsanación previa tendrá como beneficio no ser sancionado con la imposición de una medida correctiva. Al respecto, Morón Urbina define la subsanación como el acto de “reparar o remediar un derecho o resarcir un daño ocasionado, en este caso, a la Administración Pública o a un tercero” (pp. 521); el hecho que a este resarcimiento se enlace la consecuencia de la exclusión de sanciones puede considerarse un incentivo para la corrección

del bien jurídicamente afectado por la conducta del infractor, no obstante, existe un sector de la doctrina que considera que contrario a lo señalado, la subsanación como eximente de responsabilidad constituye un incentivo perverso para los administrados. Lo anterior se debe a que se analiza la subsanación desde la perspectiva de un potencial administrado infractor, en ese sentido, tras un análisis de costo beneficios, este podría determinar que los costos de incurrir en la infracción no son tan altos considerando que no tendría que acogerse a una sanción al acogerse a la subsanación previa, pues ya habría obtenido el beneficio ilícito o causado daño al tercero afectado.

En esa línea, corresponde hacer hincapié en la naturaleza de esta figura, y es que, a diferencia de los atenuantes de responsabilidad en los que la Autoridad Administrativa realiza un análisis sobre el fondo del caso y determina la existencia y grado de responsabilidad en el caso en concreto; la figura de la subsanación previa acarrea la improcedencia de la acción del administrado afectado en el extremo subsanado sea este parcial o total. Es decir, la subsanación implica que, en la medida que se habría atendido en su totalidad o de forma parcial los acontecimientos que sustentan el inicio del procedimiento administrativo sancionador estos ya no serán revisados por la Autoridad, así pues, esta figura funciona como una suerte de mecanismo para aliviar la sobrecarga procesal que existe en los órganos resolutivos.

“La subsanación, entonces, está referida a cumplir con lo que se me obliga o dejar de hacer lo que se prohíbe. Es decir, es la conducta infractora la que se está involucrada en la subsanación y no la reparación de las consecuencias.” (Tessy Torres 2019: pp.94); en otras palabras, la subsanación está dirigida a rectificar la situación infractora que origina el procedimiento sancionador lo que a su vez se condice con lo establecido previamente respecto la no posibilidad de obtener indemnizaciones ni resarcimientos por parte de la Autoridad Administrativa. Sin embargo, la autora determina que el empleo de la subsanación implica diversos riesgos siendo el más destacado la obstaculización de que la sanción cumpla la finalidad disuasiva y preventiva respecto a futuras infracciones, así como la falta de ponderación del riesgo o daño asociado por la conducta. En ese sentido, corresponde determinar si realmente la subsanación cumple la función de incentivar la corrección de la conducta antijurídica o si por

el contrario puede ser usado por los administrados como una herramienta para evadir la responsabilidad de una infracción antijurídica.

Hasta lo aquí expuesto pareciera ser que la subsanación previa está referida a la rectificación de la conducta infractora de manera previa a fin de extinguir o mitigar la misma y así evitar la sanción que correspondería ser emitida por la autoridad. Si bien a primera vista pareciera que la subsanación es una figura simple en base a lo hasta aquí expuesto, lo cierto es que esta se vuelve más compleja cuando nos vemos enfrentados a la realidad de diferencia de infracciones que pueden ser cometidas por los administrados y pasibles de gatillar un procedimiento sancionador.

En efecto, no será lo mismo hablar de la subsanación refiriéndonos a cuando una entidad bancaria no cumple con responder un reclamo de su cliente en el plazo legal establecido que un caso en que la materia de reclamo sea de índole monetario a causa de operaciones no reconocidas. Al respecto, Mori también reconoce que lo que debemos entender por subsanación de la conducta varía según el tipo de infracción ante la que nos encontremos. Continuando con el ejemplo propuesto, en el caso de la atención de reclamos, bastará que la entidad bancaria cumpla con pronunciarse respecto al reclamo del consumidor para que pueda alegar que se ha subsanado la conducta pasible de ser sancionada independientemente de si el sentido de la respuesta proporcionada a consumidor le resulta favorable o no. En base a lo expuesto, en este caso bastaría que la entidad bancaria acredite haber respondido el reclamo de su cliente en primera instancia para que la Autoridad declare que la infracción habría sido subsanada y, por tanto, no correspondería emitir pronunciamiento al respecto.

No ocurre lo mismo con el caso de operaciones no reconocidas en el que la imputación sería la falta de despliegue de medidas de seguridad; en este caso no podría decirse que la entidad bancaria ha subsanado la conducta alegando que de ahora en más desplegará las medidas de seguridad toda vez que este es un deber legal regulado en la legislación sectorial. Entonces, ¿qué acciones toman las entidades bancarias para alegar la subsanación previa en estos casos? La práctica demuestra que se recurre a la devolución o extorno de los importes que corresponden a las operaciones que el consumidor no reconoce; sin embargo, esto no debe ser confundido con que el administrado estaría

realizando una suerte de indemnización, sino que se estaría reparando los efectos de su conducta infractora.

En efecto, diversos autores como Lino (2019) refieren que para que un administrado pueda alegar que ha subsanado la conducta infractora no bastará con que éste alegue arrepentimiento, sino que deberá revertir los efectos que haya ocasiona la comisión de la infracción entendidos como aquellos que resultan una consecuencia directa del actuar del administrado denunciado; tal como mencionamos Mori (pp. 389: 2020) señala

En nuestra opinión, dicha afirmación debe ser leída en el sentido que, dependiendo del tipo de infracción que se trate, para subsanar, no bastará con cesar la conducta, sino que se tendrán que restablecer los efectos generados por la infracción. Sin embargo, en ningún caso se exige que el administrado resarza económicamente los daños producidos por la infracción cometida para acogerse a dicho eximente

Entonces, es correcto señalar que lo que ocurre en los casos de operaciones no reconocidas es que tal como se ha señalado la conducta infractora detonante del procedimiento sancionador es la falta de despliegue de medidas de seguridad; en ese sentido, a fin de subsanar la conducta entendiendo esta acción como la rectificación de la acción u omisión que es pasible de ser sancionada por la administración, se deberá devolver la situación al estado previo a la infracción de modo que esta quede como si no hubiese ocurrido la omisión del Banco.

