

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al
Consumidor

La predictibilidad del comportamiento habitual de consumo en el
marco del análisis de operaciones no reconocidas realizadas con
tarjetas de crédito y/o débito

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

Autor:

Renzo Fabrizio Sifuentes Rojas

Asesor:

Inés Vega Franco

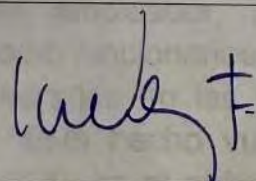
Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, VEGA FRANCO, INES, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora del trabajo académico titulado, "La predictibilidad del comportamiento habitual de consumo en el marco del análisis de operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito y/o débito" del autor SIFUENTES ROJAS, RENZO FABRIZIO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 01 de marzo de 2023

VEGA FRANCO, INES	
DNI: 42187903	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0001-5563-3989	

RESUMEN

Los productos financieros como las tarjetas de crédito y débito nos brindan múltiples beneficios; sin embargo, también existen riesgos inherentes a los mismos. El principal riesgo es la materialización de operaciones no reconocidas, que afecta directamente el patrimonio de los consumidores y afecta la confianza en los productos antes mencionados.

En este contexto, se analizará la falta de predictibilidad en el análisis del comportamiento habitual de consumo en el marco de una denuncia y/o reclamo por la realización de operaciones no reconocidas con cargo a tarjetas de crédito o cuenta de ahorros de los consumidores para evitar la discrecionalidad en la interpretación del también denominado patrón de consumo.

Finalmente se concluirá con una propuesta de solución que consiste en el establecimiento de un precedente de observancia obligatoria que permita uniformizar el análisis por parte de la Administración para determinar el periodo en el cual se deben contrastar las operaciones no reconocidas con el patrón de consumo de un usuario, poder determinar si constituyen operaciones inusuales y si habrían sido autorizadas correctamente o no.

Palabras clave: Tarjeta de crédito, Tarjeta de débito, Comportamiento habitual de consumo, Operaciones no reconocidas, Principio de predictibilidad.

ABSTRACT

Financial products such as credit and debit cards offer us multiple benefits; however, there are also risks inherent to them. The main risk is the materialization of unrecognized operations, which directly affects the patrimony of consumers and affects confidence in the aforementioned products.

In this context, the lack of predictability in the analysis of habitual consumption behavior within the framework of a complaint and/or claim for carrying out unrecognized operations charged to consumer credit cards or savings accounts will be analyzed to avoid discretion in the interpretation of the so-called consumption pattern.

Finally, it will be concluded with a solution proposal that consists of the establishment of a precedent of obligatory observance that allows to standardize the analysis by the Administration to determine the period in which the unrecognized operations must be contrasted with the consumption pattern of a user, to be able to determine if they constitute unusual operations and if they would have been correctly authorized or not.

Keywords: Credit card, Debit card, Habitual consumer behavior, Unrecognized transactions, Predictability principle.

ÍNDICE

INTROUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: LOS RIESGOS INHERENTES A LAS TARJETAS Y EL PROBLEMA DE LAS OPERACIONES NO RECONOCIDAS	6
La tarjeta de crédito y débito como instrumento financiero	6
Riesgos asociados a las tarjetas	11
Los costos de transacción y los incentivos	17
CAPÍTULO II: LA NORMATIVA FINANCIERA Y EL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE CONSUMO	20
El antecedente del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito	20
Reglamento para la Gestión de Seguridad de la Información y Ciberseguridad.....	23
El sistema de monitoreo en la normativa chilena.....	25
Comportamiento habitual de consumo	26
Patrón de Consumo "0"	29
CAPÍTULO III: PROPUESTA DE SOLUCIÓN FRENTE A LA FALTA DE PREDICTIBILIDAD EN EL ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE CONSUMO.....	33
El precedente de observancia obligatoria como una alternativa para generar predictibilidad en las decisiones de la Administración	33
CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42

INTROUCCIÓN

El tipo de transacciones que se efectúan en el sistema financiero, a lo largo de los años se ha ido diversificando. Hoy en día podemos realizar operaciones a través de comercios electrónicos, billeteras digitales (yape, plin, tunki o bim) o través los canales digitales de una entidad financiera. Lo cual hace resaltar el dinamismo que caracteriza a las operaciones que realizan los consumidores. Pero a su vez, surgen nuevas modalidades de fraude. En ese contexto, resulta relevante que la normativa sea adecuada para brindar una efectiva protección al consumidor.

Asimismo, se desarrollará la importancia que tienen los productos financieros como la tarjeta de crédito y débito, así como la estadística referida a las operaciones fraudulentas que se realizan con cargo a estos instrumentos financieros. También se revisará legislación comparada para poder determinar si las medidas de seguridad en otros países se regulan de igual forma que en el Perú, se analizará las diferencias que puedan existir y si estas son susceptibles de ser aplicadas en nuestro ordenamiento.

En esa misma línea, se repasará los alcances normativos referidos a las medidas de seguridad que deben incorporar las entidades financieras para fortalecer la seguridad en las transacciones y específicamente en el concepto de “comportamiento habitual de consumo”. Toda vez que, dicho concepto resulta relevante en el marco del análisis de operaciones no reconocidas y al momento de determinar la responsabilidad administrativa de una entidad financiera, pues ello también dependerá del correcto y oportuno funcionamiento de su sistema de monitoreo.

Siendo que, el presente artículo, buscará plantear una propuesta de solución que permita brindar mayor predictibilidad en el análisis de comportamiento habitual de consumo por parte de la Administración, limitando el tiempo dentro del cual se deban contrastar las operaciones no reconocidas con el patrón de consumo de un usuario y así determinar si las mismas eran operaciones inusuales o no.

CAPÍTULO I: LOS RIESGOS INHERENTES A LAS TARJETAS Y EL PROBLEMA DE LAS OPERACIONES NO RECONOCIDAS

La tarjeta de crédito y débito como instrumento financiero

Naturalmente, se conoce a la tarjeta de crédito como instrumento de crédito, en donde a través de la misma, el consumidor tiene una línea de crédito a su disposición para que la pueda utilizar de acuerdo a sus necesidades y pagar de manera posterior el importe que haya consumido; por lo que, es un producto financiero que puede resultar atractivo para cualquier usuario que desee financiar sus consumos sin tener liquidez. Sobre ello, es importante lo que señala Rahnema:

“Una tarjeta de crédito es un medio de pago que ofrece un incremento en el poder de compra, flexibilidad de pago y acceso a efectivo a nivel mundial. La tarjeta de crédito proporciona una línea de crédito, que es la cantidad máxima que el usuario puede pedir prestada. A medida que realiza transacciones con cargo a esa línea de crédito, el crédito disponible disminuye. Una vez finalizado el período de liquidación, al abonar el importe dispuesto, la cantidad en la línea de crédito disponible es restaurada total o parcialmente”. (2006, p. 19)

La definición que se menciona es la más simple que se pueda esbozar, pero sirve para señalar que no solo tiene esa función, sino que además una tarjeta de crédito te brinda la posibilidad de solicitar tarjeta de crédito extralínea¹,

¹ Es una tarjeta de crédito con representación virtual y línea de crédito no revolvente que permite a los usuarios acceder a campañas de crédito efectivo o compras de deuda.

extracash² o disposiciones de efectivo³, entre otros productos; los cuales son esencialmente préstamos pero que manejan tasas, intereses y plazos independientes a la tarjeta de crédito.

Así, estos beneficios que brinda una tarjeta de crédito lo posicionan como un producto de mucha utilidad para otorgar liquidez y financiamiento a los consumidores. Convirtiéndolo en un producto de gran aceptación por parte de los usuarios.

Esta aceptación la podemos ver reflejada en lo que en la actualidad denominamos bancarización. De acuerdo a IPSOS, en un estudio de bancarización en el 2021, estimó que el 52% de la población peruana de 18 a 70 años, se encuentra bancarizada. Es decir, que al menos uno cuenta con un producto contratado con una entidad financiera.



(Fuente: IPSOS PERÚ)

² Es dinero en efectivo que debe ser ofertado y aprobado por la entidad financiera. Y te permite disponer de dinero en efectivo de la línea de la tarjeta de crédito, pagando la tasa de interés correspondiente.

³ La disposición de efectivo es un préstamo de libre disponibilidad que se obtiene de la línea de la tarjeta de crédito. Esta disposición se hace efectivo a través de cajeros y agentes corresponsales. La tasa de interés aplicable varía dependiendo de la entidad financiera.

