

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR POR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA**

INFORME JURÍDICO SOBRE RESOLUCIÓN N° 2272-2018/SPC-INDECOPI

Autor : Julia Katty Silvestre Bermúdez

Código de alumno : 20041230

Asesor : Moisés Rejanovinschi Talledo

RESUMEN

Este informe tiene como objetivo identificar y criticar las presuntas infracciones por parte de las entidades bancarias en torno a denuncias por operaciones no reconocidas. Esto a raíz del cambio de criterio desarrollado a partir de la Resolución N° 2063-2018/SPC-INDECOPI donde La Sala realiza un cambio de criterio respecto a la tipificación de las conductas en torno a operaciones inusuales. Este trabajo encuentra su justificación en el impacto que genera la falta de adopción de medidas de seguridad por parte de las entidades bancarias en perjuicio de los consumidores de productos de tarjetas de crédito y debido del sector financiero, el cual es un producto común hoy en día en nuestra sociedad para facilitar las transacciones comerciales y cumplimiento de obligaciones, como por ejemplo cobrar las remuneraciones producto de nuestro trabajo. Así, este informe enfoca los problemas jurídicos relacionados a imputación de cargos de operaciones no reconocidas y desarrollo de los mismos, análisis de cada una de las medidas de seguridad a la que están obligadas las entidades del sistema financiero y acreditación de presunta clonación de tarjetas de crédito o débito. Finalmente, el informe principalmente concluye las siguientes posiciones: (i) la infracción al deber de idoneidad por falta de adopción de medidas de seguridad debe abarcar el análisis conjunto del deber de alertar y monitoreo de operaciones inusuales, por un lado, y la acreditación de validez de operaciones controvertidas, por otro lado, a fin de determinar la sanción que corresponde; y (ii) el deber de alerta y monitoreo de operaciones inusuales se debe realizar en el momento de la realización de la presunta operación sospechosa, a fin de evitar que la misma se concrete en perjuicio del consumidor.

ÍNDICE ANALÍTICO

Resumen.....	1
Tabla de abreviaturas.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN.....	7
III. RELACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES.....	9
IV. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS.....	18
V. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS.....	19
A. PRIMER PROBLEMA: ¿DEBIÓ DESESTIMARSE LA DENUNCIA FORMULADA RESPECTO AL EXTREMO REFERIDO A LA PRESUNTA CLONACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO DE LA DENUNCIANTE?..	19
1. ¿Cuándo estamos frente a una clonación de tarjeta de crédito?.....	19
2. ¿Quién asume responsabilidad ante una eventual clonación de tarjeta de crédito?..	20
3. ¿Cuáles son los medios probatorios idóneos para evidenciar una clonación?.....	21
4. ¿Fueron suficientes los medios probatorios presentados por la Sra. Agostini para evidenciar que hubo clonación de su tarjeta de crédito?.....	23
B. SEGUNDO PROBLEMA: ¿CÓMO DEBEN IMPUTARSE LOS CARGOS CONTRA UNA ENTIDAD FINANCIERA EN DENUNCIAS POR OPERACIONES NO RECONOCIDAS?.....	25
1. Relevancia de la formulación de cargos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador	25
2. Nulidad del acto administrativo y sus efectos.....	26
3. Imputación de cargos en el presente caso.....	28
C. TERCER PROBLEMA: ¿ADOPTÓ EL BANCO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, A FIN DE ADVERTIR A LA SRA. AGOSTINI LA EXISTENCIA DE OPERACIONES INUSUALES EN SU TARJETA DE CRÉDITO?.....	32
1. ¿Cómo se aplica la garantía legal respecto a las medidas de seguridad?.....	32

2. ¿Cumplió El Banco en el presente caso con las medidas de seguridad establecidas normativamente?.....	36
---	----

D. CUARTO PROBLEMA: ¿CUMPLIÓ EL BANCO CON ACREDITAR Y/O VALIDAR LAS SEIS OPERACIONES NO RECONOCIDAS POR LA SRA. AGOSTINI?.....40

1. ¿Cómo se distribuye la carga probatoria en el caso de denuncias por operaciones fraudulentas?.....	40
2. ¿Cuáles son los medios probatorios idóneos para validar operaciones efectuadas en cajeros automáticos?.....	42
3. ¿Incurrió El Banco en responsabilidad administrativa al validar y/o acreditar las operaciones no reconocidas por la Sra. Agostini?.....	44

VI. CONCLUSIONES.....	46
VII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	49
VIII. ANEXO.....	52

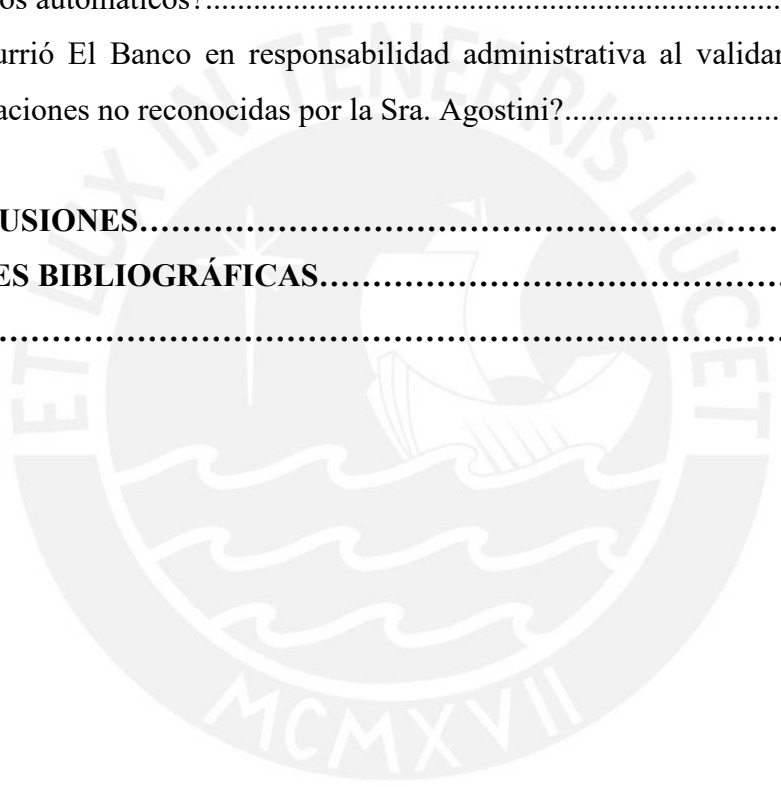


TABLA DE ABREVIATURAS

SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y AFP
Reglamento de Tarjetas	Resolución SBS N° 6523-2013, Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito
El Código	Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa de El Consumidor
El Banco	Banco Falabella Perú S.A
LPAG	Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley 27444
INDECOPI	Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual
La Sala	La Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI.
La Comisión	Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1

I. INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo de las transacciones comerciales existen operaciones que se han intensificado significativamente en los últimos años, entre ellas tenemos las realizadas mediante tarjetas de crédito. Dicho producto si bien otorga varios beneficios a los consumidores, al mismo tiempo constituye un riesgo debido a que se pueden realizar operaciones fraudulentas por parte de terceros. Es por ello que con el transcurrir de El tiempo, la SBS dentro de su función normativa ha impuesto un conjunto de normas prudenciales¹ que tienen que cumplir las entidades bancarias con la finalidad de brindar seguridad a los consumidores que contratan este tipo de productos.

Dichas disposiciones normativas constituyen una garantía legal en términos de idoneidad para las entidades bancarias, por lo que en caso que se denuncie la validación de operaciones desconocidas por el consumidor, para evaluar la actuación de El Banco, tiene que analizarse, más allá de la validación de la operación, el hecho de haya aplicado un sistema de seguridad que hubiese alertado al consumidor ante operaciones sospechosas distintas a su patrón de consumo. El incumplimiento de El Banco de estas disposiciones constituye una infracción al deber de idoneidad.

En este contexto, el presente Informe incluye el análisis de la Resolución N° 2272-2018/SPC-INDECOPI de la Sala Especializada en Protección al Consumidor de El Tribunal de El INDECOPI, la cual es emitida en el marco de El procedimiento administrativo (Expediente N° 091-2016/CC1) impulsado por la denuncia formulada por la señora Agostini Sánchez contra El Banco, al haber permitido este último la realización de seis operaciones, por el monto total de 12 800 soles, las cuales no fueron reconocidas por ella..

Dicho cuestionamiento originó que se imputara como cargos contra El Banco, entre otros, la presunta infracción al deber de idoneidad consistente en haber validado las operaciones a pesar de no haber contado con la autorización de la denunciante y de haber sido inusuales. Más allá

¹ Con normas prudenciales nos referimos a aquellas normas y técnicas para limitar o manejar los riesgos de la banca comercial, es decir, toda esa construcción o arquitectura que pretenda darle estabilidad a un sistema que se apoya en supuestos delicados. LAGOS, M 2017 *Dinero y banca: Conceptos, funciones, significados y riesgos*. Consulta: 5 de diciembre de 2020, Pg. 11. <https://ucema.edu.ar/conferencias/download/MLagosBancayriesgos-1.pdf>

que la presente resolución contiene un voto en discordia, también es importante destacar que en ella, la Sala consolida un criterio que anteriormente había adoptado respecto a la calificación de este tipo de hechos infractores. De esta forma, concluyó que la evaluación respecto a que El Banco permitió la realización de operaciones sin la autorización respectiva de El consumidor, se encontraba subsumida en el análisis de la presunta falta de adopción de medidas de seguridad.



II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La elección de la Resolución N° 2272-2018/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor de El Tribunal de El INDECOPI, como materia de análisis para la elaboración de El presente Informe Jurídico, se justifica en que en ella se analiza la problemática de la aplicación de las medidas de seguridad de las tarjetas de crédito.