Con tal finalidad, se deberá identificar las consecuencias directas de la comisión de la conducta que en este caso vienen a ser las operaciones procesadas a consecuencia de la falta de despliegue adecuado de las medidas de seguridad; así pues, para subsanar la conducta en los términos expuestos corresponde que la entidad bancaria realice la devolución de dichas operaciones. No obstante, dicha devolución no debe entenderse como un resarcimiento o reparación de los daños producidos sino como la consecuencia de la reparación de la conducta infractora.

Cabe señalar que la subsanación tiene requisitos que deben cumplirse para su configuración, así pues, según lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico existen tres requisitos que deben concurrir a fin de considerar que un

administrado ha subsanado su conducta. En primer lugar, la subsanación debe darse de forma previa al inicio del procedimiento sancionador, es decir, antes de la notificación de cargos al presunto infractor; este requisito implica un ámbito de temporalidad respecto a la posibilidad de enmendar la conducta infractora.

A mayor abundamiento, según lo regulado en el artículo 257° de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, la corrección de una conducta presuntamente infractora será considerada subsanación únicamente cuando se realice antes de la imputación de cargos; sería por lo tanto correcto afirmar que ello tiene sentido considerando que a través de la subsanación total, la Administración podría dar por concluido el procedimiento sin pronunciarse realmente sobre el fondo aliviando la carga procesal que existe sobre todo en áreas como en Protección al Consumidor.

El segundo requisito viene estrechamente ligado al primero y consiste en la voluntariedad de la subsanación, es decir, el administrado debe realizar la subsanación en un acto de espontaneidad que nazca de sí y no por orden de la Autoridad Administrativa. Esto porque la subsanación para ser una suerte de recompensa para el administrado que reconoce haber cometido una conducta cuestionable y busca a través de la subsanación resarcirla; entonces la voluntariedad puede considerarse una manifestación de la buena fe del administrado y su intención no incurrir en conductas similares en un futuro. De la lectura conjunta de ambos requisitos se entiende que el espíritu de esta figura radica en que un infractor corrige la conducta que puede haber causado daño a un tercero por iniciativa propia en aras de restituir la situación a la previa a la vulneración de derechos.

Un tercer requisito y tal vez el más evidente es la subsanación de la conducta; no obstante, corresponde determinar qué se entiende realmente con la acción de subsanar, esto cobra mayor relevancia considerando los tipos de infracciones que existen; así pues, mientras en los casos de infracciones continuadas la conducta se considerará subsanada cuando el administrado detenga la conducta infractora, en los casos de infracciones instantáneas el panorama resulta un poco más complejo pues cómo podrá decir que ha subsanado su conducta; a modo de ejemplo podemos tomar el caso ocurrido con REPSOL hace algún tiempo respecto al derrame de petróleo siendo que resultaba imposible que el infractor

subsana la conducta del todo pues el petróleo ya se encontraba en el océano. Es por este motivo que diversos autores han considerado que la subsanación debería limitarse a las infracciones continuadas.

A modo de resumen, es correcto decir que la esencia de la subsanación es la voluntad de corregir una conducta infractora y el posible daño ocasionado siendo que es esta iniciativa del administrado la que le termina siendo beneficiosa a primera vista pues es recompensada por la Administración con la eliminación de la sanción. Cabe cuestionarnos entonces, por qué se emplea la subsanación, Mori señala que su uso se sustenta en que “la ley prefiere incentivar que los administrados subsanen voluntariamente sus infracciones administrativas antes que imponerles un castigo. Como bien se ha señalado: “No es objetivo de la Administración imponer sanciones cuantiosas a los administrados si ellos antes de la imputación han enmendado su error y se ha restablecido la legalidad. Lo que se quiere es una sociedad que se ajuste al Derecho y si ello se consigue sin la intervención o sanción de la Administración, mejor”” (Mori 2020, p.387); dicho de otro modo, el espíritu de la figura de la subsanación es conseguir que los administrados ajusten sus conductas a las normas establecidas que rigen el Estado sin necesidad de la intervención de la potestad sancionadora. Pareciera ser entonces, que la subsanación se constituye como un incentivo beneficioso para ambas partes afectadas por un procedimiento sancionador; sin embargo, corresponde preguntarnos si es realmente un incentivo positivo o puede prestarse a incentivos perversos.

A modo de ejemplo se tiene que, en el caso bancario, la Administración desiste de evaluar la administración de los Bancos denunciados declarando improcedente la denuncia por falta de legitimidad para obrar en los casos de subsanación total.

Entonces, la subsanación no solo tiene efectos sobre el administrado infractor sino también sobre el administrado afectado pues le quita la legitimidad para obrar toda vez que este es el presupuesto para plantear una pretensión en un proceso de forma tal que la Administración únicamente puede pronunciarse si la denuncia proviene de una persona legitimada, en una ampliación de nuestro ejemplo propuesto ante la devolución de la totalidad del importe materia de denuncia por parte de un administrado a causa de la falta de idoneidad, la

Administración declarará improcedente la denuncia pues al haberse realizado la devolución total no se configura el presupuesto para que el denunciante esté legitimado.

En línea con lo anterior, André Jesús Castañeda (2024) concluye tras una verificación de la jurisprudencia que la Sala de Protección al Consumidor de Indecopi considera que la subsanación únicamente podrá darse cuando los efectos de la conducta infractora aún sean pasibles de ser resarcidos. En efecto, se ha hecho mención los distintos tipos de infracción que existen siendo que a diferencia de las infracciones continuadas en las que la configuración de la conducta infractora se da de forma repetida o persistente a lo largo de un lapso de tiempo; las infracciones inmediatas se configuran cuando se da un único acto que consuma la infracción de manera inmediata. En el sector bancario, podemos considerar una infracción continuada el reporte indebido de un consumidor ante las centrales de riesgo pese a que este no posee deuda pendiente con la entidad bancaria.

Hasta aquí se ha intentado definir a grandes rasgos lo que implica la subsanación, que no es únicamente mostrar arrepentimiento por la infracción cometida ni el compromiso de subsanar la infracción, sino que se debe acreditar que se ha corregido la conducta haciendo lo que se debió hacer o deteniendo la conducta ilícita según el tipo de infracción. Es por ello por lo que, cobra relevancia la cuestión de si el daño ocasionado todavía puede ser resarcido pues, como hemos establecido, no podría hablarse de una subsanación en los casos en que la conducta ya tenga efectos permanentes.