Asimismo, se verifica que el producto más contratado es la cuenta de ahorros, que como señalamos, está asociada a una tarjeta de débito. Con la tarjeta de débito también se pueden realizar diversas operaciones, pero únicamente de consumo, es decir, utilizando los fondos disponibles en la cuenta asociada a la tarjeta. Sin la posibilidad de contratar los préstamos que pueden ir asociados a la tarjeta de crédito. Al respecto es pertinente lo que señala Carbonel:

“Las tarjetas de débito están vinculadas siempre a una cuenta bancaria, y los pagos realizados con la tarjeta en los establecimientos o la retirada de fondos de cajeros automáticos, son deducidos de la cuenta bancaria del titular de la tarjeta inmediatamente (o bien unos días después) y abonados en la cuenta del establecimiento. La cuenta bancaria ha de tener saldo suficiente para poder hacer frente a los cargos del emisor”. (1994, p. 190)

Es importante lo que se indica en la cita, pues hace referencia a una diferencia esencial entre las tarjetas de crédito y débito, ya que el uso de una tarjeta de débito implica tener fondos suficientes para efectuar una operación, toda vez que el importe será debitado de manera inmediata en la cuenta. Y, en consecuencia, afecta la liquidez de un consumidor. Contrariamente a lo que sucede con el uso de una tarjeta de crédito, en donde el uso de la misma, se realizará con cargo a la línea de crédito y el pago se podrá efectuar luego de su ciclo de facturación⁴. Brindándole así al consumidor un periodo de tiempo para que pueda reunir el dinero que ha consumido y que tendrá que pagar en la fecha de pago límite de su tarjeta para que su historial crediticio no termine siendo afectado.

Para entender mejor esta funcionalidad de la tarjeta de crédito, es importante lo que señala Gete-Alonso y Calera:

“... permiten la realización de operaciones económicas al titular mediante la obtención de un crédito instantáneo que reembolsará en un momento posterior. Permiten la obtención de bienes y servicios sin necesidad de que el titular de

⁴ El periodo de facturación es el periodo en el cual realizas los consumos y/o disposiciones de efectivo, que el consumidor podrá ver reflejado en su estado de cuenta que recibirá y la fecha de pago es la fecha límite para realizar el abono de la deuda generada por el uso de la tarjeta de crédito.

la misma desembolse directamente su precio ni cuente con este en el momento del pago". (1997, p.22)

Otro elemento diferente entre ambos productos, es que la tarjeta de crédito te permite efectuar operaciones en cuotas, que pueden ser con pago de intereses o sin pagos de intereses. Lo cual, dependerá de los beneficios que brinde cada entidad financiera. Pero, justamente, le otorga la posibilidad al usuario de no tener que pagar un alto importe en un solo instante, sino que le permitirá cancelar ese importe elevado en un plazo de 3, 6, 12 o más cuotas, siempre que la entidad financiera le brinde dicha posibilidad.

No obstante, lo señalado, si bien la tarjeta de crédito puede otorgar mayores facilidades de pago y financiamiento; la tarjeta de débito o la cuenta asociada a esta también tiene atributos que son de utilidad para quienes desean un lugar seguro en donde depositar sus ahorros o hacer que estos generen intereses a su favor en un periodo determinado de tiempo, como un depósito a plazo⁵.

En segundo lugar, se tiene a los préstamos que pueden ser vehiculares, hipotecario, de trabajo, entre otros. Y, en tercer lugar, las tarjetas de crédito, que, como hemos revisado tienen distintas atribuciones.

A manera de resumen podemos señalar que ambas tarjetas cumplen distintas funciones, las cuales podemos resumir en lo siguiente:

1. Como un medio de pago: Lo que podríamos denominar *dinero plástico*, pues te permite cumplir con obligaciones de pago sin la necesidad de tener que efectuarlo con dinero físico o tangible. Lo cual brinda mayor facilidad a los usuarios de no cargar consigo una cantidad de dinero considerable sino más bien tenerlo en una cuenta bancaria y gestionar sus operaciones a través de la misma.

⁵ Es un tipo de operación financiera que le permite al consumidor efectuar un depósito de dinero en una cuenta por un plazo determinado de tiempo, mientras más tiempo se mantenga en dicha cuenta el dinero, mayor interés generará, pero si se retira el dinero antes de la fecha de vencimiento pactada, el usuario no recibirá interés alguno.

2. Como un instrumento de crédito: Esta función es atribuible únicamente a las tarjetas de crédito, pues estas te brindan la posibilidad de no tener que desembolsar el importe de un consumo en el mismo instante que se realiza la operación, sino que el consumidor podrá efectuar el pago, luego de aproximadamente 20 o 30 días dependiendo de la fecha de pago de su tarjeta de crédito.

Así pues, se tiene a las tarjetas como un instrumento versátil, que resulta de gran utilidad para poder efectuar transacciones en comercios electrónicos, comercios físicos, transferencias o retiros por cajeros, desembolsos de préstamos y demás, que permiten la rapidez e inmediatez en las operaciones. Siendo que, con el dinero físico, no se podrían llevar a cabo con la misma sencillez y oportunidad.

Como se evidencia, ambos productos ofrecen una variedad de funcionalidades que les permiten ser atractivos en el mercado financiero; sin embargo, es necesario garantizar la seguridad en las transacciones que se realizan con las tarjetas de crédito o débito, pues las operaciones que se realicen con la primera, serán asumidas por los titulares, y la segunda contiene los ahorros de los consumidores que deben ser resguardados por las entidades financieras.

Al respecto es relevante lo que señala Avendaño:

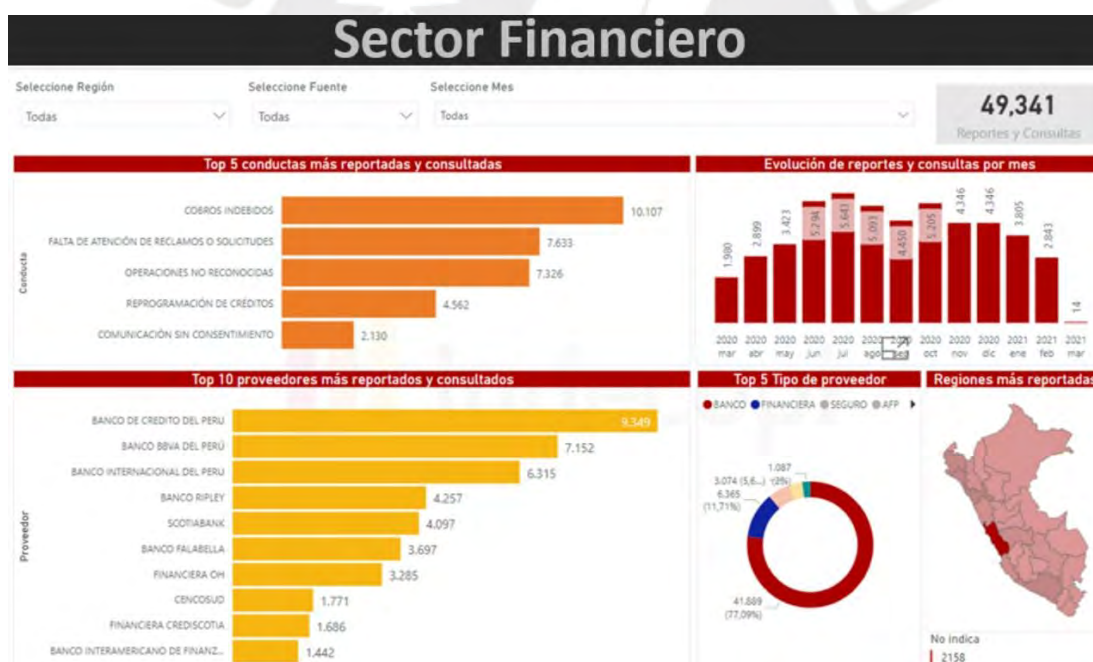
“La seguridad constituye una de las principales preocupaciones para las entidades financieras puesto que cualquier brecha implica no solo importantes pérdidas económicas sino un daño potencialmente irreversible a la reputación de la compañía”. (2016, p 131)

Si bien las tarjetas representan un instrumento de gran utilidad, la importancia y la confianza que se tiene en el producto, puede verse seriamente afectada si es que no se brindan las medidas de seguridad adecuadas.

Riesgos asociados a las tarjetas

Como se ha venido elaborando, las tarjetas de crédito y débito brindan múltiples beneficios; sin embargo, existe riesgos asociados al uso de las mismas. Estos riesgos son los que naturalmente generan un detrimento en el patrimonio de un consumidor, el cual se ve afectado por la materialización de operaciones no reconocidas, lo cual eventualmente puede generar que la entidad financiera reporte de manera negativa ante las Centrales de Riesgo al consumidor.

Para tener más claro el panorama sobre el impacto de las operaciones no reconocidas, resulta importante la estadística elaborada por el Centro Especial de Monitoreo del Indecopi – CEMI en donde se visualiza el tipo de conductas y las entidades más reportadas durante en el periodo marzo 2020 a marzo de 2021:



Fuente: Centro Especial de Monitoreo del Indecopi – CEMI

Así pues, se evidencia que las operaciones no reconocidas ocuparon el tercer lugar dentro de las conductas más reclamadas durante el 2020, que ascendieron a un total de 7,326. Cabe señalar que las operaciones no reconocidas engloban

diferentes formas en las que se pueden efectuar, como, por ejemplo, producto de un robo de tarjetas o de celular, bajo la modalidad de courier⁶, phishing⁷, vishing⁸, entre otros.