La utilización de este producto financiero, al igual que la de la tarjeta de débito, se realiza como consecuencia de El avance tecnológico en las transacciones comerciales mediante la utilización de diferentes plataformas físicas o virtuales. Si bien, genera ventajas y beneficios a los consumidores de las entidades bancarias y financieras, origina también consigo desventajas; puesto que con el transcurso de El tiempo han surgido diferentes métodos orientados a obtener información sobre dichos consumidores lo que ha originado la realización de operaciones fraudulentas que afectan a estos últimos.

Dichos métodos se realizan mediante la obtención de El plástico o parte de la información contenida en la tarjeta. Dentro de El primer grupo, se puede mencionar a la “clonación” (consiste en la utilización de un pequeño dispositivo conocido como “skimmer” que permite obtener la información grabada en la banda magnética de la tarjeta con la finalidad de crear tarjetas "clonadas" o “mellizas”) o al “pescador” (trabar la tarjeta en el cajero mediante la colocación de un hilo o de una radiografía o de una falsa entrada adosada al lugar)². El segundo grupo comprende, entre otros, al “phishing” (engaño cibernético con la finalidad de conseguir información personal, como contraseñas, datos de tarjetas de crédito, números de cuentas bancarias, entre otros) y al “pharming” (manipulación de un sitio web para permitir el robo de información confidencial).³

² BANCO DE LA NACIÓN

Banco de la Nación: Principales modalidades de fraude. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://www.bn.com.pe/seguridad/modalidad-fraude.asp>

³ INTERBANK

Interbank: Qué es el fraude de tarjetas y cómo se realiza. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://interbank.pe/que-es-el-fraude-de-tarjetas-y-como-se-realiza>

Es por ello que la SBS incluyó en el Reglamento de tarjetas un conjunto de disposiciones referidas a las condiciones contractuales, remisión de información y medidas de seguridad aplicables; sin embargo, en la actualidad estas últimas vienen siendo vulneradas o son implementadas y/o aplicadas en forma deficiente. Esto se refleja en el hecho de que las denuncias de consumidores por operaciones no reconocidas han sido numerosas ante el INDECOPI.

La presente resolución se emite en el marco de un procedimiento administrativo impulsado por una denuncia contra El Banco, fundamentalmente por la validación de seis operaciones que la consumidora no reconocía. Ello origina una formulación de cargos por infracción al deber de idoneidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19° de El Código. Sin embargo, la imputación de cargos que se realiza origina que en primera instancia se analice de forma separa la validez de operaciones por parte de El Banco y la adopción de medidas de seguridad (vale decir: la implementación de un sistema de monitoreo, la alerta al consumidor y la constatación de las transacciones anteriores usuales); mientras que, la Sala considera que se debe analizar en forma conjunta.

Por lo tanto, en el análisis de la Resolución no solamente se evaluará el cumplimiento de las medidas de seguridad que la normativa de la SBS ha impuesto, sino también la pertinencia sobre cómo debe realizarse la formulación de cargos ante casos similares. Finalmente, permite analizar también la pertinencia respecto a declarar la nulidad de las resoluciones emitidas en primera instancia al concluirse que, en la evaluación de los hechos, la verificación de El cumplimiento de las medidas de seguridad incluye la validación de las operaciones no reconocidas.

III. RELACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. La presente resolución resuelve la denuncia interpuesta el 27 de enero de 2016 por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez (en adelante, la Sra. Agostini) contra el Banco Fababella Perú S.A (en adelante, El Banco) por la presunta infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor.
2. En concreto, los hechos denunciados por la Sra. Agostini fueron principalmente los siguientes:
 - El 28 de setiembre de 2015 El Banco le ofreció un préstamo por el monto de tres mil soles, pagadero en veinticuatro cuotas de ciento setenta y cinco soles cada una; sin embargo, cuando intentó efectuar el retiro de dicho importe, el cajero automático de la entidad financiera le indicó que no contaba con fondos suficientes para realizar dicha operación.
 - Posteriormente, el día 2 de octubre de 2015, intentó realizar nuevamente la misma operación; sin embargo, tampoco se concretó. Es por ello que se apersonó a una de las agencias, donde se le informó que no contaba con línea de crédito disponible para realizar dicho retiro, toda vez que se habían efectuado retiros de dinero en efectivo, con cargo a su línea de crédito, los cuales no reconocía, motivo por el cual interpuso un reclamo desconociendo tales transacciones.
 - El 23 de octubre de 2015 recibió el estado de cuenta de su tarjeta de crédito y advirtió que desde el 29 de setiembre al 3 de octubre de 2015 se habían realizado en total seis operaciones por un monto total de S/ 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos con 00/100 Soles), con cargo a la línea de crédito de su tarjeta, los cuales no reconocía. Dichas operaciones fueron las siguientes⁴:

⁴ Fuente: Comisión de la Protección al Consumidor N° 1, Resolución N° 3690-2017/CC1.

FECHA	N° DE TRANSACCIÓN	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
29/09/2015	7974	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 3,000.00
30/09/2015	900	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 3,000.00
01/10/2015	6672	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 3,000.00
02/10/2015	1442	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 2,600.00
02/10/2015	1440	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 400.00
03/10/2015	905	RET. EFECTIVO RAPICASH	S/ 800.00

- El Banco no cumplió con alertarla sobre la realización de las citadas operaciones, pese a que estas eran inusuales a su patrón de consumo.
- Fue víctima de clonación, pues su tarjeta de crédito siempre estuvo bajo su custodia.

Como consecuencia de lo señalado, solicitó en calidad de medidas correctivas que se ordenara a El Banco dejar sin efecto el cobro de las operaciones no reconocidas, más los costos e intereses generados por las mismas, el pago por el daño moral causado, así como el reembolso de las costas y costos del presente procedimiento.

3. Mediante Resolución N° 1 del 4 de marzo de 2016 y Resolución N° 6 del 15 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 admitió a trámite la denuncia formulada por la Sra. Agostini y formuló los siguientes cargos contra El Banco:

- Presunta infracción a los artículos 18° y 19° de El Código, en tanto El Banco no habría adoptado las medidas de seguridad adecuadas para evitar que desde el 29 de septiembre al 3 de octubre de 2015 se realicen, sin la autorización de la denunciante, seis disposiciones de efectivo por un monto total de S/ 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos con 00/100 Soles) con cargo a la tarjeta de crédito de titularidad de la denunciante.
 - Presunta infracción a los artículos 18° y 19° de El Código, en tanto El Banco no habría adoptado las medidas de seguridad pertinentes para evitar que se realice la clonación de la tarjeta de crédito de titularidad de la denunciante.
 - Presunta infracción a los artículos 18° y 19° de El Código, ya que no habría adoptado las medidas de seguridad para evitar que se realicen seis disposiciones de efectivo por un monto total de S/ 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos con 00/100 Soles) con cargo a la tarjeta de crédito de titularidad de la denunciante, pese a ser inusuales.
4. La defensa de El Banco se encontraba basada en los siguientes argumentos:
- Las seis (6) operaciones no reconocidas por la Sra. Agostini se realizaron con el uso de su clave secreta y mientras la tarjeta se encontraba activa. Tal es así que los tres primeros retiros de efectivo se encontraban acreditados mediante las winchas auditoras emitidas por los cajeros automáticos utilizados, mientras que los tres últimos retiros de efectivo se acreditaban con los print de pantalla de Sistema “Tran Log List” (TLF) del Banco Internacional del Perú S.A.A. (Interbank), los cuales registraron el uso de la tarjeta de crédito de la denunciante y su clave secreta, ello mediante las glosas denominadas “PIN ENTERED” y “RESP CODE: 5000 APPROVED”, respectivamente.
 - El bloqueo de la tarjeta de crédito de la señora Agostini se realizó el 23 de octubre de 2015, a las 11:20:29 horas, después que se efectuaron las operaciones cuestionadas.

- No estaba acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante, siendo que, incluso en dicho caso, la clonación de El plástico de la tarjeta no permitía obtener su clave secreta.
- Contaban con un mecanismo de monitoreo de transacciones el cual se establecía en atención al total de operaciones realizadas por el tarjetahabiente (consumos, retiros, otros), la frecuencia diaria, montos máximos, historial crediticio; por lo que, ante la detección de un consumo inusual, alertaban sobre su ocurrencia.

5. Resolución de La Comisión: Primera Instancia

La Comisión de Protección al Consumidor N° 1, mediante Resolución N° 3690-2017/CC1, resolvió lo siguiente:

- Fundada en parte la denuncia contra El Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, ya que no quedó acreditado que tres de las operaciones cuestionadas, por un importe total de S/ 3,800.00 (Tres Mil Ochocientos con 00/100 Soles) se realizaron válidamente con el uso de tarjeta de crédito de la denunciante y el ingreso de su clave secreta, sancionándolo con una UIT. Esto debido a que la El Banco no cumplió con presentar las winchas auditoras de tres operaciones cuestionadas, por lo que La Comisión considera que no existe certeza respecto al ingreso de la clave secreta de las referidas transacciones, lo cual es un factor determinante para considerar si las mismas fueron realizadas de manera válida o no.
- Infundada en parte la denuncia contra El Banco por infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, ya que cumplió con sustentar el cargo de tres operaciones, por un importe total de S/ 9,000.00 (Nueve Mil con 00/100 Soles) a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante; por lo que se pudo comprobar que estas tres operaciones se realizaron de manera válida.
- Infundada la denuncia contra El Banco por infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, ya que no quedó acreditado que omitió adoptar las medidas de seguridad necesarias a efectos de evitar que terceros realicen operaciones con la tarjeta de

crédito de la denunciante. Esto en virtud de que las operaciones cuestionadas se encontrarían dentro del comportamiento habitual de la Sra. Agostini en tanto presentan características similares a operaciones anteriores (canal utilizado había sido utilizado previamente por la denunciante, los importes se encontraban dentro de los límites permitidos para dicho canal y la primera operación dejó un registro en la cuenta que permitió que las siguientes operaciones presenten características similares a las ya registradas).