Resulta importante en este punto diferenciar la subsanación de figuras que pueden parecer similares como es el allanamiento; al respecto, este último hace referencia a la acción por la cual un administrado acepta la sanción impuesta reconociendo su responsabilidad en la infracción imputada.

Al igual que la subsanación, el allanamiento debe darse de forma voluntaria en la medida que no debe ser el resultado de una coacción por ninguna de las partes involucradas y debe darse con el pleno conocimiento que acarrea allanarse en un procedimiento sancionador. Así pues, una primera diferencia del allanamiento con la subsanación previa es que el primero tiene un límite temporal más amplio

siendo que puede darse en cualquier momento del procedimiento previo a la emisión de un pronunciamiento resolutivo por parte de la Administración. Del mismo modo, se ha expuesto que la subsanación busca la extinción de la conducta pasible de ser sancionada con la finalidad ulterior de evitar precisamente la sanción por parte de la Administración; el allanamiento por su parte no extingue ni mitiga la conducta infractora sino que implica la agilización de la resolución del procedimiento en la medida que la Administración ya no deberá determinar si existe responsabilidad administrativa por parte del proveedor administrado que decida allanarse.

Es este último aspecto el que consideramos de mayor relevancia al momento de diferenciar la subsanación del allanamiento pues mientras este último supone un reconocimiento expreso de la responsabilidad administrativa por la infracción imputada por parte del administrado imputado; la subsanación no implica la aceptación de responsabilidad por parte de quien se acoge a esta figura. Es decir, un proveedor que se acoge a la subsanación no acepta la responsabilidad por la conducta subsanada pudiendo justificar esta en políticas comerciales como ocurre en el caso bancario; ello acarrea que este no sea inscrito en el registro de infractores ni sea pasible de recibir una sanción administrativa mientras que el administrado que opta por el allanamiento puede ser recompensado con una disminución en la multa o en la gravedad de la sanción impuesta.

1.2) La responsabilidad administrativa de las entidades bancarias ante el rechazo de operaciones por parte de sus clientes

Considerando que la subsanación es un eximente de responsabilidad en la medida que el artículo 108° del Código de Protección al Consumidor regula la improcedencia de la acción en los casos que el proveedor cumpla con subsanar la conducta de forma previa a la imputación de cargos, es pertinente definir brevemente qué se entiende por responsabilidad administrativa, así pues, a diferencia de la responsabilidad penal que es completamente subjetiva, la responsabilidad administrativa se sustenta en la objetividad de la conducta por lo que no es necesario verificar la existencia de dolo o culpa pues bastará que se cumpla la conducta tipificada,

En el ámbito del consumidor, el Código establece que es el proveedor del servicio reclamado quien responde por la falta de idoneidad o calidad; por lo tanto, en este sector la norma establece que la responsabilidad en este ámbito es objetiva siendo que el proveedor únicamente podrá verse librado de la sanción únicamente cuando se compruebe la ruptura del nexo causa a consecuencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que derive de un caso fortuito o fuerza mayor, así como un hecho determinante de tercero. En el sector bancario “el proveedor podrá demostrar su falta de responsabilidad desvirtuando dicha presunción, es decir, acreditando que empleó la diligencia requerida en el caso concreto (y que actuó cumpliendo con las normas pertinentes)” (Balcazar 2017: pp. 46); dado que en la presente investigación abarca la responsabilidad derivada de las operaciones no reconocidas presenciales, en estos supuestos, las entidades bancarias se liberan de responsabilidad cuando acreditan que cumplieron adecuadamente con el despliegue de las medidas de seguridad requeridas entendidas como el monitoreo y la comprobación de la validez de las operaciones previo a que se carguen a la tarjeta de crédito o débito.

En vista de lo anterior, corresponde dilucidar brevemente de qué hablamos al referir la responsabilidad del Banco. Así pues, el principio rector del comportamiento de los proveedores en el sector de consumidor es el referido a la idoneidad regulado en el artículo 18° del Código de Protección al Consumidor (en adelante, el Código). A mayor abundamiento en el sector bancario, la idoneidad se ve configurada por la concurrencia de las garantías reguladas en el artículo 20° del Código siendo que la que prima es la garantía legal derivada de la regulación sectorial contenida en el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito.

Entonces, la idoneidad en la prestación de servicios bancarios se cumple cuando el proveedor cumple con las garantías legales, implícitas y explícitas en base a las cuales el consumidor genera expectativas respecto al servicio o producto a recibir, a efectos de este artículo se analizará el cumplimiento de lo expuesto en la prestación de la tarjeta de crédito.

En consecuencia, la idoneidad respecto a las tarjetas de crédito consiste en verificar que el Banco desplegó las medidas de seguridad a fin de salvaguardar la seguridad de un producto cuya propia naturaleza lo vuelve riesgoso.

Pero ¿a qué nos referimos al mencionar las medidas de seguridad aplicables a las operaciones con cargo a las tarjetas de crédito? Brevemente, la validez de las operaciones presenciales implica que el Banco se vea capaz de acreditar la autorización del titular de la misma para la ejecución de la operación; solamente si es que el titular de la tarjeta realizó voluntariamente la operación, es decir, se logra acreditar la voluntariedad de la operación, podrá decirse que el Banco se ve exento de responsabilidad administrativa respecto la validez de las operaciones que carga a la tarjeta de crédito. La autorización de las operaciones presenciales quedará acreditada con la presentación del comprobante de pago generado con el uso de la tarjeta que puede contener una firma o ser sustituido por un mecanismo digital como es la clase PIN.

Del mismo modo, la otra cara de la responsabilidad de las entidades bancarias radica en el deber de monitoreo que estas tienen respecto a las operaciones que realiza un consumidor con cargo a sus tarjetas. Como parte de dicha obligación, la normativa sectorial ha regulado la obligación de los Bancos de contar con sistemas de monitoreo que permitan la detección de operaciones que se encuentren fuera del patrón habitual de consumo del usuario. Esta obligación se complementa con el deber de contar con procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el referido sistema, así como la identificación de patrones de fraude mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones que se incorporan en el sistema de monitoreo.