Asimismo, con la información que recopiló Alóbanco, que es un servicio gratuito de atención de reclamos bancarios y financieros, y que forma parte de un convenio celebrado entre la Asociación de Bancos del Perú e Indecopi, elaboraron el reporte de reclamos presentados que se presenta:



Fuente: Asbanc

⁶ En esta modalidad de fraude, el defraudador se pone en contacto con la víctima a través de una llamada, aparentando ser un funcionario de una entidad financiera, en la que el cliente posee algún producto, principalmente una tarjeta de crédito. Así pues, le ofrece otra tarjeta con mejores beneficios, tales como una tarjeta que no cobra membresía o una mejor tasa de interés, indicando que, para ello, un "courier" de la entidad recogerá su tarjeta actual en su domicilio y, eventualmente, en una fecha posterior, le entregarán una nueva tarjeta. Lo cual no sucederá.

Una vez entregado el plástico, el defraudador tiene toda la información necesaria para realizar operaciones por internet, ya que la tarjeta contiene los datos sensibles como el número de tarjeta, fecha de vencimiento y/o CVV; o, presenciales, siendo responsabilidad del establecimiento comercial de validar la identidad del titular de la tarjeta. Ya que, esto último escapa de la responsabilidad de la entidad financiera.

⁷ Se trata de la modalidad de fraude, mediante la cual, el cliente recibe correos electrónicos fraudulentos o enlaces que lo direccionan a páginas web que tienen la apariencia de ser la página oficial de una entidad financiera, ofreciéndole un producto o haciéndole creer que ha ganado algún premio, y le solicita ingresar sus datos financieros, como por ejemplo la información sensible de sus tarjetas, contraseñas de aplicativos o claves dinámicas. Es con esa información, brindada por el cliente, que se realizan las operaciones que posteriormente no reconocerá haber autorizado.

⁸ Bajo esta modalidad de fraude, el defraudador se comunica con el cliente a través de una llamada en donde aparentan ser un supuesto personal de la entidad financiera y le indican a la víctima que han detectado que se están intentando realizar operaciones con cargo a sus cuentas y que es necesario bloquear sus tarjetas, para lo cual a su vez es necesario que les brinde las claves que le llegarán a su celular. Ante lo cual, lamentablemente por el natural temor a que sea cierto, brinda información y así se efectúan las operaciones fraudulentas.

Nuevamente, se evidencia que, los reclamos por operaciones no reconocidas se encuentran en el top 2 de motivos más reclamados durante el periodo de enero 2020-febrero 2021 y que los productos afectados en su mayoría son las tarjetas de crédito (52%) y, en segundo lugar, las cuentas de ahorro (22%).

En ese contexto, tenemos que este tipo de reclamos nos brinda ciertos indicios de que podría existir algún problema en torno a las medidas de seguridad que son aplicadas por las entidades financieras al momento de corroborar la autorización y el monitoreo de las operaciones que se realizan con las cuentas de sus clientes. Ya que, si bien el 62% de los reclamos fue resuelto a favor de la entidad financiera, lo cual implicaría que infringió el deber de idoneidad; por otro lado, existió un 38% de reclamos que fueron resueltos a favor del consumidor, lo cual supone que las operaciones no reconocidas se efectuaron sin el cumplimiento de las medidas de seguridad correspondientes según el tipo de operación cuestionada.

Lo mencionado anteriormente, tiene correlación con la información que brinda la Defensoría del Cliente Financiero (DCF), entidad privada que resuelve reclamos de los consumidores tengan contra las entidades financieras, en segunda instancia, siendo inapelable su pronunciamiento⁹, a los motivos por los cuales se ingresaron más reclamos durante el periodo de enero 2022 a junio 2022:



Fuente: Asbanc – Defensoría del Cliente Financiero

⁹ Cabe precisar que, para interponer un reclamo ante la Defensoría, el cliente no debe haber presentado una denuncia administrativa ante el Indecopi; de igual manera, el hecho de interponer un reclamo ante la Defensoría y en caso resultado no es favorable, no extingue el derecho del usuario de acudir ante la autoridad administrativa en búsqueda de tutela.

Una vez más, queda en evidencia que las operaciones no reconocidas constituyen un elemento central que deben ser materia de análisis, pues esta son una gran preocupación de la ciudadanía cuando de servicios financieros se trata.

Adicionalmente, la DCF nos brinda data respecto al tipo de operaciones no reconocidas más reclamadas durante el periodo de enero 2022 a junio 2022:



Fuente: Asbanc – Defensoría del Cliente Financiero

En este caso, se evidencia que el tipo de operaciones no reconocidas más reclamadas son producto el robo/hurto (de tarjetas o celular¹⁰) ya que son estos medios con los cuales se pueden realizar operaciones en algún comercio presencial o a través de los canales digitales de una entidad financiera. También se registran operaciones bajo la modalidad de, cambio¹¹, sim swapping¹², courier, phishing y vishing.

¹⁰ A través del celular o la banca móvil, se pueden realizar transferencias interbancarias, préstamos, pagos de servicios, y las operaciones se realizan con cargo a las tarjetas de crédito o débito que el consumidor tenga en una entidad financiera, para lo cual el mismo aplicativo de la entidad te permite seleccionar la cuenta o tarjeta que desees utilizar.

Estas últimas modalidades de fraude mencionadas, en muchas ocasiones se generan producto de la gran asimetría informativa que existe especialmente en sector financiero. Los consumidores, teniendo en consideración que nos referimos a un consumidor medio, no conocen en su mayoría, las distintas modalidades de fraude a través de las cuales se pueden materializar las operaciones no reconocidas.

Así, un principal hecho generador es el desconocimiento por parte de los usuarios; sin embargo, existe un deber de información por parte de las entidades que brindan los servicios financieros, como señala Supo y Bazán:

“... debe quedar claro que el deber de información de los proveedores es, a su vez, el derecho a la información de los consumidores. Los proveedores tienen la obligación de brindar a los consumidores la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada con sus intereses”. (2020, p. 73)

Si bien la normativa referida a la información relevante en el Código de Protección al Consumidor está directamente relacionada a la información sin la cual el consumidor no hubiera contratado un producto o servicio; en la actualidad,

¹¹ Esta modalidad de fraude se realiza, en su mayoría, cuando el titular de la tarjeta de crédito o débito se encuentra en algún cajero automático y, antes de ingresar su tarjeta de crédito o débito para realizar una operación, un tercero desconocido se acerca al cliente ofreciéndole ayuda, alegando que el cajero presenta alguna irregularidad. En esa “ayuda”, el defraudador aprovecha para cambiar su tarjeta por otra.

Cuando el cliente intente realizar la operación en el cajero e ingrese su clave secreta, el cajero rechazará la transacción, pues aun cuando haya ingresado la clave correcta de su tarjeta, esta última no será de su titularidad. Mientras tanto, la persona que ofreció la ayuda ha estado observando cual fue la clave que se digitó. Así, pues, con la obtención del plástico y de la clave secreta, se realizarán las operaciones que luego desconocerá la víctima.

¹² En este caso, el defraudador obtiene un duplicado de la tarjeta SIM de la línea telefónica de un cliente financiero. Para ello, previamente ha conseguido información confidencial del cliente para poder solicitar un duplicado de la misma. En la medida que la línea telefónica de este último dejará de funcionar; -pues ahora se encuentra activo el duplicado de la tarjeta SIM- cuando se inserta este duplicado en otro teléfono móvil, se puede tener acceso a los datos personales y cuentas bancarias del cliente.

Al tener acceso a las cuentas bancarias del cliente, el defraudador puede modificar los límites transaccionales, activar las compras por internet, solicitar préstamos y consecuentemente realizar transferencias a cuentas de terceros y/o consumos que el cliente no habrá autorizado. En este caso, en adición al análisis de la responsabilidad de la entidad financiera, se debe evaluar la responsabilidad del operador de telefonía móvil por la emisión de un duplicado SIM, sin la debida autorización, y dicha controversia deberá dirigirse ante el ente regulador, OSIPTEL.

la información referida a las modalidades de fraude considero que constituye información relevante, toda vez que, si un consumidor quiere contratar una tarjeta de crédito o débito, debería informársele sobre los riesgos inherentes de contratar algunos esos productos.

Incluso, luego de la contratación, así como se entrega una Hoja Resumen de la tarjeta de crédito, debería ponerse a su disposición una cartilla informativa sobre las modalidades de fraude existentes, con la información más importante y sobre cómo prevenirlos.

Si bien se podría argumentar que, en nuestro país, no leemos nunca un contrato de servicios bancarios y apenas leemos las hojas resúmenes, si se trata de consejos que pueden servir al usuario para evitar ser víctima de un fraude y que pueda afectar su patrimonio, se generan incentivos para que lean una cartilla informativa sobre estos fraudes, pues la no prevención frente a los mismos, los afectará directamente.

Actualmente, las entidades financieras informan sobre las diversas modalidades de fraude a través de sus distintos canales de comunicación, ya sea página web o redes sociales, no es ningún secreto que los consumidores no se encuentran diariamente revisando la información que publica una entidad financiera, salvo que quiera obtener información específica respecto de un producto sobre del cual tenga interés en contratar.