- Infundada la denuncia contra El Banco por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante.
 - Ordenar a El Banco como medida correctiva que, en un plazo no mayor de quince días hábiles cumpla con extornar de la cuenta la tarjeta de crédito de la señora Agostini el importe total de tres operaciones cuestionadas, ascendente a un total de S/ 3,800.00 (Tres Mil Ochocientos con 00/100 Soles) más los intereses, comisiones y gastos que pudieran haberse generado por las mismas hasta la fecha de cumplimiento de la medida correctiva.
 - Condenar a El Banco al pago de las costas y costos del procedimiento en favor de la denunciante.
6. Posteriormente, ambas partes apelaron la Resolución N° 3690-2017/CC1, emitida por La Comisión, bajo los siguientes argumentos:

6.1 Apelación por parte de El Banco:

- Los tres retiros por los cuales se le halló responsable, realizados los días 1 y 2 de octubre de 2015, fueron válidamente realizados con el ingreso de la tarjeta de crédito de la denunciante y su respectiva clave secreta, mientras la misma se encontraba activa, lo que quedaba acreditado con los print de pantalla de Sistema TLF mediante la glosa denominada “RESP CODE: 5000 APPROVED”.

- En la medida que no cometió infracción alguna, no correspondía ordenar el cumplimiento de medida correctiva alguna, ni condenarlo al pago de las costas y costos del procedimiento.
- La multa impuesta no se encontraba debidamente motivada.

6.2 Apelación por parte de la Señora Agostini:

- Era evidente que habían clonado su tarjeta de crédito ya que El Banco cerró el cajero automático donde ocurrió dicha acción.
- No debía considerarse como requisito indispensable la ocurrencia de operaciones de manera simultánea para acreditar la clonación, toda vez que en el caso en particular los montos retirados, la frecuencia de los mismos y las zonas geográficas donde se efectuaron (distintas a su patrón de consumo), evidenciaban que se trataban de operaciones sospechosas.
- La Comisión no actuó los medios probatorios necesarios a efectos de determinar la ocurrencia de una infracción administrativa, toda vez que no solicitó a El Banco los reportes de mantenimiento ni reparación de sus cajeros automáticos.
- El 28 de setiembre de 2015 informó los defectos advertidos en uno de sus cajeros automáticos, sin que El Banco haya adoptado las medidas de seguridad idóneas a efectos de verificar el debido funcionamiento de sus dispositivos.
- Correspondía solicitar a El Banco la entrega de los vídeos de seguridad correspondientes a los retiros cuestionados, a efectos de verificar la validez de los mismos.
- Independientemente de la información contenida en las winchas auditoras emitidas por los cajeros automáticos, en el caso en particular fue víctima de

“skimming”, por lo cual las operaciones cuestionadas fueron efectuadas con el ingreso de una tarjeta clonada y la clave secreta.

- La habitualidad de las operaciones se debía medir en función no por la realización de una sola operación, sino en virtud de la regularidad de la misma en el tiempo; es decir, que sea común para el tarjetahabiente realizar el tipo de operación cuestionada y en la misma frecuencia, debiendo analizarse también las zonas geográficas en donde se efectuaron los retiros.
- La sumatoria de todos los retiros era muy superior a su nivel usual de consumo, teniendo en cuenta, además, que se realizaron en únicamente cinco días.
- Correspondía ordenar como medida correctiva la devolución de la suma de S/ 12,800.00 (Doce Mil Ochocientos con 00/100 Soles); además de imponer una sanción más gravosa al denunciado por la infracción cometida.

7. Resolución de La Sala: Segunda Instancia

Mediante Resolución N° 2272-2018/SPC-INDECOPI del 5 de septiembre de 2018, la Sala Especializada en Protección al Consumidor resolvió:

- Declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 1, Resolución N° 6 y la Resolución apelada en los extremos que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta referida a que El Banco habría permitido que se realicen seis operaciones con cargo a la línea de la tarjeta de crédito. En este sentido La Sala omite identificar como presuntas infracciones independientes aquellas referidas a la validez y-de otro lado- a las medidas de seguridad; siendo lo correcto imputar este tipo de denuncias en atención a la presunta falta de adopción de medidas de seguridad, cuyo análisis involucrará el sistema de monitoreo empleado y – a su vez- la validez de las operaciones.
- Confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Agostini contra El Banco por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, en la medida que quedó acreditado que la entidad

financiera adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante dos (2) operaciones que cumplían con todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

- Revocar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia, y en consecuencia, declarar fundada la misma, por infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución
- Confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante, toda vez que la Sra. Agostini no ha presentado medio probatorio alguno que -si quiera de manera indiciaria- acredite los hechos invocados.
- Revocar la resolución apelada en el extremo referido a la medida correctiva ordenada; y, en consecuencia, dictar como tal que El Banco en un plazo no mayor de quince días hábiles cumpla con extornar de la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante el importe total de las operaciones cuestionadas (4 operaciones), realizadas después de efectuada la segunda operación más los cargos, intereses y comisiones generados por dichas operaciones hasta la fecha de su efectiva devolución.
- Sancionar a El Banco con una multa de dos (2) UIT, por infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, ya que no adoptó las medidas de seguridad necesarias con relación a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante.
- Confirmar la resolución apelada en el extremo que condenó a El Banco el pago de las costas y costas del procedimiento.

Dicha Resolución contó con el voto en discordia de la vocal Roxana Barrantes Cáceres, según el cual El Banco debió generar la alerta correspondiente durante la realización del segundo retiro cuestionado por S/ 3,000.00 Soles, debiendo haber evitado que se procese. En consecuencia, correspondía confirmar en parte la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de El Código, por una operación (la primera) y revocarla en parte, en el extremo que declaró infundada la denuncia; y, en consecuencia, declarar fundada la misma, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cinco (5) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.



IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas identificados en la Resolución, materia de estudio, y que a continuación se pasarán a evaluar son los siguientes:

- (i) La presunta clonación de la tarjeta de crédito denunciada por la Sra. Agostini y si ello logró acreditarse en el caso concreto.
- (ii) La imputación de cargos en operaciones no reconocidas por consumidores titulares de tarjetas de crédito y débito.
- (iii) El presunto incumplimiento de El Banco con su deber de idoneidad respecto de El monitoreo y alerta de operaciones inusuales en la tarjeta de crédito de la Sra. Agostini.
- (iv) El presunto incumplimiento de El Banco con su deber de idoneidad respecto a la validación de las seis operaciones no reconocidas por la Sra. Agostini.

V. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

A. PRIMER PROBLEMA: ¿DEBIÓ DESESTIMARSE LA DENUNCIA FORMULADA RESPECTO AL EXTREMO REFERIDO A LA PRESUNTA CLONACIÓN DE LA TARJETA DE CRÉDITO DE LA DENUNCIANTE?

El análisis de los diferentes problemas jurídicos que se han identificado debe considerar el doble mandato contenido en el artículo 65° de la actual Constitución, según el cual, el Estado debe tutelar los consumidores y garantizar la protección de sus derechos fundamentales. Una consecuencia evidente de dicha disposición constitucional es la existencia de una vía (en nuestro caso, la administrativa) mediante la cual se proteja a los consumidores respecto a la actuación de los proveedores. En este sentido, en las relaciones de consumo conformadas por los bancos y los consumidores, independientemente de la regulación normativa realizada por la SBS, existe la tutela que realiza el INDECOPI para pronunciarse respecto a las afectaciones que sufran los consumidores, por lo que, de ser el caso, impondrá la sanción y las medidas correctivas que corresponda.

1. ¿Cuándo estamos frente a una clonación de tarjeta de crédito?

La clonación de tarjetas de crédito y/o débito consiste en la duplicación fraudulenta y no autorizada de datos confidenciales que se encuentran en la banda magnética que posee la tarjeta de crédito o la tarjeta de débito. Asimismo, se utiliza un dispositivo llamado “Skimmer” que copia toda la data de las tarjetas. (Balcázar, 2017, p. 37-38).

Ahora bien, según Meza (2012):

Los consumos fraudulentos generados por clonación se configuran cuando una tercera persona trata de consumir en un establecimiento adherido con la tarjeta que es clonada físicamente. Normalmente, el trabajador de El establecimiento debería verificar directamente los datos subjetivos y objetivos (como lo es el

documento de identidad) de El usuario de la tarjeta y de ello desprender que no existe identidad entre uno y otro (p. 34).

En tal sentido, esta modalidad de fraude, conocida también como “skimming”, evidencia que el avance tecnológico que experimentamos en tiempos actuales juega a favor de El de Elinciente. Como señala Meza, este tipo de fraude se puede detener siempre que la “tarjeta clonada” intente ser utilizada en un establecimiento comercial, ya que en dicho establecimiento se deberá verificar, además, la identidad de El titular de la tarjeta; sin embargo, ello no es posible advertir en los cajeros automáticos, donde con el uso de la clave secreta se estaría autorizando la operación y a fin de concretar esta modalidad de fraude, los de Elincientes diseñan “skimmers” cada vez más imperceptibles para el consumidor, de forma tal que cada vez es más difícil detectar en qué momento nos pueden estar clonando una tarjeta. Asimismo, por lo general estos dispositivos van acompañados de unas cámaras muy pequeñas que pasan desapercibidas y que permiten obtener la clave secreta de El titular.