Es respecto a este deber de monitoreo que surge uno de los elementos esenciales para la presente investigación: el patrón de consumo. En palabras de Renzo Sifuentes el patrón de consumo refiere al historial de las operaciones que realiza un consumidor desde la contratación de la tarjeta de crédito o débito, cuya relevancia radica en convertirse en el elemento en base al cual se contrastan las operaciones el consumidor desconoce y señala como posible fraude (2022, p.27)

Por consiguiente, en el caso del deber de monitoreo existen dos modalidades por las cuales un proveedor bancario puede librarse de la responsabilidad administrativa en los casos de operaciones presenciales, estas son la generación de una alerta por parte del sistema de monitoreo, así como el bloqueo sea definitivo o temporal de la tarjeta en cuestión. Al respecto, un reciente cambio de criterio efectuado por la Sala de Protección al Consumidor establece que las

entidades bancarias deben contar con todos los mecanismos tecnológicos que permitan garantizar que la operación está dentro del patrón de consumo del consumidor. Al respecto, los fundamentos 40 y 41 de la Resolución N° 2293-2024/SPC-INDECOPI señala lo siguiente

Por consiguiente, mediante la presente resolución, la Sala realiza un cambio de criterio, **considerando que las entidades financieras deben contar con mecanismos tecnológicos para garantizar que todas las operaciones que vayan a ser cargadas a los productos financieros de sus clientes se hayan realizado de forma correcta, es decir que se encuentren dentro de su comportamiento habitual** de consumo y que hayan sido autorizadas con los requisitos de validez necesarios para cada tipo de operación.

Así, en aquellos casos donde la operación que debió generar la alerta respectiva no corresponda al comportamiento habitual de consumo del cliente, no será necesario verificar si, en la realización de dicha operación, concurren los requisitos de validez necesarios para su autorización, pues con lo primero bastará para tener por acreditada la responsabilidad administrativa de la entidad financiera por el cargo indebido de esta operación y las posteriores.

[Resaltado nuestro]

Es decir, actualmente la Sala considera que bastará que una operación no coincida con el historial de operaciones realizadas por el consumidor para concluir que se habría incumplido el deber de monitoreo.

Bajo este contexto, cobra mayor relevancia la subsanación de operaciones bancarias siendo que podríamos encontrarnos ante el incentivo perverso de realizar la devolución o extorno únicamente de las operaciones que rompan el patrón de consumo a fin de que no sean consideradas en el análisis del patrón de consumo.

Así pues, la presente investigación busca determinar las implicancias de la subsanación previa en los casos de operaciones no reconocidas en los supuestos en que no estemos ante una devolución o extorno de la totalidad de las operaciones siendo que es en estos casos que la autoridad Administrativa, en este caso INDECOPI, deberá realizar el análisis de las operaciones cuestionadas por el consumidor a fin de determinar si la entidad bancaria cumplió

con desplegar las medidas de seguridad exigibles o si por el contrario incurrió en una infracción a la normativa sectorial y corresponde la imposición de una sanción.

2) ¿Cómo realiza el INDECOPI el análisis del deber de monitoreo en los casos de las operaciones ante la subsanación por parte de la entidad bancaria?

2.1) El análisis del monitoreo en la jurisprudencia de Indecopi

A modo introductorio debe señalarse que la normativa sectorial bancaria establece en el artículo 17° del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito la obligación de las entidades bancarias de monitorear las operaciones que realizan sus clientes con cargo a sus productos financieros lo que a su vez se constituye como una garantía legal que debe cumplirse para poder señalar que se ha cumplido el deber de idoneidad.

Así pues, de la lectura del referido artículo se deduce la responsabilidad de los Bancos de contar con un sistema integral de monitoreo a fin de detectar operaciones que no se condigan con el patrón de consumo del titular de la cuenta de ahorros o tarjeta de crédito siendo que ante su detección deberán generarse alertas a ser gestionadas por la entidad bancaria.

Puede decirse entonces que el deber de monitoreo de operaciones es un deber ex ante de las entidades bancarias que permite que estas actúen en defensa de los fondos de sus clientes ante posibles operaciones fraudulentas.

Un concepto clave es el mencionado patrón de consumo o comportamiento habitual de un consumidor bancario, Renzo Sifuentes lo define como las operaciones que realiza un consumidor con cargo a sus productos financieros cuya integración genera un historial del comportamiento del consumidor con cual se deberá contrastar las futuras operaciones que este realice a fin de determinar indicios de un posible fraude (2022). Así pues, este concepto es fundamental para el sistema de monitoreo puesto que permite perfilar al consumidor que posteriormente desconoce las operaciones materia de controversia; sin embargo, a la fecha no existe una definición legal de esta figura siendo que

existen varios criterios para su análisis y dependerá del órgano resolutor resolver en base al criterio de su elección.

En base a esa discrecionalidad, Indecopi ha optado por resolver las controversias que se le presenten entre entidades bancarias y sus consumidores optando por determinar el patrón de consumo de un cliente como la operación más alta que este haya realizado en un período de un año previo a las operaciones cuestionadas. Así pues, Indecopi hace referencia a este criterio establecido señalando

Al respecto, de acuerdo con el razonamiento expuesto previamente por este Colegiado, a manera de otorgar un criterio objetivo a la determinación del comportamiento habitual de consumo de un denunciante, **se deberá tener en cuenta el importe individual de las operaciones que el consumidor usualmente realizaba con el producto objeto de denuncia**, lo cual será obtenido del estudio de los estados de cuenta o estado de saldos de movimientos previamente emitidos, correspondientes a las líneas de crédito y/o cuentas objeto de estudio. **Así, para determinar si una operación es inusual o no al comportamiento habitual de consumo del cliente debe considerarse si, previamente, se realizaron, con cargo al producto estudiado, operaciones por importes similares a los controvertidos en sede administrativa.**
[Resaltado nuestro] (Resolución 0424-2023/SPC-INDECOPI)

Es decir, para este órgano resolutor una operación tiene indicios de ser fraudulenta cuando supera el importe de la última operación de importe más alto que registró el consumidor y cuya ejecución reconoce como suya al no cuestionarla. Es con esta operación que se contrastarán las operaciones cuestionadas por un consumidor en el marco de un procedimiento sancionador a fin de determinar aquellas que se encuentran fuera de su consumo habitual y por tanto deberían haber gatillado la alerta en el sistema de monitoreo del Banco y el despliegue de medidas de protección.

A modo de resumen, podemos decir que el deber de monitoreo consiste en la obligación de las entidades bancarias de contar con sistemas que realicen el contraste de las operaciones que se realizan con cargo a los productos financieros para determinar si se condicen con el patrón de consumo de un consumidor.