Por lo que, si bien esta difusión puede ayudar en la prevención de operaciones fraudulentas, no siempre alcanza a todos los consumidores. Es posible que no exista un método mediante el cual se haga conocer a todos los usuarios sobre estas modalidades de fraude, pero si se le entrega una cartilla informativa al momento de la contratación, ya sea de manera física o virtual, podría generar un mayor impacto en la reducción de reclamos que sean consecuencia de algún tipo de fraude financiero.

Los costos de transacción y los incentivos

Cuando la autoridad administrativa sanciona las entidades financieras por el incumplimiento del deber de idoneidad como consecuencia de haber permitido que se realicen operaciones con cargo a las cuentas de un consumidor, infringiendo las medidas de seguridad establecidas por la normativa sectorial, la multa que impone no es de gran cuantía, pues no suele sobrepasar las 5 – 10 UIT, lo cual puede resultar prácticamente irrisorio para una entidad financiera.

Lo cual a su vez puede generar que estas no tengan incentivos para mejorar sus mecanismos de seguridad; sin embargo, imponer una multa muy elevada puede terminar perjudicando en demasía a las entidades financieras, quienes finalmente ingresan al mercado -como toda empresa- para generar ganancias, y multas excesivas pueden terminar causalizando su salida del sistema financiero, pues simplemente no les resultaría rentable.

En este punto, entra a tallar la definición referida a los costos de transacción, para lo cual es importante lo que señala Bullard:

“Como sabemos, los costos de transacción son los costos en los que tenemos que incurrir para celebrar un contrato. Estos costos incluyen los costos de negociación, los costos de encontrar información relevante, los costos de hacer cumplir los contratos, los costos de encontrar opciones adecuadas y de elegir entre ellas, entre otros. Cuando estos costos son muy elevados, o no se celebran contratos, o simplemente estos se celebran en términos ineficientes”.
(2006, p.670)

Así pues, si trasladamos dicho concepto a las medidas de seguridad que debe aplicar una entidad financiera, el costo de implementar un sistema de monitoreo cada vez mejor y que permita identificar de una manera más eficiente patrones de fraude y evitar perjuicios en los consumidores, implica que inviertan más dinero en el mejoramiento del mismo. Esto es lo que Bullard denomina costos de ejecución:

“Son los costos de hacer cumplir los acuerdos, es decir, de conseguir que las obligaciones se cumplan. Por ejemplo, el costo que implica recurrir al Poder Judicial para que un acuerdo se cumpla (lo que incluye los honorarios de abogados, el costo de las tasas judiciales, el tiempo y dinero a invertir en el juicio y, de manera importante, los costos que trae la incertidumbre del resultado). Si no es posible obtener resultados predecibles a bajos costos habrá menos contratos porque la gente no confiará en los mismos para el logro de sus fines”.

En el caso de las entidades financieras, sería el cumplimiento de las garantías legales derivadas de un contrato de servicios bancarios (medidas de seguridad aplicables a las operaciones), pues necesariamente deben cumplir con la normativa sectorial emitida por la SBS. No obstante, si la entidad financiera aplica mayores recursos a sus sistemas de seguridad, este coste eventualmente podría ser trasladado a los consumidores, por ejemplo, a través de comisiones o mayores tasas de interés.

La pregunta entonces sería: ¿los consumidores están dispuestos a asumir un costo adicional por una mayor seguridad en las transacciones que realicen con sus productos? Probablemente la respuesta sea positiva, pero el único inconveniente frente a ello es que ningún sistema de seguridad es infalible; y no se le puede garantizar al usuario que no se realizará ninguna operación fraudulenta en sus cuentas. Como señala Cabonel:

“Garantizar que un sistema de pago con tarjeta es completamente seguro, es decir, que en el la tarjeta y/o PIN no pueden ser utilizados por una tercera persona no autorizada (que los ha robado, falsificado, etc), que en el no existen errores o manipulaciones del sistema o de la información, que en el no hay deficiencias en la infraestructura ni posibilidad de fallo ante riesgos naturales es, en el estado actual de la técnica, imposible, a un coste razonable, para la viabilidad de la misma”. (1994, p.297)

De igual manera, los costos de transacción también se pueden ver reflejados en aquellos que tiene que asumir la entidad financiera al perder la confianza de los consumidores en sus productos. Pues ello se traduce en menos productos

contratados, menos intereses percibidos, pérdida de posición en el mercado financiero, disminución en sus ingresos, entre otras consecuencias que no resultan favorables para una entidad financiera.

En ese sentido, considero que, si bien las multas no puedan generar un incentivo para mejorar; la confianza y la preferencia que busca tener una entidad financiera podría ser una justificación válida para brindar mejores servicios y mayores medidas de seguridad frente a sus competidores, y así posicionarse como un referente en el sistema financiero. Naturalmente, el agente económico que ofrece mejores condiciones en un producto o servicio, siempre tendrá la ventaja frente a los demás. Esto es lo que Lizarzaburu y del Brío definen como riesgo reputacional:

“Dependiendo del contexto, el término puede ser utilizado con una connotación negativa. En el ámbito de los negocios es donde fundamentalmente se hace necesario que cualquier empresa tenga una buena reputación, pues solo así conseguirá afianzarse, consolidar su nivel de resultados y mejorarlos, mediante la captación de nuevos clientes”. (2016, p.99)

Sin perjuicio de lo mencionado, en el sector financiero, no existe mayor competencia como consecuencia del monopolio que se ha repartido entre las 5 entidades bancarias más grandes de nuestro país, y en consecuencia estas no tienen un incentivo para mejorar en los servicios que brindan de manera voluntaria. Ello debido a que, los usuarios no tienen más opciones para contratar algún producto financiero, pues lo que ofrece cada entidad es muy similar y a su vez las entidades tienen conocimiento de que aún cuando no brinden el mejor producto con las mejores condiciones y/ medidas de seguridad, los usuarios igual terminarán contratando con ellos.

Es así que, se hace necesario que exista una regulación más estricta respecto a las medidas de seguridad que se deben implementar las entidades financieras, con la finalidad de asegurar que los consumidores no se vean perjudicados ante la eventualidad de que se produzcan operaciones reconocidas. Específicamente

considero que debe existir una mejor regulación en torno al sistema de monitoreo que debe implementar todas entidad financiera.

En la presente sección se revisará el antecedente inmediato al Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito vigente, así como legislación comparada en torno al funcionamiento del sistema de monitoreo. También se analizará el concepto del comportamiento habitual de consumo o también denominado patrón de consumo -incluyendo el patrón de consumo 0"- y la función de este último en el marco del análisis de las operaciones no reconocidas y su importancia en la determinación de la responsabilidad administrativa de una entidad financiera.

CAPÍTULO II: LA NORMATIVA FINANCIERA Y EL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE CONSUMO

El antecedente del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito

En el año 2008 la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, la SBS), aprobó el Reglamento de Tarjeta de Crédito, mediante la Resolución SBS N°264-2008, la cual buscaba mayor seguridad en las transacciones efectuadas con las tarjetas de crédito.

Veamos lo que señalaba la citada norma en lo referido a las medidas de seguridad a implementar:

Artículo 11.- Medidas de seguridad

Las empresas deben adoptar medidas de seguridad apropiadas para determinar la validez y vigencia de la tarjeta de crédito y la identidad de sus titulares y/o usuarios, así como para dar cumplimiento a las condiciones de uso de la tarjeta de crédito.

Entre otras medidas, cuando las empresas suscriban contratos con los operadores o establecimientos afiliados, deberán asegurarse de incluir como obligaciones de éstos, de ser el caso, los siguientes aspectos:

1. Cuando se realicen consumos en presencia del titular o usuario:

1.1. La verificación de la vigencia de la tarjeta de crédito.

1.2. La verificación de la identidad del usuario.

1.3. La verificación de la firma del usuario en la orden de pago con la que figura en su tarjeta de crédito y, cuando lo exija el marco legal aplicable, en su documento de identidad, o la comprobación de contar con la conformidad de la firma electrónica u otro medio sustituto de la firma gráfica o manuscrita, etc.

2. Cuando se trate de consumos mediante medios distintos al referido en el numeral 1 anterior, las condiciones técnicas apropiadas para incorporar las verificaciones requeridas para asegurar razonablemente el uso apropiado de la tarjeta de crédito a través de dicho medio.

Asimismo, para reducir la posibilidad de usos no autorizados o fraudulentos de las tarjetas de crédito las empresas deberán contar con sistemas de monitoreo de transacciones y procedimientos complementarios, que permitan detectar razonablemente aquellas transacciones que pueden corresponder a patrones de fraude, con el objetivo de evitar actividades potencialmente fraudulentas o someterlas a mayor escrutinio y verificaciones adicionales. (subrayado propio)

De lo mencionado, se puede desprender lo siguiente: la norma -ya derogada- únicamente contemplaba medidas de seguridad respecto a las tarjetas de crédito, aunque ello, ya se anunciaba por el nombre del propio Reglamento. Sin embargo, sobre medidas de seguridad y específicamente sobre el sistema de monitoreo, no indicaba mayor detalle.