Actualmente, el Reglamento de Tarjetas estableció que todas las tarjetas de crédito y débito emitidas a partir de El 31 de diciembre de El 2014 deberán contar con chip. Esto debido a que los chips de las tarjetas con circuito integrado están cifrados y al menos de momento han demostrado ser seguros, por lo que acceder al contenido de El chip y duplicarlo es imposible, por ahora. Sin embargo, el problema para dejar atrás la banda magnética es que para ello todo el mundo tiene que adaptar sus cajeros, por el lado de los bancos, sus tarjetas y los dispositivos que leen tarjetas, por el lado de los comercios, para poder leer los chips; por lo que mientras el chip no sea aceptado globalmente no podremos dejar atrás la banda magnética y es por ello que hasta la fecha las tarjetas cuentan con ambos (banda magnética y chip).⁵

2. ¿Quién asume responsabilidad ante una eventual clonación de tarjeta de crédito?

Si bien la SBS no define la clonación mediante sus normas sectoriales, ante el riesgo de que el titular de una tarjeta de crédito sea vea afectado por la clonación de la misma, en cumplimiento de su deber de idoneidad, por lo que las entidades de El sistema financiero

⁵ XATAKA

XATAKA: Cómo funciona la tecnología que clona tarjetas en cajeros automáticos. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://www.xataka.com/seguridad/como-funciona-la-tecnologia-que-clona-tarjetas-en-cajeros-automaticos>

deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar que los consumidores no se vean afectados.

Así las cosas, el Reglamento establece en su artículo 23° que en caso de clonación la responsabilidad recae en la empresa de El sistema financiero. De esta forma, dispone:

Artículo 23°.- Responsabilidad por operaciones no reconocidas

Ante el rechazo de una transacción o el reclamo por parte de El usuario de que esta fue ejecutada incorrectamente, las empresas serán responsables de demostrar que las operaciones fueron autenticadas y registradas.

El usuario no es responsable de ninguna pérdida por las operaciones realizadas en los siguientes casos, salvo que la empresa demuestre su responsabilidad:

(...) 3. Cuando las tarjetas hayan sido objeto de clonación (...).

Cabe señalar que la norma antes citada fue sustituida por las Resoluciones SBS N° 5570-2019 y N° 1278-2020, la cual entrará en vigencia a partir de El 01 de enero de 2021; sin embargo, en el nuevo texto que aún no entra en vigencia se mantiene la responsabilidad por parte de la entidad financiera y/o bancaria en casos de clonación.

Por lo tanto, se colige que, ante la acreditación de un caso de clonación, es la entidad de El sistema financiero quien asume responsabilidad. El detalle está en acreditar que se ha sido víctima de este supuesto de fraude.

A pesar de lo establecido normativamente debe tenerse en cuenta que la imputación de responsabilidad contra la entidad bancaria está supeditada al hecho de que se haya probado que ha existido clonación, lo cual es complicado, como se verá a continuación.

3. ¿Cuáles son los medios probatorios idóneos para evidenciar una clonación?

Si bien la acreditación de que haya ocurrido un caso de clonación es difícil, se tiene que recurrir a los indicios como sucedáneos de los medios probatorios. Al respecto, la Sala Especializada en Protección al Consumidor en la Resolución N° 2591-2017/SPC-INDECOPI, en un caso similar al que es objeto de El presente Informe, realiza un análisis

respecto la aplicación de la carga de la prueba en este tipo de casos. En este sentido, dicho colegiado consideró que le correspondía al consumidor denunciante probar inclusive a nivel indiciario que su tarjeta de crédito había sido clonada, tal como se señala a continuación:

“38. *Así, si bien conforme a la norma que regula la carga de la prueba, le correspondería al denunciante demostrar de manera fehaciente que su tarjeta de crédito fue clonada, es evidente que existe para el consumidor una dificultad de presentar la evidencia material que acredite ello. En ese sentido, será pertinente analizar la concurrencia de elementos o indicios que permitan advertir si la tarjeta había sido clonada, como el hecho que se hayan realizado operaciones simultáneas en lugares geográficamente alejados y con intervalos de tiempo reducidos.” (el subrayado es nuestro)*

Así las cosas, deben concurrir elementos suficientes que evidencien una posible duplicidad de El plástico, considerando el periodo de tiempo transcurrido entre las operaciones y la distancia geográfica de las ubicaciones donde las mismas se llevaron a cabo, a fin de dar cuenta de una simultaneidad en su uso, presupuesto necesario para evidenciar su clonación”

Cabe señalar que, si bien lo antes indicado por el INDECOPI constituyen indicios que permiten concluir que hubo una clonación, a fin de atribuir responsabilidad administrativa, los mismos son flexibles en el sentido que no existe una lista cerrada de indicios que se puedan presentar. Al respecto, el INDECOPI ha aceptado medios probatorios excepcionales, tales como un video que acreditó el uso de una tarjeta clonada⁶ y una orden de pago que registra el número de tarjeta de El consumidor; sin embargo, lo vincula a un titular distinto⁷. Así las cosas, como se puede observar, los medios probatorios son flexibles, en tanto permitan crear indicios suficientes de la existencia de una clonación.

⁶ Ver Resolución N° 1033-2010/SC2-INDECOPI, fundamentos 21 al 23, páginas 7 y 8.

⁷ Ver Resolución N° 1357-2011/SC2-INDECOPI, fundamentos 12 al 14, páginas 4 y 5.

4. ¿Fueron suficientes los medios probatorios presentados por la Sra. Agostini para evidenciar que hubo clonación de su tarjeta de crédito?

La existencia de una infracción contra los derechos de El consumidor es determinada de acuerdo a los medios probatorios que son presentados durante el procedimiento administrativo. En este sentido, la actividad probatoria si bien tiene que ceñirse a las disposiciones normativas respecto al procedimiento administrativo de la LPAG, debe considerar que dicho procedimiento, en este caso, tiene como finalidad no solamente determinar la responsabilidad de El proveedor como un administrado, sino también cumplir con el mandato constitucional de protección al consumidor, según lo establecido por el artículo 65° de la Constitución⁸, y es que los procedimientos de protección al consumidor constituyen el instrumento idóneo para hacer efectiva protección al consumidor.

Si nos ceñimos estrictamente a las normas procedimentales vamos a encontrar que la responsabilidad de probar los hechos corresponde a quien los alega; por tal motivo, el artículo 172°.1 de la LPAG y el artículo 196° de El Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece la obligación de los administrados de aportar pruebas en el procedimiento. Sin embargo, considerando lo anteriormente señalado en el sentido de que nuestra norma principal dispone la protección de los derechos de los consumidores y en aplicación de El principio de verdad material, según el cual las entidades de la administración pública deben proveerse de los medios probatorios necesarios para llegar a la verdad absoluta sobre los hechos producidos, se entiende que el INDECOPI no debería limitar su análisis únicamente a la presentación de medios probatorios por parte de El consumidor denunciante sino que de ser el caso puede disponer la inclusión de todo medio probatorio que sea necesario.

En el presente caso, el detalle de las operaciones controvertidas son las siguientes:

⁸ Constitución Política de El Perú.

Artículo 65.- Protección al consumidor.

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

Fecha	Hora	Cajero Automático - Ubicación	Monto
28/09/2015	18:47	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) CC. San Isidro – Av. Paseo de la Republica 3440	S/ 3 000,00
29/09/2015	08:22	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) Plaza Vea Av. La Marina 2155	S/ 3 000,00
30/09/2015	08:15	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) Grifo Repsol Calle 131 y Av. Benavides	S/ 3 000,00
01/10/2015	17:45	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) Hotel Ramada Costa del Sol	S/ 400,00
01/10/2015	17:46	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) Hotel Ramada Costa del Sol	S/ 2 600,00
02/10/2015	20:08	Global Net – Banco Internacional del Perú (Interbank) Clínica Centenario	S/ 800,00
		TOTAL	S/ 12 800,00

Como se puede apreciar, no se aprecia la existencia de simultaneidad de operaciones, debiéndose considerar además que, se realizaron en días y horas distintas y dentro de un periodo de más de cinco días, todas dentro de la localidad de Lima.

De los hechos descritos en la Resolución, materia de análisis, no se desprende que la Sra. Agostini haya presentado medio probatorio alguno, ni siquiera a nivel indiciario, que acredite la simultaneidad de El uso de la tarjeta de crédito.

Independientemente de ello, considero que la Secretaría Técnica de la Comisión no hubiese podido de oficio disponer de algún medio probatorio, debido a la complejidad probatoria a la cual hemos hecho alusión que permita descartar o evidenciar una clonación. En consecuencia, no se puede desprender en este extremo que El Banco infringió el deber de idoneidad, lo cual nos permite señalar que estamos de acuerdo sobre cómo se resolvió en ambas instancias (Comisión y Sala).

B. SEGUNDO PROBLEMA: ¿CÓMO SE DEBEN IMPUTAR LOS CARGOS CONTRA LA ENTIDAD FINANCIERA EN DENUNCIAS POR OPERACIONES NO RECONOCIDAS?

1. Relevancia de la formulación de cargos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador

El Código regula el Procedimiento Sancionador en materia de protección al consumidor, en su artículo 107° dispone que, “ *Los procedimientos administrativos para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia de El consumidor afectado o de El que potencialmente pudiera verse afectado, o por una asociación de consumidores en representación de sus asociados o poderdantes o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores (...)*”.

De lo señalado se desprende que los procedimientos de protección al consumidor tienen naturaleza sancionadora por lo que la finalidad es determinar si el proveedor imputado como presunto infractor ha incurrido o no en responsabilidad administrativa. En este sentido lo órganos resolutivos de El INDECOPI pueden ejercer, de ser el caso, la potestad sancionadora que el Código les atribuye.