Entonces, surgida la controversia entre un Banco y su cliente por operaciones no reconocidas, Indecopi solicitará la remisión de los estados de cuenta o movimientos de la misma hacía un año previo a la ejecución de las operaciones cuestionadas. De la revisión de dicho medio probatorio se seleccionará la operación cuyo importe individual sea el más alto y es precisamente con este importe que Indecopi realizará el contraste respecto a las operaciones cuestionadas por el consumidor.

Es decir, en un caso donde un consumidor cuestione cinco operaciones, podría suceder que la sanción que imponga la Administración no sea por la totalidad de operaciones en la medida que una o dos operaciones no superen de manera individual y sumadas el importe establecido como patrón de consumo; lo mismo ocurriría si es que la totalidad de las operaciones cuestionadas no supera el importe tope establecido como patrón de consumo.

En esa línea, mediante Resolución Nro. 0031-2023/SPC-INDECOPI, la Sala de Protección al Consumidor ha indicado que en los casos de análisis de operaciones se debe considerar que

49. En esa línea, la conclusión de si una operación es inusual o no al comportamiento habitual de consumo del consumidor deberá realizarse teniendo en cuenta si, de manera previa a su ejecución, el interesado había realizado, con cargo al producto estudiado, operaciones por importes similares a los controvertidos en sede administrativa.

50. Es pertinente acotar que el estudio referido previamente debe comprender un análisis que considere la totalidad de canales utilizados previamente por el consumidor, no restringiendo su consideración (es decir, el importe de la operación estudiada) a un canal específico y/o a una frecuencia de uso específica, por cuanto la naturaleza del producto financiero (salvo pacto en contrario) no limita su uso a determinados canales y/o en determinada frecuencia.

En otras palabras, el hecho que las operaciones cuestionadas hayan sido realizadas en un comercio físico con el uso de un POS no implica que el análisis de su historial para determinar su patrón de consumo deba limitarse a este tipo de consumos, sino que también puede comprender operaciones realizadas a través de comercios electrónicos y el aplicativo móvil, lo mismo ocurre viceversa.

Sin embargo, lo hasta aquí expuesto refleja el análisis de una situación en la que todas las operaciones cuestionadas por el consumidor son consideradas en el análisis que realiza Indecopi para la determinación de la responsabilidad; sin embargo, ello no ocurre con tanta frecuencia en la realidad pues como hemos expuesto existe la figura de la subsanación previa.

En el caso bancario, ocurre con frecuencia que las entidades bancarias optan por acogerse a la subsanación previa; sin embargo, esta acción no necesariamente comprende a la totalidad de las operaciones que le son imputadas. A modo de ejemplo, puede tomarse el caso de las operaciones presenciales, en el que el Banco cuenta con cuatro de los cinco reportes electrónicos que acreditan el uso de la clave PIN en el uso de una tarjeta de crédito; en este caso, el Banco podría optar por subsanar la operación para la cual no cuenta con un reporte que acredite la autorización ni validez de la operación. En este supuesto, la operación subsanada no sería considerada en el análisis de la Administración pues al haber sido subsanada, el consumidor perdería la legitimidad para obrar respecto de esa operación.

Corresponde entonces, determinar qué ocurre en los casos en que las subsanaciones realizadas previa a la imputación de cargos no comprenden la totalidad de las operaciones reclamadas.

2.2) Análisis de Indecopi los casos de operaciones no reconocidas ante la subsanación previa de una o varias operaciones y su implicancia en el sistema de monitoreo.

El artículo 108° del Código de Protección al Consumidor regula en el inciso f) la subsanación como causal de improcedencia en tanto el proveedor demuestre que ha subsanado o corregido la infracción gatilladora del procedimiento de forma previa a la notificación de los cargos salvo determinados supuestos.

En efecto, como hemos mencionado anteriormente, la subsanación de la conducta infractora implica que la Administración se sustrae del extremo referido al análisis de la conducta (en este caso operación) subsanada siendo que esta parece no haber existido en la realidad.

Esto se condice con lo señalado por Gonzalo Neira quien refiere que desde una perspectiva de corrección del daño causado, la subsanación implica la pérdida de la legitimidad para obrar por parte del consumidor afectado toda vez que la rectificación de la conducta se corresponde con la medida correctiva que se hubiera solicitado en el procedimiento (2017: pp.144); es decir, la Administración determina que la devolución o extorno de la operación descrita en nuestro ejemplo implica que el requerimiento último que motiva la denuncia del consumidor ya habría sido atendido en ese extremo, no corresponde que esta sea materia de pronunciamiento.

Sin embargo, ¿es esto realmente cierto? ¿Podemos justificar la eliminación de uno de los hechos imputados en la subsanación previa alegando que con ella ya se habría satisfecho lo solicitado por el consumidor? Diversos autores consideran que la subsanación como eximente de responsabilidad acarrea diversos riesgos precisamente por la eliminación de la conducta ante los ojos de la Administración.

Coincidimos con estos autores en la medida que si bien la subsanación puede tomarse como un incentivo para los Administrados de adecuar su conducta lo ordenado en la legislación; esta también puede prestarse a incentivos perversos a través de los cuales las entidades bancarias pueden manipular esta figura a su favor en un procedimiento sancionador. Si consideramos que la subsanación implica que los órganos resolutivos del Indecopi no se pronuncien sobre las operaciones devueltas parece apropiado determinar el grado en que esta acción puede afectar el análisis del deber de monitoreo.

Hemos establecido que el patrón de consumo resulta esencial en la determinación de la responsabilidad administrativa del Banco en la medida que la ruptura de este patrón implica que esta y todas las operaciones que le siguen resultan fraudulentas según el nuevo criterio establecido en la Resolución N° 2293-2024/SPC-INDECOPI. Esta resolución cobra mayor relevancia toda vez que determina que en el análisis de operaciones no reconocidas, el análisis del deber de monitoreo prima sobre el deber validez. Entonces, si se establece que la ruptura del patrón de consumo determina la responsabilidad administrativa de las entidades bancarias ¿qué ocurre en los casos en que es solo una operación la que resulta disruptiva del patrón de consumo?