Por su parte, el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (en adelante, el Reglamento), aprobado por la Resolución SBS N°6523-2013, incluye el producto de tarjeta de débito y también define lo que el “comportamiento habitual de consumo”. Ello con la finalidad de reforzar las medidas de seguridad en las transacciones efectuadas con dichos productos.

En ese mismo sentido, el artículo 17° del Reglamento establece como una obligación de las entidades financieras, el contar con un sistema de monitoreo.

De lo mencionado, se puede desprender lo siguiente: la norma -ya derogada- únicamente contemplaba medidas de seguridad respecto a las tarjetas de crédito, aunque ello, ya se anunciaba por el nombre del propio Reglamento. Sin embargo, sobre medidas de seguridad y específicamente sobre el sistema de monitoreo, no indicaba mayor detalle.

Por su parte, el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (en adelante, el Reglamento), aprobado por la Resolución SBS N°6523-2013, incluye el producto de tarjeta de débito y también define lo que el “comportamiento habitual de consumo”. Ello con la finalidad de reforzar las medidas de seguridad en las transacciones efectuadas con dichos productos.

En ese mismo sentido, el artículo 17° del Reglamento establece como una obligación de las entidades financieras, el contar con un sistema de monitoreo que sirva para detectar operaciones que no correspondan al comportamiento habitual de consumo de un usuario.

Así pues, resulta importante que se haya considerado a la tarjeta de crédito y débito en el alcance de la norma, pues con ambos -los usuarios- realizan sus transacciones y no incluir a alguno, implicaría desprotección en las operaciones efectuadas con dicho producto.

Por su parte, el comportamiento habitual de consumo, es un concepto novedoso que se incorporó, con buenas intenciones, pero no ha estado exento de cuestionamientos.

Reglamento para la Gestión de Seguridad de la Información y Ciberseguridad

El 01 de julio de 2022 entró en vigencia el Reglamento para la Gestión de Seguridad de la Información y Ciberseguridad, aprobado por la Resolución SBS N°504-2021, la cual tiene como objetivo establecer medidas de seguridad adicionales en las transacciones que realicen los usuarios. Al respecto la SBS indicó que *“el Reglamento señala requisitos aplicables a la autenticación en canales digitales; en particular, prevé establecer obligaciones mínimas para una autenticación reforzada en operaciones que podrían generar perjuicio para los usuarios”*.

En relación a las medidas de seguridad adicionales, es artículo 19 del Reglamento señala:

“Artículo 19. Autenticación reforzada para operaciones por canal digital

Se requiere de autenticación reforzada para aquellas acciones que puedan originar operaciones fraudulentas u otro abuso del servicio en perjuicio del cliente, como las operaciones a través de un canal digital que impliquen pagos o transferencia de fondos a terceros, registro de un beneficiario de confianza, modificación en los productos de seguro ahorro/inversión contratados, la contratación de un producto o servicio, modificación de límites y condiciones, para lo cual se requiere:

a) Utilizar una combinación de factores de autenticación, según el literal j) del artículo 2 del presente Reglamento que, por lo menos, correspondan a dos categorías distintas y que sean independientes uno del otro.

b) Generar un código de autenticación mediante métodos criptográficos, a partir de los datos específicos de cada operación, el cual debe utilizarse por única vez.

(...)”

Como se evidencia, esta constituye una garantía que sirve para brindar mayor seguridad en las transacciones realizadas a través de canales digitales, que pueden incluir el aplicativo móvil o la banca por internet. Así, el citado artículo establece que, para las operaciones allí descritas, se deben contar con dos factores de autenticación, y generándose un código de autenticación, el cual debe utilizarse por única vez —claves dinámicas— a fin de autorizar dichas transacciones.

Cabe indicar que existe una excepción a lo descrito en el párrafo anterior, pues el artículo 20 de la Resolución SBS N° 504-2021, señala que no se requerirá de clave dinámicas para las operaciones hacia un beneficiario registrado previamente por el usuario como beneficiario de confianza o usual de dichas operaciones.

Naturalmente dicha excepción resulta importante para agilizar aún más las transacciones bancarias realizadas a través de un canal digital, pues le brinda la posibilidad al usuario de decidir si establecer alguna operación con un beneficiario de confianza y en la cual se suprimirá un mecanismo de seguridad, como la clave dinámica, pues se tratará de una operación que el cliente, previamente ha registrado como operación de confianza. Constituyendo así, a mi consideración, un acierto del legislador.

Esta reciente normativa constituye un complemento a lo señalado en el artículo 17 del Reglamento de Tarjetas antes comentado.

El sistema de monitoreo en la normativa chilena.

Es importante repasar la normativa comparada para identificar como se encuentra regulado el patrón de consumo en otros países como Chile, con la Ley N°21.234, Ley que limita la responsabilidad de los titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravió, hurto, robo o fraude, la cual señala lo siguiente:

“Artículo 6.- Los emisores, operadores, comercios y otros establecimientos afiliados a un sistema de tarjetas de pago, así como las demás entidades que intervengan o presten servicios asociados a pagos y transacciones electrónicas, u otros sistemas de características similares, deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para prevenir la comisión de los ilícitos descritos en esta ley conforme a la legislación y normativa que les resulte aplicable, y resguardando la prestación segura del respectivo servicio en los términos señalados por el artículo 23 de la ley N° 19.496.

En el caso de los emisores u operadores, según corresponda, dichas medidas de seguridad deberán considerar, al menos, lo siguiente:

a) Contar con sistemas de monitoreo que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual del usuario.

b) Implementar procedimientos internos para gestionar las alertas generadas por dichos sistemas de monitoreo.

c) Identificar patrones de potenciales fraudes, conforme a las prácticas de la industria y recomendaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.

d) Establecer límites y controles en los diversos canales de atención que permitan mitigar las pérdidas por fraude. Los referidos límites y controles deberán basarse en consideraciones de riesgo objetivas, generales y no discriminatorias, en relación con la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que permita efectuar. (el subrayado es nuestro)

(...)”

Como se puede evidenciar, la normativa chilena es bastante similar a lo establecido en el artículo 17 del Reglamento; no obstante, es pertinente resaltar lo señalado en el inciso d) del citado artículo, toda vez que este hace referencia a que se tendrá en consideración la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que se efectúen.

En ese contexto, se evidencia que, en el caso chileno, al momento de analizar el comportamiento habitual de consumo y determinar si una operación no reconocida es parte del patrón de un consumidor, se tendrá en consideración, por ejemplo, la clase o tipo de operaciones, que pueden ser retiros de dinero, consumos en comercios físicos, consumos en comercios virtuales, transferencias, pagos de servicios, entre otros, y que pueden ser realizados también a través de los canales digitales.

Por lo que, en la casuística chilena, se delimita de cierta manera el análisis al tipo de operaciones que haya realizado un consumidor y de esa forma, poder comparar las operaciones no reconocidas con el histórico de operaciones previas que pueda tener de la misma clase. Lo cual brinda mayor seguridad al consumidor, pues no se comparará operaciones de retiro de dinero con consumos efectuados en un comercio físico o en un comercio electrónico, ya que no se tratan del mismo tipo o clase de operaciones.

En ese sentido, se puede apreciar que si bien la normativa peruana y chilena referida a las medidas de seguridad aplicables a las operaciones realizadas con cargo a una tarjeta de crédito o a una cuenta de ahorros, la última establece un criterio que se puede denominar objetivo, pues no analiza cualquier operación en el historial de consumo de un consumidor, sino que circunscribe en análisis al tipo de operación que se cuestiona.

Comportamiento habitual de consumo

La definición del comportamiento habitual de consumo, la podemos encontrar en el artículo 2, numeral 5 del Reglamento, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Definiciones

5. Comportamiento habitual de consumo del usuario: se refiere al tipo de operaciones que usualmente realiza cada usuario con sus tarjetas, considerando diversos factores, como por ejemplo el país de consumo, tipos de comercio, frecuencia, canal utilizado, entre otros, los cuales pueden ser determinados a partir de la información histórica de las operaciones de cada usuario que registra la empresa.”

Se desprende de la definición establecida por la norma, que el patrón de consumo hace referencia a las distintas operaciones que un consumidor realiza con sus productos financieros como tarjetas de crédito o débito. Lo cual forma un historial de sus operaciones desde que se contrata el producto financiero. Siendo este historial el que se utilizará para contrastarlo con operaciones que un usuario pueda cuestionar y poder determinar si realizaba operaciones similares, como se analizará posteriormente.

Asimismo, de la lectura del citado artículo, se interpreta que la norma no señala algún criterio inequívoco para analizar el comportamiento habitual de consumo, sino que se puede observar un criterio subjetivo. Toda vez que, por ejemplo, no se limita el periodo por el cual se debe analizar el patrón de consumo de un usuario, tampoco si debe realizarse por cada producto de manera independiente o por la totalidad de las cuentas que se mantenga en la entidad financiera, o si se debe efectuar el análisis por el tipo de operación. Bajo esa perspectiva, se podría decir que, se otorga cierta discrecionalidad al momento de determinar a qué nos referimos con “comportamiento habitual de consumo”. Siendo que, este puede ser interpretado de distintas maneras, según la perspectiva de un banco, consumidor o autoridad administrativa.