Ahora bien, uno de los principios que limita la potestad sancionadora de una entidad pública, la misma que se encuentra regulada por el procedimiento administrativo sancionador, es el de tipicidad, contenido actualmente en el numeral 4) de El artículo 248° de El TUO de la LPAG, señala que “*Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...)*”.

Sobre dicho principio, Guzmán (2013) ha señalado que:

El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento de El Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni

impedido de hacer lo que esta no prohíbe. En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen (Pág. 667).

En el procedimiento sancionador la aplicación de este principio se materializa en la formulación de cargos que se realiza en el marco de El inicio de un procedimiento administrativo sancionador. De esta forma, el artículo 254° de El TUO de la LPAG dispone que *“para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: (...) 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, **la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir** y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia”*. (Énfasis propio).

Dicha calificación o tipificación a su vez tiene que ser remitida al administrado imputado, ya que según el artículo 255° de El TUO de la LPAG, *“decidida la iniciación de El procedimiento sancionador, la autoridad instructora de El procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3) de El artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación (...)”*.

Esta exigencia normativa se justifica en que según los cargos formulados, el administrado considerado como presunto infractor va a ejercer su derecho de defensa a través de la presentación de sus descargos, y sobre ellos posteriormente la autoridad resolverá si existió o no responsabilidad administrativa.

2. Nulidad del acto administrativo y sus efectos

La nulidad de El acto administrativo es consecuencia de un vicio en uno de sus elementos constitutivos⁹. Si es que dicho acto afecta al administrado, él puede solicitar

⁹ Se refiere a los requisitos de validez de El acto administrativo establecidos en el artículo 10° de la LPAG: competencia, objeto, finalidad pública, motivación y procedimiento regular.

la nulidad a través de un recurso administrativo. Sin embargo, la autoridad administrativa, durante el procedimiento puede declarar de oficio la nulidad siempre que advierta la presencia de dicho vicio. Los actos administrativos, dada su condición de ser emitidos por razón de interés general, se presumen válidos y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad. Esta presunción de validez tiene fundamento legal por lo que opera en tanto no se genere una declaración expresa en contrario, sea de naturaleza administrativa o judicial.

Es así que, el artículo 10° de El TUO de la LPAG establece que uno de los vicios de El acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es, como ya se señaló, la omisión o defecto de sus requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el que se respete el procedimiento regular previsto para su generación, esto es, que se respete el principio de El debido procedimiento, que garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Sobre el debido proceso en sede administrativa o debido procedimiento, Rojas (2011) señala:

El debido proceso es, así, una garantía formal para el administrado en el sentido de que deben cumplirse todos los actos y/o fases procedimentales que la ley exige para que una decisión o resolución (acto final) pueda calificarse con validez a la luz de El ordenamiento jurídico.(p. 184).

Una de las obligaciones que impone el debido procedimiento es lo que se ha señalado anteriormente, la respectiva calificación de los cargos que se le van a imputar al administrado en procedimiento sancionador, por lo que la omisión de este requisito o el incumplimiento defectuoso del mismo significaría la afectación al debido procedimiento y podría constituir, por lo tanto, una causal de nulidad (Cortez, 2008, p. 176).

Es por ello, que se requiere que el administrado sea informado de los cargos que se formulan. En ese sentido, este derecho a ser informado se traduce en tres consecuencias: la inalterabilidad de los hechos sobre los que se asienta la infracción imputada al administrado a lo largo del procedimiento, la inalterabilidad de la calificación jurídica en iguales circunstancias y la inalterabilidad de la sanción propuesta (Gómez, 2015, p. 315).

Por otra parte, el inciso 4) de El artículo 5° de El TUO de la LPAG prevé que el contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados en el procedimiento administrativo. Dicha disposición trasladada en el ámbito de un procedimiento sancionador significa que tanto la resolución que formule cargos así como aquella que se pronuncie sobre esto último (resolución final) debe incluir todas las cuestiones planteadas por quien interpone una denuncia.

Asimismo, debe considerarse que el objeto o contenido de un acto administrativo debe apoyarse en las normas legales pertinentes, aun cuando el interesado las omita o las haya citado erróneamente, y recurriendo supletoriamente a las fuentes de El derecho administrativo (Morón, 2017, p. 226).

En consecuencia la formulación de cargos que realice la administración pública tiene que tipificar debidamente los cargos que se formulan y además comprender todas las cuestiones planteadas por el denunciante., caso contrario estaría incurriendo en una afectación de validez de El acto administrativo por lo que tendría que declararse su nulidad, lo cual originaría que el procedimiento retroceda hasta el momento en que ocurrió el vicio, salvo la aplicación de El numeral 2 de El artículo 213° de El TUO de la LPAG, según la cual *“Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo de El asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo sólo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo de El asunto, se dispone la reposición de El procedimiento al momento en que el vicio se produjo”*.

3. Imputación de cargos en el presente caso

La Secretaría Técnica, respecto a las 6 operaciones no reconocidas por la denunciante, mediante sus Resoluciones N° 1 y N° 6 realizó las siguientes imputaciones contra El Banco:

“(i) La presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa de El Consumidor, en tanto que la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad adecuadas para evitar que desde el 29

*de setiembre al 3 de octubre de 2015 se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un monto total de S/ 12 800,00 con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante, sin su autorización. (...)*”

*“(…) ampliar la imputación de cargos establecida en la Resolución N° 1 de El 4 de marzo de 2016, respecto a la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa de El Consumidor, en tanto la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad para evitar que se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un total de S/ 12 800,00, con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante, pese a ser inusuales.”*

Estos cargos fueron materia de pronunciamiento por parte de la Comisión, sin embargo, la Sala en segunda instancia invocó el cambio de criterio desarrollado en la Resolución N° 2063-2018/SPC-INDECOPI, señalando lo siguiente:

“31. Siendo ello así, teniendo en cuenta el cambio de criterio efectuado por este Colegiado respecto a la interpretación de la normativa sectorial citada previamente, corresponde omitir identificar como presuntas infracciones independientes aquellas referidas a la validez y -de otro lado- a las medidas de seguridad; siendo lo correcto imputar este tipo de denuncias en atención a la presunta falta de adopción de medidas de seguridad, cuyo análisis involucrará el sistema de monitoreo empleado y -a su vez- la validez de las operaciones. (el subrayado es nuestro)

En la mencionada resolución de forma acertada la Sala consideró oportuno evaluar si era correcta la imputación de cargos que realizaba la Secretaría Técnica en aquellos casos en que el consumidor desconocía las operaciones registradas con su tarjeta de crédito o débito. Lo que hasta ese momento se había realizado era una evaluación por separado de la validez de las operaciones y de las medidas de seguridad adoptadas por la entidad financiera, originando que existan resoluciones donde se efectúen pronunciamientos por un lado sobre la concurrencia de requisitos para validar las operaciones discutidas y, de El otro, la valoración de las medidas implementadas por

las entidades para prevenir operaciones fraudulentas. No es correcto formular dos cargos imputando la presunta infracción de permitir la operación a pesar de no tener la autorización de la denunciante y por ser inusuales, sino que debe evaluarse únicamente el cumplimiento de las medidas de seguridad, lo cual incluye la verificación de la validez o acreditación de las operaciones. En este extremo concuerdo con el criterio seguido por la Sala respecto a la imputación de un solo cargo como infracción al deber de idoneidad por la no adopción de medidas de seguridad (de forma general) y corresponderá dentro de esta categoría infractora realizar un análisis conjunto de la totalidad de medidas de seguridad adoptadas por El Banco a efectos de evitar que se realicen operaciones no reconocidas con cargo a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante.

Así las cosas, corresponde la nulidad parcial de las Resoluciones N° 1, 6 y 3690-2017/CC1 en los extremos que imputaron y se pronunciaron respectivamente, sobre la conducta referida a que El Banco habría permitido que se realicen seis operaciones con cargo a la línea de crédito de la denunciante, sin su autorización. Cabe recalcar que, conforme se ha desarrollado en el numeral precedente, esto es potestad de la administración y no vulnera el debido procedimiento en el presente caso, en tanto se termina pronunciando sobre el fondo, ya que tiene todos los elementos para hacerlo.

Sin embargo, si bien concuerdo con respecto a la tipificación empleada por la Sala respecto a las operaciones no reconocidas, no concuerdo la forma cómo se ha desarrollado el análisis de la misma. Esto en virtud de que la Sala en su fundamento 35 ha señalado lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta los señalado precedentemente, esta Sala considera que corresponde **subsumir** la conducta referida al cargo indebido (sin autorización de la denunciante) de las operaciones controvertidas a la línea de la tarjeta de crédito de la señora Agostini (“validez”), en el análisis de la conducta relacionada a la falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera.”* (el resaltado es nuestro)

En tal sentido, la Sala indica que en el análisis una conducta “subsume” a la otra, cuando en realidad lo correcto es un análisis “integral” como en otros extremos antes

citados lo ha indicado. Es así que primero analiza si las operaciones controvertidas eran habituales o no en el comportamiento de la denunciante y si en consecuencia El Banco cumplió con su deber de alerta y monitoreo frente a operaciones inusuales, luego si pasa dicho filtro (de estar todo conforme), recién procede verificar si El Banco cumplió con acreditar la validez de dichas operaciones; es así que en su fundamento 77, señala lo siguiente:

“Por tanto, toda vez que se ha verificado que El Banco debió bloquear la tarjeta de crédito de la denunciante luego de efectuada la segunda operación denunciada (S/ 3 000,00), todas las operaciones realizadas de manera posterior a ella se consideran inválidas, por lo que no corresponde a esta Sala efectuar un análisis adicional sobre las mismas, careciendo de objeto pronunciarse sobre los argumentos de fondo vertidos por El Banco a efectos de acreditar la validez de los últimos tres (3) consumos controvertidos.”
(el subrayado es nuestro)

Como se puede apreciar, la Sala no concluyó en analizar si las 3 últimas operaciones fueron autorizadas de forma válida, toda vez que pese a ser inusuales El Banco no cumplió con el deber de alerta y monitoreo y por lo tanto eran consideradas inválidas desde dicho momento. Considero que es importante concluir con el análisis de toda la conducta de El Banco respecto de las operaciones controvertidas, ya que ello nos permite determinar el grado de negligencia de dicha entidad, a efectos de determinar el grado de la sanción que le corresponde, pues en tanto su negligencia haya sido mayor de debe incrementar la sanción a imponer a efectos de desincentivar dichas conductas en el mercado financiero.