La revisión de la jurisprudencia de Indecopi permite concluir que ante casos de operaciones no reconocidas en los que una de ellas se subsanada de forma previa a la imputación de cargos acarrea como consecuencia que el órgano resolutorio no emita pronunciamiento respecto de dicha operación en la medida que esta es eliminada del caso. Esto último impacta en la resolución de la controversia pues no se estaría analizando de forma completa el caso, parece ser que la lógica detrás de este abordaje de la subsanación parcial se corresponde con la perspectiva de la reparación del daño antes expuesta pues Indecopi no analizaría la operación devuelta en la medida que el consumidor afectado no tiene legitimidad para obrar al haber recibido ya lo que hubiese solicitado a la Autoridad en lo concerniente a la operación subsanada (la devolución o extorno).

Sin perjuicio de ello, debe también considerarse la posibilidad de que este abordaje dé lugar a la generación de incentivos perversos por parte de las entidades bancarias, así pues, surge la cuestión de qué ocurre cuando la operación subsanada es la operación disruptiva del patrón de consumo. Tómese de ejemplo el escenario en que se presenta una denuncia por cinco operaciones presenciales realizadas con cargo a la tarjeta de crédito de un consumidor siendo dos operaciones de S/200.00, una de S/3,000.00, una de S/380.00 y finalmente, una operación de S/420.00 y de forma previa a la imputación de cargos, la entidad realiza el extorno de la operación de S/3,000.00 por sus políticas de atención al cliente alegando que tras el proceso de contracargo no logró obtener el comprobante de pago.

En dicho escenario, el órgano resolutorio no deberá considerar la operación de S/3,000.00 para el análisis de su validez y sobre todo este monto no será incluido en la evaluación del deber de monitoreo. Si en este caso hipotético de la revisión de los estados de cuenta del consumidor se determina que el patrón de consumo es de S/1,500.00 se hace evidente el efecto que tiene el análisis considerar o no la operación de S/3,000.00; siguiendo la línea resolutoria adoptada por Indecopi, en vista que la operación habría sido subsanada, no corresponde que se emita pronunciamiento sobre la misma ni que sea considerada en la evaluación respecto a el Banco cumplió con desplegar el monitoreo necesario.

Como consecuencia de lo anterior, Indecopi determinaría que, dado que la suma de las operaciones cuestionadas exceptuando la de S/3,000.00 asciende a S/1,200.00 dichas operaciones se encuentran dentro del patrón de consumo por lo que no se verificaría una conducta infractora por parte del Banco y se declararía infundada la denuncia del consumidor al determinarse que la entidad bancaria no tiene responsabilidad administrativa al haber desplegado las medidas de seguridad. Sin embargo, ¿realmente se ha evaluado si el Banco tiene responsabilidad administrativa? Consideramos que no, pues la Autoridad Administrativa ha emitido un pronunciamiento sin haber conocido la totalidad de las operaciones que configuran la infracción, es decir se habría pronunciado de forma parcial respecto a la infracción.

Así pues, al determinar que no existía infracción administrativa la resolución no quedará grabada como un antecedente de la infracción para futuras evaluaciones del mismo supuesto, es decir no será considerada para la reincidencia.

Corresponde ahora analizar el escenario opuesto, aquel en que la operación de S/3,000.00 es considerada en el análisis del deber de monitoreo. Es bien sabido que en esta evaluación se debe considerar no de forma individual sino conjunta, bajo este criterio las operaciones deben irse sumando y contrastando con el monto definido como patrón de consumo, en este caso S/1,500.00; en ese sentido, tras determinar que la primera y segunda operación superan el análisis de monitoreo, veremos que la situación cambia pues la tercera operación de S/3,000.00 sumada a las dos previas asciende a S/3,400.00 por lo que es correcto concluir que esta operación irrumpe el patrón de consumo determinado previamente ameritando la generación de una alerta para el consumidor. Al respecto, de no haberse subsanado esta operación, el órgano resolutorio de Indecopi pasaría a analizar si esta operación generó la alerta en el sistema de monitoreo y las acciones que tomó el Banco en respuesta siendo que en caso no se hubiese generado la alerta correspondería la devolución no solo de la tercera operación sino también de la cuarta y quinta, es decir un total de S/3,800.00 como medida correctiva. Lo mismo ocurriría independientemente del orden de la operación debido a que la operación más alta resulta ser la disruptiva del patrón de consumo.

En ese sentido al haberse realizado la devolución de la operación se ha afectado el análisis de la responsabilidad administrativa y por tanto al consumidor. Sería correcto entonces, cuestionar el uso de esta figura por parte de las entidades bancarias, y es que debe reconocerse que los Bancos no realizan la devolución de alguna operación necesariamente por sus políticas de atención al cliente, sino que dichas acciones responden a una evaluación del riesgo realizada por los Bancos. Es decir, las entidades bancarias realizan una evaluación respecto a si cumplieron con el despliegue de medidas de seguridad a fin de evitar posibles sanciones por parte de Indecopi.

Sin embargo, ¿qué sucede en los escenarios en que la devolución de una sola operación puede suponer evitar la sanción administrativa en su totalidad pese a que de considerarse la entidad bancaria se vería obligada a realizar la devolución de un importe mayor como medida correctiva y afrontar una sanción administrativa mayor?

Podríamos considerar que la subsanación como recurso es propensa a convertirse en un incentivo perverso para las entidades bancarias que pueden hacer mal uso de esta para librarse de la responsabilidad administrativa como en el ejemplo planteado en párrafos anteriores.

Entonces, surge la cuestión de cómo evitar que en escenarios como el propuesto se distorsione la finalidad de esta figura cuyo beneficio para la Administración y los administrados resulta innegable.

3) ¿Cómo debe aplicarse la figura de la subsanación en los procedimientos administrativos de consumidor bancario?

Ante la posibilidad de tener un incentivo perverso para las entidades bancarias, nos vemos en la necesidad de explorar una posible regulación respecto a la figura de la subsanación y su uso por parte del proveedor bancario.

La práctica actual determina que, en muchos casos, las entidades bancarias recurren a la subsanación previa al determinar, tras una evaluación del caso que existe una alta probabilidad de ser sancionados por la Autoridad Administrativa. En ese sentido, ante la posibilidad de verse forzados a asumir no solo la medida correctiva sino también la multa que implica la corresponde como sanción resulta

lógico que los proveedores bancarios opten por subsanar la conducta infractora de forma previa a sabiendas que ello implicará la improcedencia de la denuncia del consumidor.