Al respecto, un consumidor podría considerar como “habitual” las operaciones que realizó en los dos o tres meses previos a la fecha que se realiza una operación no reconocida. Por otro lado, para el Banco le resultará más favorable revisar todas las operaciones que ha realizado el usuario, desde que abrió su cuenta, encontrar alguna que tenga características similares a las cuestionadas

y poder justificar que las mismas estarían dentro del patrón de consumo del cliente. Por su parte, respecto a la interpretación de la autoridad administrativa, revisaremos algunos pronunciamientos que evidenciarán el carácter subjetivo del análisis.

Si bien, *a priori*, puede parecer que tener un criterio subjetivo deja cierta discrecionalidad en la interpretación del comportamiento habitual, no sería prudente adelantar una opinión, sin antes revisar los argumentos a favor y en contra de la forma en que se ha redactado la norma y cual podría ser la justificación en no establecer un criterio más restrictivo.

A modo de ejemplo, si un consumidor alega no reconocer 10 operaciones de retiro por cajero de S/ 300.00 cada una, realizadas el 10 de julio de 2022, con cargo a su cuenta de ahorros, argumentando que estas no son usuales en su patrón de consumo; y, por su parte, el banco alega que, las operaciones reclamadas se encuentran dentro del comportamiento habitual del cliente, puesto que en agosto del 2020 registra hasta 15 operaciones en un comercio electrónico de S/ 400.00 cada una.

¿Debería considerarse como “usual” las operaciones que el cliente realizó en el año 2020, cuando las operaciones cuestionadas son del 2022?

La interrogante no tiene una respuesta sencilla, pues la figura es “comportamiento habitual de consumo”, y la habitualidad hace referencia a una acción que se realiza con regularidad. Si lo trasladamos al caso en concreto, el cliente debería registrar la misma frecuencia de operaciones y por importes similares en los meses previos a la fecha en que se realizaron las operaciones fraudulentas. Sin embargo, debido a que la norma no establece un límite al periodo de análisis, al haberse generado este antecedente operacional, se podría considerar que las operaciones cuestionadas se encuentran dentro del patrón de consumo del cliente. Pero en estos supuestos podríamos referirnos a antecedentes y no necesariamente a habitualidad de las operaciones.

Patrón de Consumo “0”

El denominado patrón de consumo “0”, no ha sido definido por la normativa vigente, pero este supuesto se puede ver reflejado en dos escenarios:

- i. Cuando la tarjeta de crédito o cuenta de ahorros ha sido recién contratada y las operaciones no reconocidas se realizan en el periodo inmediato siguiente a ello; por lo que no se registran operaciones previas en dichos productos o;
- ii. Cuando alguno de los productos antes mencionados, han sido contratados en años anteriores a las operaciones no reconocidas pero el usuario no ha realizado operaciones con las mismas.

En ambos supuestos, no se podría verificar que se haya configurado un comportamiento de consumo del usuario, toda vez que -por algún motivo- no existirán operaciones para poder contrastarlas con las no reconocidas y determinar si estas eran parte de la habitualidad del cliente.

A modo de ejemplo, si un cliente cuestiona el hecho de que se hayan realizado 3 operaciones de consumo de S/ 2,000.00, S/ 1,500.00 y S/ 4,000.00, el 02 de febrero de 2022, con cargo a su tarjeta de crédito que contrató en enero de 2022, ¿Cómo se evaluará el patrón de consumo del reclamante, si no registra transacciones previas a las cuestionadas?

Al respecto la Sala, ha señalado lo siguiente:

“... si bien en el presente caso no resultaba factible el monitoreo de las transacciones desconocidas de acuerdo con el patrón de consumo de la tarjeta habiente, lo cierto es que -conforme se señaló en los párrafos anteriores-

existen otros elementos que podían ser evaluados por la entidad financiera para determinar si una operación podía ser calificada como fraudulenta o no”.

Como se puede apreciar, la autoridad hace referencia a otros elementos a ser considerados cuando el tarjetahabiente no haya generado un historial de consumo con el producto afectado, ya sea porque simplemente no realizaba suficientes operaciones o porque el producto es prácticamente nuevo.

Estos otros elementos a los que hace referencia el Indecopi, tampoco han sido definidos por la norma, pues como se señaló, esta deja abierta la posibilidad de analizarlo en base a distintos factores. Uno de estos elementos y al que hace referencia la autoridad, en la citada Resolución, es la línea de crédito. Considerando que si la operación superaba el 50% de la línea de crédito debía generar alerta, pese a que era la primera operación realizada.

Además, si no es posible analizar el monitoreo de operaciones desconocidas en base a la cuenta en la que se cargaron las operaciones no reconocidas, podrían considerarse otros elementos como el historial de operaciones de otras tarjetas o cuentas distintas a las afectadas que el usuario mantenga en la entidad financiera, toda vez que la norma no lo restringe.

Función del comportamiento habitual de consumo en el marco de las operaciones no reconocidas y la responsabilidad de la entidad financiera.

La función principal del comportamiento habitual de consumo o del patrón de consumo, es que sirva como una guía para comparar las transacciones que un usuario haya podido efectuar con cargo a su cuenta de ahorros o con su tarjeta de crédito con aquellas operaciones que pueda cuestionar no haber autorizado.

Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente sobre el patrón de consumo:

“... la normativa sectorial exige que el patrón de consumo que las entidades del sistema financiero construyan respecto a cada uno de sus clientes, e integrarlo a su sistema de monitoreo, debe responder a una serie de factores que la

entidad bancaria o financiera determine a partir del análisis sistemático de la información histórica del usuario". Resolución 2041-2021/SPC-INDECOPI

Precisamente esta es una medida de seguridad que se debe incorporar a través del sistema de monitoreo de las entidades financieras. La cual considero que cumple una doble función:

1. Por un lado, sirve para que la entidad financiera se pueda eximir de responsabilidad en caso un usuario alegue operaciones que no autorizó, pues si su sistema de monitoreo funciona correctamente y alerta oportunamente, no se le podrá atribuir responsabilidad.
2. Por otro lado, sirve como un mecanismo de seguridad para el dinero que un usuario tenga en la entidad financiera, toda vez que, podrá tener cierta seguridad, de que -aun cuando- se materialicen operaciones que no reconozca, no se permitirá que se realicen más de las que usualmente efectúa. Siendo que, los clientes depositan su dinero o contratan con las entidades, confiando en que estas resguardarán sus ahorros o sus productos, adecuadamente.

En ese sentido, este es un mecanismo de seguridad adicional para ambas partes -usuario y entidad financiera- y que considero sirve para fortalecer la confianza en el sistema financiero en general.

Pero la principal función del correcto funcionamiento del sistema de monitoreo, es que pueda detectar operaciones que no respondan a las realizadas habitualmente por un usuario, siendo que la detección de la misma, servirá para que se genere una alerta y la entidad financiera pueda bloquear preventivamente la tarjeta para evitar que se realicen más operaciones posiblemente fraudulentas y en consecuencia evitar un perjuicio en el usuario.

A modo de ejemplo, un usuario puede reclamar ante un banco no reconocer 10 operaciones de retiro por cajero de S/ 300.00 cada una, realizadas el 10 de julio

de 2022, con cargo a su cuenta de ahorros. Alegando que estas no son parte de su patrón de consumo, toda vez que, no realiza más de 2 operaciones un mismo día, solicitando la devolución de todas las operaciones no reconocidas.

Por su parte, el banco para eximirse de responsabilidad deberá acreditar que cada una de las operaciones cuestionadas se realizaron en cumplimiento de las medidas de seguridad correspondientes. En el presente caso, al tratarse de operaciones de retiro de efectivo, el Reglamento establece que para este tipo de operaciones se requiere no solo el uso físico de la tarjeta asociada a la cuenta de ahorros, sino que también el ingreso de la clave secreta en cada oportunidad. Siendo que, el medio probatorio idóneo para validar ello, es la wincha auditora de las operaciones cuestionadas, las cuales registran toda la actividad que se efectúa en un cajero. Desde que se ingresa la tarjeta hasta que se finaliza la operación.

Adicionalmente, el Reglamento establece que las entidades financieras deben contar con un sistema de monitoreo que les permita identificar patrones de fraude, precisamente, teniendo en consideración lo revisado en el artículo 2, numeral 5 del Reglamento.

En ese sentido, el banco podría considerar que las operaciones cuestionadas sí se encuentran dentro del comportamiento habitual de consumo porque el usuario ha realizado en el año 2020 una operación de S/ 3,000.00 en una compra por internet y en el 2019 realizó hasta 10 operaciones un mismo día. Por lo que, podría argumentar que, el usuario registra un antecedente de varias operaciones un mismo día en el 2019 y ha realizado una operación de hasta S/ 3,000.00 en un solo día.