En consecuencia, la Sala realizó una correcta calificación de los hechos denunciados; sin embargo, debió hacer un análisis integral y pronunciarse sobre la acreditación de la validez de las tres últimas operaciones controvertidas. Es decir, corroborar si cumplió con todas y cada una de las obligaciones legales, determinadas por normas sectoriales, orientadas a determinar si se cumplieron cabalmente con todas las medidas de seguridad a las que estaba obligado, a fin de determinar qué tan negligente fue el actuar de El Banco y graduar la sanción que corresponda.

C. TERCER PROBLEMA: ¿ADOPTÓ EL BANCO LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, A FIN DE ADVERTIR A LA SRA. AGOSTINI OPERACIONES INUSUALES EN SU TARJETA DE CRÉDITO?

1. ¿Cómo se aplica la garantía legal respecto a las medidas de seguridad?

El artículo 18° de El Código al definir a la idoneidad como la correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe¹⁰, obliga al proveedor a cumplir con lo que ha ofrecido, ya que se entiende que dicho ofrecimiento ha generado expectativas en el primero de los mencionados. De la misma forma, el artículo 19° de dicha norma obliga al proveedor a que sus productos o servicios sean idóneos al imponer en él un supuesto de responsabilidad administrativa¹¹. En efecto, dicha disposición prevé que el proveedor es responsable por la idoneidad de los productos o servicios que ofrece en el mercado, esto último permite afirmar que el consumidor tiene derecho a recibir productos o servicios idóneos, lo cual está reconocido en el artículo 2° de El Código, el cual señala que:

“El presente Código tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código”.

¹⁰ El Código

Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza de El producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias de El caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza de El producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado (...).

¹¹ El Código

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

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

En este sentido, se entiende que existirá infracción al deber de idoneidad cuando las expectativas que tiene un consumidor no coinciden con lo que efectivamente recibió. Vale decir, cuando el proveedor no cumple con lo que ofreció implícitamente o expresamente (por ejemplo: al adquirirse un artefacto nuevo, no aplique la solución pertinente al presentar dicho producto desperfectos de origen; o, siendo una entidad bancaria, cobre intereses más elevados de los acordados contractualmente).

Se advierte, por lo tanto, que si un consumidor ha recibido un producto o servicio no idóneo por parte del proveedor, este último es sujeto de responsabilidad administrativa por haber incurrido en infracción administrativa¹².

Ahora bien, para evaluar la idoneidad, claro está, tiene que evaluarse si existió la correspondencia señalada líneas arriba. Para ello se recurre a la aplicación de las garantías contenidas el artículo 20° de El Código: legal, explícita e implícita. En este sentido, a través de la garantía legal, la idoneidad es evaluada en función de la observancia por parte del proveedor de las diferentes disposiciones normativas orientadas a la protección los derechos de los consumidores. Mediante la garantía explícita se analiza si el proveedor ha cumplido con las disposiciones pactadas con el consumidor. Finalmente, a través de la garantía implícita se analiza la idoneidad de acuerdo a la finalidad o naturaleza del producto o servicio. Los ejemplos mencionados líneas arriba corresponden respectivamente a la garantía implícita y explícita. Como ejemplo de garantía legal, podemos mencionar a las medidas de seguridad que tiene que implementar un banco respecto a las tarjetas de crédito que ofrecen, como consecuencia de las disposiciones de El Reglamento de Tarjetas.

La evaluación de idoneidad respecto a las garantías es sintetizada por Rodríguez (2014) de la siguiente forma:

El análisis implica tres etapas. En la primera etapa, se construye un “Modelo de Referencia de Idoneidad” sobre la base de ciertas variables (garantías). En segundo término, se organiza aquello que ocurrió en la realidad, es decir, lo que

¹² El primer párrafo de El artículo 104° de EL Código señala: “El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado (...)”.

el consumidor recibió en los hechos. Finalmente, se compara lo que se aprecia en la realidad con el contenido de El Modelo de Referencia de Idoneidad. Si existe identidad entre lo real y el modelo de referencia, no existirá infracción al deber de idoneidad. Si existen discrepancias, el consumidor razonable no habrá recibido lo que razonablemente esperaba y eso acarreará las responsabilidades que correspondan en el proveedor (p. 308).

En cuanto al sector financiero, la protección del consumidor, según Walter Álvarez es definida como la siguiente:

[...] tiene como objetivo garantizar la prestación de servicios idóneos a los consumidores, con el fin ulterior de que sean sus decisiones libres e informadas, las que orienten al mercado financiero en la mejora de sus servicios, premiando a aquellos proveedores que cumplan con sus expectativas y castigando aquellos que actúen sin respeto hacia sus derechos fundamentales.¹³

En nuestro país la defensa de los consumidores financieros involucra la intervención de dos entidades: SBS y el INDECOPI. En el primer caso, dentro de sus prerrogativas más relevantes está la normativa, orientada al adecuado funcionamiento de dicho mercado. Por otro lado, mediante el INDECOPI, el Estado cumple el rol de defensa de los consumidores, según lo establecido por el artículo 105° de El Código, el cual señala:

“El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones de El INDECOPI. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley”.

¹³ ÁLVAREZ MEZA, Walter. 2017 “Protección del consumidor financiero: preservando el carácter técnico en la interpretación legal de la autoridad de consumo”. *Revista de Actualidad Mercantil*. Lima, 2017, N° 5, ISSN:2523-2851, Pg. 12. Consulta: 19 de diciembre de 2020. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/19523>

Respecto a la competencia de ambas entidades, la Sala Especializada en Protección al Consumidor ha señalado:

“Así, de conformidad con el artículo 81 de El Código y el artículo 19 de El Reglamento de Sanciones de la SBS, si bien esta última entidad tiene expresamente la competencia para sancionar patrones de conducta de las empresas del sistema financiero y de seguros (bancos y compañías de seguros), que vulneren las disposiciones contenidas en los anexos de El Reglamento de Sanciones, lo cierto es que en tanto constituya una conducta transversal aplicada a una pluralidad de clientes, que evidenciaría una afectación concreta y específica de los derechos de los consumidores, el INDECOPI también es competente sobre las afectaciones individuales e, incluso, sobre las afectaciones a un grupo de consumidores identificados e individualizados”. (Resolución N° 1332-2018/SPC-INDECOPI).

Dentro de las normas emitidas por la SBS destaca el Reglamento de Tarjetas, el cual contiene un conjunto de disposiciones referidas a las condiciones contractuales, remisión de información y medidas de seguridad aplicables, con especial énfasis en la verificación de la identidad del titular o usuario y el establecimiento de límites de responsabilidad en el uso fraudulento de dichas tarjetas (de crédito y de débito). Ambos constituyen un medio de pago que reemplaza al dinero en efectivo¹⁴.

Actualmente el uso de las tarjetas de crédito se ha intensificado significativamente, por lo cual, era necesaria la aplicación de un conjunto de medidas que regulen la expedición y administración de tarjetas de crédito. En este sentido, la reducción de El riesgo de uso fraudulento de la tarjeta de crédito es necesaria para la consolidación de dicho sistema. Para ello es necesario que existan medidas de seguridad eficientes y eficaces que cumplan con dos objetivos principales: la reducción de usos no autorizados o fraudulentos de las tarjetas de crédito y, la protección al consumidor. (Meza, 2012, p. 38).

¹⁴ El artículo 3° de El Reglamento de Tarjetas define normativamente a la tarjeta de crédito de la siguiente forma: Es un instrumento que permite, de acuerdo a lo pactado entre la empresa emisora y el titular, realizar operaciones con cargo a una línea de crédito revolvente, otorgada por la empresa emisora a favor de El titular. Con esta tarjeta el usuario puede adquirir bienes o servicios en los establecimientos afiliados que los proveen, pagar obligaciones o, de así permitirlo la empresa emisora y no mediar renuncia expresa por parte de El titular, hacer uso de El servicio de disposición de efectivo, u otros servicios asociados, dentro de los límites y condiciones pactados; obligándose a su vez, a pagar el importe de los bienes y servicios adquiridos, obligaciones pagadas, y demás cargos, conforme a los establecido en el respectivo contrato.

Las medidas de seguridad deben ser cumplidas por las entidades bancarias, constituyendo una garantía legal en términos de idoneidad. Al respecto, si la ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea descalzado por la garantía explícita. (Bullard, 2010, p. 19).

Por lo tanto, en aquellos casos en que un consumidor denuncie por la validación de operaciones que él no reconoce, la presunta infracción al deber de idoneidad tendrá que ser evaluada teniendo como marco referencial a la garantía legal, contra la que no se puede pactar en contrario.

2. ¿Cumplió El Banco en el presente caso con las medidas de seguridad establecidas normativamente?