Sin embargo, esta relación entre la subsanación y la legitimidad para obrar no siempre será así de directa pues en muchos casos la subsanación no será total; en efecto, en base a las teorías antes expuestas es lógico que un consumidor pierda la legitimidad para obrar cuando el consumidor ya obtuvo de forma previa lo que hubiese sido su pretensión en el procedimiento sancionador. No ocurre lo mismo en los escenarios como el propuesto en la sección anterior pues la subsanación parcial inevitablemente afectará la evaluación de la obligación de monitoreo pues impacta directamente en los montos a contrastar con aquel que haya sido previamente determinado como patrón de consumo.

Ante dicha cuestión resulta importante evaluar la posibilidad de establecer límites a la subsanación a fin de salvaguardar los objetivos de la potestad sancionadora de la Administración Pública y la protección al consumidor sin eliminar lo que resulta ser un incentivo para los proveedores de adecuar sus conductas a lo regulado en el ordenamiento. Esta idea no resulta nueva a los casos competencia de Indecopi pues se ha determinado que en caso de infracciones que pongan en riesgo la vida, salud o seguridad de los administrados no se acepta la figura de la subsanación previa como eximente de responsabilidad.

Este sector no es el único pues en casos de infracciones ambientales, entre otras, el organismo regulador OSINERGMIN ha determinado que únicamente las infracciones leves pueden ser materia de subsanación en la medida que no ocasionaron daños o perjuicios.

Por su parte SUNAFIL también ha emitido a través de un precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución de Sala Plena N° 019-2024-SUNAFIL/TFL que debe analizarse la subsanación en base a los principios de razonabilidad pues las decisiones de la autoridad deben ser proporcionales y cumplir con el requisito de razonabilidad a fin de evitar caer en el vicio de excesiva punición. A fin de evitar el referido vicio, la resolución concluye que se debe establecer la necesidad de la sanción, tras lo cual la medida correctiva que se ordene deberá ser la más idónea y de menor afectación a los derechos implicados.

Aplicando ello al escenario bancario es correcto señalar que la medida correctiva por excelencia en los supuestos de operaciones no reconocidas es la orden de devolución o extorno de las operaciones materia de reclamo. Dicha medida resulta ser proporcional a la afectación sufrida por el consumidor que acude en búsqueda de tutela jurisdiccional, del mismo modo, es razonable en la medida que se ordena al proveedor la reposición de los montos que fueron extraídos de los productos financieros de los clientes a consecuencia de fallos en sus sistemas de monitoreo o la falta de verificación de validez.

En línea con esto último corresponde descartar la posibilidad de ordenar la devolución de una operación subsanada como medida correctiva pues esta ya habría vuelto a la esfera jurídica del consumidor y ello desnaturalizaría completamente la finalidad de la subsanación.

SUNAFIL concluye en este precedente en considerar que la reversión de la infracción en materia laboral materia de análisis en la resolución demostraba la voluntad del administrado de rectificar su conducta contraria al ordenamiento y ajustarla al mismo. Si bien coincidimos en que la subsanación por parte de un infractor puede demostrar su voluntad de ajustarse a lo normado, no podemos ignorar la potencialidad que tiene de convertirse en un incentivo perverso que terminaría perjudicando finalmente a los consumidores.

En consecuencia, corresponde explorar otras formas de regular la subsanación. Con tal finalidad corresponde hacer mención del precedente emitido por SUSALUD a través del Acuerdo Nro. 005-2021 en el cual el Tribunal consideró necesario establecer condiciones para considerar la subsanación: (i) la no generación de daño y (ii) la reversión del daño ocasionado al bien jurídico; en esa misma línea el tribunal establece que se debe evaluar la naturaleza de la infracción y la permanencia de los efectos generados por la misma. Dicho en otras palabras, el Tribunal de SUSALUD establece que únicamente son subsanables los hechos cuyo daño ocasionado no es irreparable garantizando que el riesgo y daño ocasionado por la conducta infractora fueron razonablemente revertidos.

Una interpretación de este supuesto nos permite concluir que al igual que se ha definido anteriormente, la esencia de la subsanación no está necesariamente en compensar el daño sino en la corrección de la conducta infractora. No será posible

pues considerar que se puede devolver la situación del administrado al esto previo a la infracción cuando el daño ocasionado sea irreversible. Sin embargo, en el sector bancario, no nos encontramos ante este supuesto en el caso de operaciones no reconocidas pues resulta posible que el Banco reponga al consumidor bancario a la situación previa al fallo en sus obligaciones de medidas de seguridad.

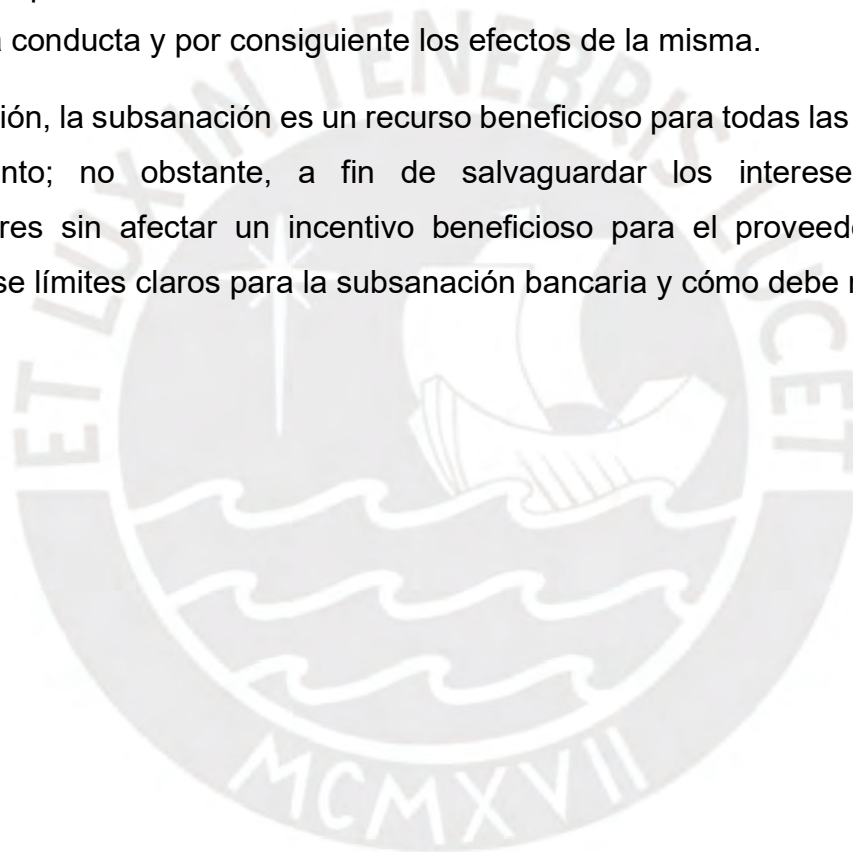
Por lo tanto, consideramos correcto que se elimine la operación subsanada en los supuestos en que no se desnaturalice esta figura. En el ejemplo propuesto no sería cuestionable la subsanación si es que el Banco hubiese optado por la devolución no solo de la operación de S/3,000.00 sino también de todas las operaciones siguientes pues como hemos establecido que esta es la operación es la operación que rompe con el patrón de consumo. Dicho de otro modo, cuando las entidades bancarias deberán realizar una evaluación del caso presentado por sus clientes cuando estos cuestionen operaciones con cargo a sus productos; para ello la seguridad jurídica otorgada por las resoluciones previas le dará a la entidad bancaria la oportunidad de evaluar el riesgo de optar por mantener una postura de no devolución. Debido a que el criterio del patrón de consumo definido como la operación más alta es conocido por los agentes en el sector no resultará difícil realizar el análisis y definir aquellas operaciones que superen dicho umbral para optar por su posterior devolución.