Se podría señalar que no sería razonable considerar operaciones que se realizaron dos o tres años previos a las operaciones no reconocidas, como un comportamiento habitual de consumo; no obstante, como revisamos, la norma no señala un criterio inequívoco sobre cómo se debe analizar el patrón de consumo.

A manera de símil, el criterio que ha establecido la Sala para determinar la clonación de una tarjeta, es el siguiente:

“Al respecto, este Colegiado considero que- tal como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos- para determinar la clonación del plástico de una tarjeta debe verificarse la simultaneidad de operaciones cargadas a dicho producto al mismo tiempo; es decir, que se produzcan operaciones en el mismo momento (tiempo) y en diferentes lugares (espacio) que den cuenta de la realización de operaciones con una tarjeta clonada”. Resolución 2272-2018/SPC-INDECOPI

Aplicando este criterio, la autoridad determina si existió o no la clonación de una tarjeta; sin embargo, en el caso de operaciones no reconocidas, no se puede decir lo mismo, pues no existe una única manera en interpretar el patrón de consumo de un usuario. Ello podría tener su justificación en el hecho de que restringir el criterio interpretativo, se puede tener un ámbito de protección más amplio.

Por lo que, se buscará determinar si el mantener un criterio subjetivo en el análisis del patrón de consumo resulta adecuado o tal vez, incorporar algunos elementos más objetivos generaría una mejor predictibilidad y seguridad jurídica en las transacciones.

CAPÍTULO III: PROPUESTA DE SOLUCIÓN FRENTE A LA FALTA DE PREDICTIBILIDAD EN EL ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO HABITUAL DE CONSUMO

El precedente de observancia obligatoria como una alternativa para generar predictibilidad en las decisiones de la Administración

Ante la poca seguridad jurídica y la discrecionalidad que brinda la vigente regulación sectorial, respecto al análisis del patrón del consumo de un

consumidor, considero que es necesario establecer un periodo máximo de 6 meses respecto del cual se deban contrastar las operaciones que un consumidor señala como no reconocidas.

La justificación la podemos encontrar en el hecho de que si no se reconocen operaciones realizadas -supongamos- el 05 de noviembre de 2022; comparar éstas con las operaciones que el cliente haya podido realizar con sus productos financieros, entiéndase tarjeta de crédito o débito, hace un año o más de un año, genera que el consumidor haya podido realizar dos operaciones de S/ 10,000.00. en junio de 2021, pero eso se efectuó hace aproximadamente un año y medio, ¿puede considerarse como parte su comportamiento habitual? La respuesta es negativa, ya que el tiempo es muy prolongado para que se pueda considerar como parte de su patrón de consumo, pues no es razonable en torno a la “habitualidad” y tampoco brinda seguridad jurídica ni predictibilidad en el procedimiento.

Ello debido a que, atendiendo al principio de predictibilidad, es importante que el consumidor y la entidad financiera puedan tener conocimiento sobre cuál será el criterio que se utilizará para resolver una denuncia interpuesta ante la autoridad administrativa.

Sobre la predictibilidad, Espinosa Saldaña, señala lo siguiente:

“En un contexto en donde cada vez son más las entidades administrativas o jurisdiccionales que debe resolver conflictos de intereses o situaciones de incertidumbre jurídica, se hace necesario contar con un mínimo de predictibilidad que permita a todos los ciudadanos(as) saber a qué atenerse ante ciertas situaciones no comprendidas expresamente en la normativa vigente, o en aquellas en las cuales dicha normativa permite más de una comprensión, lo que puede generar diferente y hasta inconvenientes consecuencias”. (2014, p.26)

Ello, a su vez, puede generar una externalidad positiva, la cual sería que se reduzcan costos de transacción en el procedimiento. Pues naturalmente, si la entidad financiera conoce de antemano que la autoridad solo analizará el periodo inmediato anterior de 6 meses previos a la realización de las operaciones no

reconocidas para compararlas con las fraudulentas, en la audiencia de conciliación podrá ofrecer la devolución parcial o total, según corresponda, de las operaciones reclamadas que estas se encuentren fuera del patrón de consumo del usuario denunciante. Toda vez que, si no lo hace, la autoridad determinará la responsabilidad administrativa de la entidad financiera, con la consecuente medida correctiva y la multa correspondiente. Lo cual, finalmente, terminaría siendo más perjudicial.

Y siendo que, con la entrada en vigencia de la Ley N°31467 que incorpora artículo 147-A, al Código de Protección al Consumidor, se ha convertido a la audiencia de conciliación, prácticamente obligatoria, pues si proveedor no asiste a la misma, el Indecopi le podrá imponer una multa equivalente al 30% de 1 UIT, salvo que justifique su inasistencia. Generando a su vez, que la etapa conciliatoria cobre mayor relevancia si se considera realiza un análisis restringido del patrón del consumo.

Así pues, de resolverse la controversia en una instancia preliminar, se ahorrarán costos dinerarios de ambas partes, así como el tiempo en que incurrirían las partes mientras esperar la resolución de la Comisión y luego de la Sala, si se apela la resolución de primera instancia. Por su parte, la Administración también ahorraría costos como los recursos y el tiempo humano que invierten en resolver pudiendo utilizar dichos recursos para otras actividades prioritarias. Al mismo tiempo, se aliviaría la carga de denuncias en trámite que tiene el Indecopi.

Como se evidencia, dicha predictibilidad en el análisis, también brinda otro aspecto positivo en tornos a los costos que deben asumir las partes dentro de un procedimiento administrativo.

Adicionalmente, en una entrevista realizada el 31 de octubre de 2022 a Eva Céspedes Correa, Defensora del Cliente Financiero, Gerente de Relaciones con el Consumidor de Asbanc y Miembro de la Comisión N°2 de Protección al Consumidor del Indecopi, señaló lo siguiente sobre la propuesta realizada:

“Yo creo que debe ser no menos de 6 meses para poder ver un historial de consumo porque hay mucho dinamismo en las operaciones, en donde las personas cambian su patrón de consumo. Si evalúas el patrón de una persona con mayor tiempo, lo estas perjudicando porque lo que vale son sus últimos meses porque es brinda más predictibilidad al usuario, pues este no sabe a qué atenerse frente a las operaciones inusuales, si las van a comparar con operaciones de hace 2 años, 1 año o 6 meses; siendo que, por un tema de predictibilidad debería analizarse el patrón de conducta en los 6 meses previos a las operaciones no reconocidas”

Adicionalmente, Céspedes Correa señaló que:

“También debería considerarse que el análisis se realice por el tipo de operación, pues este es un elemento del comportamiento de consumo de un cliente, quien utiliza su cuenta de ahorros solo para pagar su tarjeta de crédito y al día siguiente realiza 3 transferencias interbancarias de S/ 5,000. cada una, estas no eran operaciones que normalmente realizaba, por lo que, debería ser tomado en cuenta”

Al respecto, respetuosamente discrepo con dicha postura, toda vez que, si bien puede considerarse un elemento a tomar en consideración, el hecho de que un consumidor nunca haya realizado un determinado tipo de operación; no implica necesariamente que la primera vez que lo realice sea un comportamiento anómalo, pues el cliente tiene a su disposición los diferentes servicios adicionales que le brindan los productos financieros y los puede utilizar de acuerdo a su mejor interés. En estos supuestos, tendrá que considerarse otros elementos como la línea de crédito, la frecuencia de operaciones, así como los importes máximos de operaciones realizadas, pues estos constituyen un elemento más relevante en el marco del análisis del patrón de consumo.

Por su parte, en el área de resolución de reclamos de Asbanc (Defensoría del Cliente Financiero), es reiterativo el argumento de los consumidores sobre la razón por la cual la entidad financiera permitió que se procese la operación no reconocida, pese a que solicitó oportunamente que no dejarán que se procese la misma. Al respecto, cabe señalar que, atender dicho pedido de un cliente, implicaría que se acceda a la solicitud de todos los clientes que solicitan que no se procese una operación presuntamente fraudulenta.

En ese contexto, atender a dicha solicitud, implicaría poner en riesgo la seguridad de las transacciones, pues daría lugar a mayor número de autofraudes. Veamos: si un consumidor realiza una compra de S/ 1,000.00. y el proveedor le entrega el producto, pero la operación aún se encuentra “en proceso”, el consumidor podría solicitar a su entidad financiera que no procese dicha operación, pese a que si la haya realizado el propio reclamante.

Considero que dicha opción no puede ser tomada en consideración, pues no solo afectaría la seguridad jurídica en las transacciones, sino que además generaría que se impida el procesamiento de una operación realizada válidamente, cuando esta debería ser materia de análisis por la autoridad competente.

El hecho de que un consumidor alegue haber sido víctima de un robo de su tarjeta y que, como consecuencia de ello, se hayan realizado las operaciones no reconocidas, lamentablemente no se encuentra circunscrita dentro de la responsabilidad administrativa de una entidad financiera, pues lo que se deberá evaluar para determinar ello, es si dichas operaciones se realizaron en cumplimiento de las medidas de seguridad de acuerdo a la normativa vigente.