Como se ha señalado anteriormente, el Reglamento establece un conjunto de medidas orientadas a garantizar la seguridad en la utilización de dicho producto. Así su artículo 16° prevé que para las operaciones de disposición o retiro de efectivo, compras y otras operaciones que El Banco identifique con riesgo de fraude en perjuicio de los consumidores, deberá otorgar a estos la opción de habilitar un servicio de notificaciones que les informe de las operaciones realizadas con sus tarjetas, inmediatamente después de ser registradas, mediante mensajes de texto a un correo electrónico y/o un teléfono móvil, entre otros mecanismos que pueden ser pactados.

De la misma forma, el artículo 17° obliga a los bancos a adoptar las siguientes medidas de seguridad con respecto a las operaciones con tarjetas que realizan los consumidores. De esta forma establece:

“Artículo 17.- Medidas de seguridad respecto al monitoreo y realización de las operaciones

Las empresas deben adoptar como mínimo las siguientes medidas de seguridad con respecto a las operaciones con tarjetas que realizan los usuarios:

1. Contar con sistemas de monitoreo de operaciones, que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual de consumo de El usuario.

2. Implementar procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el sistema de monitoreo de operaciones.
3. Identificar patrones de fraude, mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.
4. Establecer límites y controles en los diversos canales de atención, que permitan mitigar las pérdidas por fraude.
5. Requerir al usuario la presentación de un documento oficial de identidad, cuando sea aplicable, o utilizar un mecanismo de autenticación de múltiple factor. La SBS podrá establecer, mediante oficio múltiple, montos mínimos a partir de los cuales se exija la presentación de un documento oficial de identidad.
6. En el caso de operaciones de retiro o disposición de efectivo, según corresponda, u otras con finalidad informativa sobre las operaciones realizadas u otra información similar, deberá requerirse la clave secreta de El usuario, en cada oportunidad, sin importar el canal utilizado para tal efecto”.

Así se advierte que dicha norma exige que el patrón de consumo que los bancos construyan respecto a cada uno de los consumidores, al ser integrado a su sistema de monitoreo, debe responder a una serie de factores relacionados con el análisis de la información histórica de El consumidor. Debe considerarse, también, que dentro de las medidas de seguridad exigidas se encuentran aquellas destinadas a constatar la concurrencia de los requisitos de autenticación, tales como el uso de una tarjeta activa, habilitada y el ingreso conjunto de la clave secreta.

Se advierte entonces que la autoridad administrativa, para determinar la idoneidad con que actuó El Banco, debe verificar la aplicación de dichas medidas de seguridad; es decir, constatar si se cumplió con las obligaciones establecidas por la SBS orientadas a determinar, en virtud de El análisis sistemático de la información histórica de transacciones, si se estaban realizando operaciones inusuales según el sistema de monitoreo implementado. De esta forma tiene que proceder a:

- Verificar si las operaciones cuestionadas autorizadas por El Banco eran acordes al movimiento histórico de transacciones de El consumidor, (comportamiento habitual de consumo¹⁵). Como consecuencia de ello, se determina si El Banco debió generar una alerta al consumidor.
- Verificar si las operaciones cuestionadas por el consumidor cumplieron con las medidas de seguridad encaminadas a evidenciar la concurrencia de los requisitos para validar la identidad de El usuario mediante el de mecanismos de autenticación (como por ejemplo, el uso conjunto de la tarjeta activa, canal de uso habilitado e ingreso correcto de la clave secreta).

Ahora bien, basta con el incumplimiento de El primer mecanismo para concluir que hay un incumplimiento de la garantía legal contenida en el reglamento por lo que se infringió el deber de idoneidad.

Como consecuencia de lo señalado, se advierte que en el presente caso, corresponde al momento de evaluar el comportamiento habitual de la denunciante, considerar la frecuencia entre operaciones y el monto de forma individualizada, de esta forma se puede determinar si El Banco cumplió con su obligación de generar la alerta de manera oportuna, antes de que se produzcan operaciones fraudulentas.

Ahora bien, de la revisión de los estados de cuenta de la denunciante se observa que ella realizó disposiciones de su línea de crédito (por operación) de hasta S/ 3,030.22 Soles (ello ocurrió septiembre de 2014), pero no efectuó operaciones por tal importe de manera consecutiva. Esto último es importante porque permite concluir que El Banco debió generar la alerta correspondiente con la realización de El segundo retiro cuestionado por el monto de S/ 3,000.00 Soles, por lo que pudo haberse evitado que se procese la citada operación.

En consecuencia, se puede aseverar el sistema de El Banco debió generar una alerta durante la segunda operación, debido a que esta no era parte del patrón de consumo que

¹⁵ El numeral 5 de El artículo 2° de El Reglamento establece que el comportamiento habitual de consumo comprende el tipo de operaciones que usualmente se realiza con la tarjeta, 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 consumidor.

tenía la denunciante, de acuerdo a la frecuencia y a la cantidad de operaciones. En este sentido, era su obligación poner en conocimiento de El cliente a fin de que no se procesara dicha operación y se evitaran las siguientes operaciones.

Al no cumplir El Banco con alertar a la denunciante sobre las operaciones controvertidas (las cinco posteriores a la primera), no cumplió con la garantía legal prevista en el Reglamento por lo que infringió el deber de idoneidad.



D. CUARTO PROBLEMA: ¿CUMPLIÓ EL BANCO CON ACREDITAR Y/O VALIDAR LAS SEIS OPERACIONES NO RECONOCIDAS POR LA SRA. AGOSTINI?

1. ¿Cómo se distribuye la carga probatoria en el caso de denuncias por operaciones fraudulentas?

El Subcapítulo III Capítulo III de El Título V de El Código regula el Procedimiento Sancionador en materia de Protección al Consumidor. Asimismo, el artículo 107° de dicha norma prevé que dicho procedimiento se inicia de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una asociación de consumidores en representación de sus asociados o poderdantes o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores.

Los procedimientos sancionadores tienen como finalidad determinar, previo ejercicio del derecho de defensa, si el administrado considerado inicialmente como presunto infractor incurrió o no en infracción administrativa. Vale decir, determinar si cometió una conducta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico y que es reprimida a través de una sanción. Por lo tanto, en los procedimientos administrativos de protección al consumidor se va a determinar si el proveedor ha incurrido en infracción administrativa según lo previsto en los artículos 104° y 108° de El Código¹⁶.

Según la LPAG, la potestad sancionadora que ejerce una entidad administrativa está limitada por un conjunto de principios, uno de ellos es el de Presunción de licitud, según el cual se presume que todo administrado actúa lícitamente salvo evidencia en

¹⁶ El Código

Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa de El proveedor

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

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

Artículo 108°.- Infracciones administrativas.

Constituye infracción administrativa la conducta de El proveedor que transgrede las disposiciones de El presente Código, tanto si ello implica violar los derechos reconocidos a los consumidores como incumplir las obligaciones que estas normas imponen a los proveedores. También son supuestos de infracción administrativa el incumplimiento de acuerdos conciliatorios o cualquier otro acuerdo que de forma indubitable deje constancia de la manifestación de voluntad expresa de las partes de dar por culminada la controversia, de laudos arbitrales, y aquellos previstos en el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización de El INDECOPI, y en las normas que lo complementen o sustituyan.

contrario¹⁷. Esto último permite deducir que en los procedimientos sancionadores la carga de probar que el administrado ha sido infractor corresponde a la entidad administrativa. De esta forma, este principio proscribe que se sancione a una persona en tanto su responsabilidad sobre el hecho imputado no haya sido debidamente acreditada, más allá de toda duda razonable. (Magide y González-Prada, 2020).

Sin embargo, en los procedimientos de protección al consumidor se debe considerar que hay un grupo importante de ellos, como ocurre en el presente caso, que se han iniciado al ser promovidos por una denuncia, es decir hay un consumidor quien ha ejercido su derecho de acción. Ante este escenario, a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, se entiende que a este último le corresponde probar la afectación que ha motivado la formulación de su denuncia, de acuerdo a lo previsto por el artículo 172° de El TUO de la LPAG¹⁸, el cual dispone que durante un procedimiento el administrado puede presentar las alegaciones, las cuales, se entiende, debe acreditarse¹⁹.

Por lo tanto, una vez que ello ocurra es el proveedor quien tendrá que probar que actuó debidamente o que, si hubo afectación, se exonera de responsabilidad, acreditando para ello la ocurrencia de cualquiera de los supuestos de fractura de El nexo causal. Es así que la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, en la Resolución N° 2092-2009/SC2-INDECOPI, de fecha 18 de noviembre de 2009, ha señalado que “la actuación de El proveedor debe analizarse conforme a la norma que regula la carga de la prueba, la misma que establece que quien alega un hecho debe probarlo. En ese sentido, primero corresponde al consumidor acreditar la existencia de un defecto en el producto o servicio y luego el proveedor debe demostrar que el defecto no le es imputable al existir circunstancias que lo eximen de responsabilidad.” (Expediente N° 1875-2008/CPC).

¹⁷ TUO de la LPAG

Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...) 9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (...)

¹⁸ TUO de la LPAG.

Artículo 172°.- Alegaciones

172.1 Los administrados pueden en cualquier momento de El procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver (...).

¹⁹ También debe considerarse que el artículo 196° de El Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, establece que la carga de probar corresponde a aquel que afirma un determinado hecho.

De dicho criterio, desarrollado por La Sala, se colige que la oficialidad de la carga de la prueba, característica relevante del procedimiento administrativo sancionador, no se aplica plenamente en los procedimientos de protección al consumidor impulsados por una denuncia. En estos casos, la carga de la prueba recae en las partes de El procedimiento (consumidor denunciante y proveedor denunciado); no en el INDECOPI.