Con la finalidad de no erradicar un incentivo para la adecuación de conductas que ha demostrado ser exitoso por su constante uso por parte de los proveedores bancarios, así como beneficioso para la reducción de la carga procesal de la Autoridad Administrativa y los consumidores se realiza una propuesta inicial para los casos de subsanación parcial.

Así pues, la Autoridad deberá evaluar cada caso en concreto en el que se presente la subsanación de una o más operaciones a fin de determinar que no se haya empleado la subsanación para eliminar la o las operaciones disruptivas del patrón de consumo; para ello deberá conocerse la totalidad de operaciones denunciadas por el consumidor y aquellas que fueron subsanadas pues una vez conocedora de la totalidad de operaciones la administración podrá determinar si se ha dado un mal uso de la subsanación.

Con ello en mente, resulta interesante plantear la posibilidad contar la operación subsanada para el análisis del deber de monitoreo. Al respecto, es posible señalar que su consideración no afecta necesariamente el incentivo que supone la subsanación pues se entiende que la entidad bancaria habría realizado la devolución de la misma por lo que no podría ordenarse que sea devuelta al consumidor como medida correctiva; por el contrario, permitirá que incluso se tome conocimiento de la generación de alguna alerta en esa o en las operaciones subsecuentes lo que también puede jugar a favor de la entidad bancaria. De otro lado, respecto a la multa, no corresponde que la operación subsanada sea considerada pues de haberse realizado correctamente la subsanación se habrá revertido la conducta y por consiguiente los efectos de la misma.

En conclusión, la subsanación es un recurso beneficioso para todas las partes del procedimiento; no obstante, a fin de salvaguardar los intereses de los consumidores sin afectar un incentivo beneficioso para el proveedor deberá establecerse límites claros para la subsanación bancaria y cómo debe realizarse.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La subsanación en esencia es la materialización de la voluntad del proveedor de ajustar su conducta a lo que es esperado de él en base al ordenamiento jurídico.
- En línea con lo anterior, lo que se busca con el empleo de esta figura no es la compensación del daño ocasionado, pues no es de índole indemnizatoria, sino la devolución de la situación del consumidor al estado previo a la infracción.
- A lo largo de diversa jurisprudencia, Indecopi y resoluciones recientes se ha establecido que el análisis del deber de monitoreo es parte fundamental en la determinación de responsabilidad administrativa.
- Se ha determinado que la subsanación de operaciones impacta en el análisis del patrón de consumo pudiendo ser propenso a incentivos perversos en casos de mal uso.
- Dado que la conducta infractora en imputaciones de operaciones no reconocidas no es irreversible, cabe la ejecución de la subsanación de todas o algunas de las operaciones cuestionadas.
- En el sector bancario será necesario determinar límites claros para la aplicación de esta figura tal como ha ocurrido con otros órganos resolutivos (SUSALUD, OSINERGMIN entre otros).

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Balcazar Diaz, W. Y. (2017). Medidas de seguridad que deberían incorporarse a fin de evitar operaciones no reconocidas en tarjetas de crédito y débito.
- 2) Hidalgo, A. J. C. (2024). La subsanación de la infracción en el procedimiento sancionador de la Contraloría General: una reflexión desde el principio de buena administración en el derecho peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (32), 211-242. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9631088>
- 3) Hidalgo, A. J. C. (2024). La subsanación de la infracción en el procedimiento sancionador de la Contraloría General: una reflexión desde el principio de buena administración en el derecho peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (32), 211-242.
- 4) Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444
- 5) Lino Suárez, A. H. La subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Recuperado a partir de: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16284>
- 6) MORON, J. C. (2011). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. LIMA. Gaceta Jurídica.
- 7) Mori Torres, N. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 385-396. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22427>
- 8) Neira Gallegos, G. R. (2017). Si Adán Devuelve la Manzana Prohibida antes de ser Acusado, entonces queda Perdonado, Análisis de la

Subsanación de Infracciones como Eximente de Responsabilidad según el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Recuperado de

<https://repositorio.ucsm.edu.pe/items/70c6e0e0-96fe-447c-a5a5-82d9bacd8437>

- 9) Neyra Cruzado, C. A. (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. *Derecho & Sociedad*, 2(54), 79-93. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22435>
- 10) Sifuentes Rojas, R. F. La predictibilidad del comportamiento habitual de consumo en el marco del análisis de operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito y/o débito.
- 11) Torres Sánchez, T. (2019). ¡Sálvese quien pueda! la elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. *THEMIS Revista De Derecho*, (74), 91-105. <https://doi.org/10.18800/themis.201802.011>
- 12) Yanayaco Arias, L. A. Resolución N° 2616-2022/SPC-INDECOPI, sobre el nuevo criterio adoptado por el Indecopi respecto del despliegue de todas las medidas de seguridad contenidas en la norma sectorial y la vulneración a la figura de improcedencia por subsanación previa en la aplicación de este criterio.
- 13) Zumaeta Arévalo, I. (2021). La subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad bajo el amparo de la Ley del Procedimiento Administrativo General: primacía de la ley.