Ahora, resulta importante definir en qué instrumento legal se podría establecer el hecho de que el análisis del patrón de consumo se deba ceñir solo a los 6 meses previos a las operaciones fraudulentas. Siendo que, modificar el artículo N°2, numeral 5 del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, podría no resultar el medio más adecuado, pues si se implementa dicho criterio y este no resultase ser el más idóneo en la práctica, naturalmente, se buscará su modificación, lo cual implica realizar un proceso más engorroso en la práctica legislativa.

Frente a ello, se tiene al precedente de observancia obligatoria, siendo que estos establecen criterios de interpretación de la normativa no para resolver un caso en concreto, sino que dicho criterio resolutivo deberá ser aplicado por la autoridad en futuros pronunciamientos. En el caso de operaciones no reconocidas, se debería establecer como un criterio interpretativo obligatorio del

patrón de consumo de un usuario, que deba analizarse únicamente el periodo inmediato de 6 meses para comparar el comportamiento del consumidor con las operaciones no reconocidas y así determinar si estas se encontraban dentro de su comportamiento habitual.

Respecto al precedente de observancia obligatoria, Espinosa- Saldaña, ha señalado lo siguiente:

“Cuando en líneas generales se habla de precedente se hace referencia a aquellos parámetros, reglas o principios establecidos por un organismo u órgano competente para resolver controversias puestas en su conocimiento; parámetros que no solamente van a ser utilizados para resolver una controversia en particular, sino que buscarán constituirse en líneas de acción de obligatorio cumplimiento para aquellas situaciones sustancialmente iguales que pudiesen presentarse en el futuro”. (2014, p.25)

Cabe señalar que un precedente de observancia obligatoria, tendrá un efecto horizontal y vertical dentro del organigrama de la autoridad que lo emitió. Pues, de lo contrario se podrían presentar escenarios de resoluciones contradictorias, si es que no se aplican los mismos criterios. Pero, ello no significa que dicho precedente no pueda ser modificado o que no se pueda apartar del mismo.

En el segundo supuesto, será necesario que la autoridad justifique debidamente las razones por las cuales no aplicaría el precedente; y, en el primer supuesto, también se deberá justificar la razón por la cual ya no se debe aplicar el precedente, pues deberá existir un elemento de suficiencia justificativa que permita el denominado *overruling*.

Cabe señalar que el efecto del denominado *overruling*¹³ de un precedente puede tener un efecto inmediato o en un momento determinado posterior; a diferencia de una modificación legislativa que requiere ser debatida en el pleno del Congreso y de ser aprobada por mayoría, se publicará en El Peruano para su

¹³ Dejar sin efecto un precedente de observancia obligatoria para instaurar uno nuevo en base a una justificación adecuada.

entrada en vigencia, pero dicho proceso puede ser mucho más largo que el efecto inmediato del *overruling*.

En base a ello, considero que la forma de incorporar este criterio interpretativo del análisis del patrón de consumo en un periodo máximo de 6 meses previos al de los hechos sucedidos, es a través de un precedente de observancia obligatoria, al ser el medio más idóneo; pues su característica es correlativo con el dinamismo de las operaciones financieras y el comportamiento habitual de un consumidor, que va cambiando conforme transcurre el tiempo y el precedente le permite a la autoridad adaptarse a dichos cambios con mayor facilidad.

Ya se había adelantado la necesidad de brindar predictibilidad a los consumidores y proveedores; lo cual, se puede lograr a través de un precedente de observancia obligatoria para brindar mayor seguridad y respecto del cual es importante resaltar los efectos positivos que genera la aplicación de un precedente administrativo, los cuales según Cairampoma, son 3:

“- Es una herramienta que permite garantizar seguridad jurídica, en tanto se trata del reconocimiento de un criterio pasible de ser utilizado para las actuaciones posteriores de la Administración Pública.

- La eficiencia y economía procedimental que supone la aplicación de precedentes administrativos permite, por un lado, aplicar criterios generales a diversas causas y, por otro lado, desincentiva la presentación de pedidos desproporcionados.

- Evita la arbitrariedad en la actuación de la Administración Pública en el marco de su potestad discrecional, aplicando la ley de la misma manera para los administrados, respetándose así el principio de igualdad”. (2014, p. 491)

Como se había mencionado, el establecer un criterio de interpretación más restringido para el patrón de consumo, permite que los consumidores y entidades financiera -en este caso- tengan cierta noción sobre cómo podría resolver la autoridad administrativa, pues tienen conocimiento que existe un precedente de observancia obligatoria al cual debe ceñirse, el cual puede generar eficiencia y economía en el proceso, como también se indicó anteriormente; y también evitar diferentes interpretaciones en torno al patrón de consumo de un consumidor.

Adicionalmente, en virtud del principio pro consumidor también se podría justificar el establecimiento de un precedente de observancia obligatoria que brinde mayor protección en la interpretación sobre un aspecto tan relevante como el patrón de consumo. Pues al mantenerse la discrecionalidad vigente de la normativa, no permite que el administrado conozca la línea decisora de la autoridad, como señala Cairampoma:

“El generar en el administrado inicialmente el conocimiento adecuado de las reglas que rigen el procedimiento, para luego constituir la certeza de causalidad entre requisitos cumplidos y pasos asumidos en el procedimiento con el resultado y finalidad del procedimiento, supone también que el administrado conozca claramente la línea decisora de la administración respecto de ciertos casos o supuestos de gran relevancia que han merecido la asunción de una posición específica y que podrían afectarle”. (2014, p. 499-500.)

CONCLUSIONES

1. El hecho de que la normativa sectorial referida al patrón de consumo, no brinde seguridad jurídica es un problema que debe ser solucionado, estableciendo un plazo determinado para el análisis del mismo, el cual debe considerar únicamente las operaciones que el cliente haya realizado en los 6 meses previos a la realización de las operaciones que no reconozca. Y si bien la “habitualidad” puede ser un concepto subjetivo, no es razonable entender que operaciones realizadas un año o más previo a las no reconocidas, estarían dentro de este supuesto.
2. Incorporar un precedente de observancia obligatoria en torno al análisis restringido de 6 meses en atención al patrón de consumo, es la alternativa de solución más idónea, pues no solo sería un criterio de obligatorio cumplimiento, sino que también se puede ir adaptando conforme a la autoridad lo estime pertinente, pues se trata de un recurso jurídico flexible.
3. Aplicar un criterio de análisis más restringido del patrón de consumo, permite que se reduzcan los costos de transacción en el propio procedimiento, pues al haber un término anticipado del procedimiento mediante una conciliación o una

línea decisoria establecida, se generan eficiencias para las partes y para la propia Administración.

4. Si las medidas de seguridad que emplean las entidades financieras como el sistema de monitoreo, no son suficientes, debe existir una respuesta por parte de la autoridad para brindar mayor protección al consumidor. Y, al mismo tiempo, ello ayude a que no se pierda la confianza en las tarjetas, pues como revisamos son instrumentos de gran utilidad. Siendo la confianza un elemento fundamental en el sector financiero.



BIBLIOGRAFÍA

Avendaño, E., Lázaro, D. P., & Queizán, B. (2016) Medios de pago, seguridad e identidad digital

Boletín Semanal SBS (2021) Seguridad de la Información y ciberseguridad: nuevo reglamento para promover un entorno seguro y confiable en beneficio de los usuarios de los sistemas supervisados. Ver: <https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/1147?title=Seguridad%20de%20la%20informaci%C3%B3n%20y%20ciberseguridad:%20nuevo%20reglamento%20para%20promover%20un%20entorno%20seguro%20y%20confiable%20en%20beneficio%20de%20los%20usuarios%20de%20los%20sistemas%20supervisados>

Bullard, A. (2006). Derecho y Economía. *Análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores.

Cairampoma, A. (2014) La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Derecho PUCP* N°73, pp. 483-504.

Carbonel, J. (1994). La protección del consumidor titular de tarjetas de pago en la comunidad europea. *Editorial Beramar*. Madrid.

Espinosa-Saldaña, E. (2014) Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la Administración y el Indecopi en el Perú.

Guete-Alonso y Calera, M. (1997). Las Tarjetas de Crédito. Relaciones contractuales y conflictividad. *Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.* Madrid.

IPSOS. Bancarización 2021. ¿Sabías que la cuenta de ahorros es el principal producto financiero de los bancarizados? Ver en: <https://www.ipsos.com/es-pe/bancarizacion-2021>.

Lizarzaburu, E. y del Brío, J. Evolución del sistema financiero peruano y su reputación bajo el índice Merco. Periodo: 2010-2014. Elsevier.

Lozano, A. (2008). El perfil financiero: una estrategia para detectar el lavado de activos. *Revista Criminalidad*, 43-55.

Rahnema, A. (2006) El sector de las tarjetas de pago en España. IESE Bussness School-Universidad de Navarra.

Supo, D y Bazán, V. (2020) El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor. Forserti. *Revista de Derecho*. Volumen 8. N°12, Lima, 2020, pp. 69-94.