En el caso de las operaciones no reconocidas por consumidores de productos financieros, como la tarjeta de crédito, debe considerarse las disposiciones de El Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito respecto a las medidas de seguridad que den incluir las entidades bancarias. Así se advierte que en el artículo 15° de dicho Reglamento establece las medidas de seguridad incorporadas en las tarjetas, el artículo 16°, las medidas de seguridad respecto a los usuarios y el 17° respecto al monitoreo y realización de operaciones. Como consecuencia de ello, se colige que el proveedor es el que está en mejor posición de probar que ha cumplido con todas las disposiciones normativas ya señaladas.

2. ¿Cuáles son los medios probatorios idóneos para validar operaciones efectuadas en cajeros automáticos?

El numeral 6 de El artículo 17° de El Reglamento dispone establece que los bancos deben cumplir con brindar, como mínimo, seguridad a las operaciones de retiro o disposición de efectivo, realizadas con una tarjeta bancaria, al requerir el ingreso de la clave secreta de El usuario en cada oportunidad de efectuar dichas operaciones, sin importar el canal o medio utilizado.

Mediante Resolución N° 0474-2018/SPC-INDECOPI, la Sala señala que las winchas auditoras constituyen medios probatorios idóneos para acreditar que los retiros realizados mediante cajeros automáticos fueron efectuados con la tarjeta y la clave secreta de El cliente.

A continuación se apreciará la información que presenta una wincha auditora²⁰:

²⁰ Fuente: Resolución N° 3690-2017/CC1, fundamento 45.

```

800*18:46:44*CARD ID:417410XXXXXX7157
807*18:46:47*PIN ENTERED
808*18:46:47*AMOUNT REQ: 00000000000
809*18:46:47*OPCODE BUFFER: AAAAAA
810*18:46:47*TREP: 00-00-00-00 123-3-000
811*18:46:56*AMOUNT REQ: 00003000
812*18:46:56*OPCODE BUFFER: CC R
813*18:46:56*TREP: 00-00-00-00 831-3-118
814*18:46:58*AMOUNT REQ: 00003000
815*18:46:58*OPCODE BUFFER: CC A C
816*18:46:59*TREP: 00-00-01-25 051-2-112
817*18:47:13*CASH PRESENTED:00,00,07,18
IL
BANCO PALABELLA
I
FECHA: 28/09/15 HORA: 18:47
REG. OPERACION: 7974
AV.PASCO REP.3440 CC.B.18
IS
DISPOSICION EFECTIVO(I
TARJ. OPER *****157
RETIRO : 973,000.00
CUOTAS : 18
VALOR CUOTA : 2,125.67
SALDO DISPONIBLE: 97,951.18
---- GRACIAS POR USAR GLOBAL NET
PARA RECLAMOS LLAMA AL 815-4300 O ACUDE
A LAS OFICINAS DEL BANCO PALABELLA,
DEFENSOR DEL CLIENTE FINANCIERO,
INDECOPI O SBS.
816*18:47:17*NOTES TAKEN
818*18:47:18*CARD TAKEN
820*18:47:21*TRANSACTION END
821*09/28/15*E:47*

```

Sin perjuicio de ello, en caso de que la entidad financiera presente otros medios probatorios, se deberá evaluar si estos contienen elementos suficientes que permitan crear certeza respecto a la realización (autenticación) de la operación cuestionada. Así, por ejemplo, existen reportes o journals que, valorados de manera conjunta, pueden acreditar la validez de determinadas transacciones, puesto que reflejan información similar a la contenida en una wincha auditora, como es i) el número de la tarjeta utilizada, ii) el número de la cuenta asociada a dicha tarjeta, iii) el proceso de validación de la operación, iv) la fecha y hora de la operación cuestionada, v) el monto requerido en la operación, y vi) la afectación de El saldo disponible de la cuenta (Resoluciones N° 0610-2014/SPC-INDECOPI,2028-2017/SPC-INDECOPI,1063-2018/SPC - INDECOPI)²¹.

²¹ En dicha resoluciones la Sala consideró que las winchas auditoras, documentos generados por los propios cajeros cada vez que se realiza una operación) constituyen medios probatorios idóneos para acreditar que los retiros realizados mediante cajeros automáticos fueron efectuados con la tarjeta y la clave secreta de El cliente. Sin perjuicio de ello, dicho colegiado señaló también que en caso la entidad financiera presente otros medios probatorios, se deberá evaluar si estos contienen elementos suficientes que permitan crear certeza respecto a la realización de la operación cuestionada.

Tal como señala Carlos Patrón, de acuerdo a lo recogido en las Resoluciones N° 0304-2011/SC2-INDECOPI, sobre estos otros medios probatorios que pueden presentar las entidades de El sistema financiero tenemos:

- Los “print de pantalla” que reproducen la imagen en pantalla de El sistema que generó la wincha auditora.
- Los reportes Tandem: emitidos por el mismo sistema continuo en un formato de texto. Contiene la información relativa a las operaciones autorizadas de un determinado cajero automático.
- Los reportes en formato “TXT”: en ellos se consigna la misma información de las winchas auditoras, pero en formato de texto.

Cabe indicar que estos medios probatorios se tomarán en consideración siempre y cuando logren evidenciar la información antes mencionada.

Asimismo, se debe recalcar que La Sala, mediante Resolución N° 1872-2018/SPC-INDECOPI, indicó que independientemente de que las operaciones se lleven a cabo en cajeros automáticos de terceras entidades financieras, se exigirá acreditar la concurrencia de los mismos requisitos a la entidad financiera para verificar su autenticación.

3. ¿Incurrió El Banco en responsabilidad administrativa al validar y/o acreditar las operaciones no reconocidas por la Sra. Agostini?

En el presente caso los medios probatorios presentados por El Banco respecto a tres operaciones (realizadas los días 28, 29 y 30 de setiembre de 2015) por los importes de S/ 3,000.00 Soles cada uno fueron las winchas auditoras, las mismas que consignaron información sobre la fecha y hora; número de la tarjeta de crédito; el monto; e, ingreso de clave. Por lo que, de los medios probatorios presentados respecto de estas tres operaciones, pareciera que El Banco cumplió con acreditar y/o validar las mismas.

Sin embargo, no cumplió con presentar los mismos medios probatorios respecto de los últimos tres retiros de efectivo por cajero cuestionados (realizados los días 1 y 2 de octubre de 2015). Al respecto, El Banco presentó el reporte denominado “Tran Log List-TLF” del sistema de Interbank, indicando que no cuentan con mayor documentación y que la misma debe ser solicitada a Interbank. Cabe mencionar que los TLF presentados no brindan certeza respecto del ingreso de la clave secreta en las referidas transacciones, lo cual es un factor determinante para considerar o no la validez de dichas operaciones.

Como ya hemos mencionado anteriormente, la Sala se ha pronunciado sobre el hecho de que el uso de terceros cajeros automáticos no exime a las entidades financieras administradoras de tarjetas de débito o crédito a presentar los medios probatorios pertinentes, por lo que lejos de trasladar la responsabilidad a la autoridad administrativa a solicitar dichos medios de prueba, ha tenido que ser El Banco quien se preocupe en coordinar con el Interbank la obtención de las winchas auditoras y medios probatorios similares.

En este extremo estamos de acuerdo con lo señalado por la Comisión, a razón de que la relación de consumo se entabló con El Banco y no con Interbank. Este criterio también fue adoptado por la Sala por lo que expresamos también nuestra conformidad con dicho colegiado.

VI. CONCLUSIONES

1. Sobre la presunta clonación de la tarjeta de crédito denunciada por la Sra. Agostini, en el presente caso no se evidenció la existencia de simultaneidad de operaciones, además que éstas se realizaron en días y horas distintas y dentro de un periodo de más de cinco días y dentro de la ciudad de Lima. Si bien, la simultaneidad de operaciones es un indicio reconocido en reiteradas resoluciones de la Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI, a fin de acreditar una presunta clonación de tarjeta de crédito y/o débito, éste no constituye el único indicio posible, por lo que la Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI ha reconocido otros medios probatorios que permitan dar indicios de una presunta clonación. Así las cosas, la Sra. Agostini tampoco ha presentado medio probatorio alguno que permita presumir una clonación de su tarjeta de crédito; por lo que estamos de acuerdo con lo resuelto por la Comisión y la Sala en el extremo que declararon infundada la denuncia en este extremo.
2. Sobre la correcta imputación de cargos en denuncias por operaciones no reconocidas en virtud de infracción al art. 17 de El Reglamento de Tarjetas, tenemos por un lado que los numerales 1,2,3 y 4 de El referido artículo obligan a las entidades de El sistema financiero a monitorear y alertar operaciones inusuales en las cuentas asociadas a las tarjetas de crédito y/o débito (deber de monitoreo y alerta); mientras que por otro lado tenemos que el numeral 6 de El referido artículo obliga a las entidades de El sistema financiero a implementar medidas de forma tal que cada vez que se realice un retiro o disposición de efectivo, se requiera el ingreso de una clave secreta, sin importar el canal utilizado para tal efecto (deber de acreditar las operaciones). Si bien ambas obligaciones conllevan a medidas distintas que deben implementar las entidades de El sistema financiero, a fin de dar cumplimiento a dichos mandatos legales impuestos por la autoridad sectorial (SBS), consideramos que ambas obligaciones forman parte de El deber general de “medidas de seguridad” a las que están obligadas estas entidades, aunado al hecho de que todas las medidas de seguridad que deben implementar conllevan a un mismo fin que es evitar operaciones fraudulentas en perjuicio de El titular de la tarjeta; por lo que coincidimos con la Sala al tipificar ambas conductas dentro de un mismo hecho infractor (incumplimiento de medidas de seguridad) y al interior corresponderá

analizar si se cumplió o no con cada una de las obligaciones. Es por ello que no estamos de acuerdo en este extremo con la Comisión al haber tipificado ambas conductas como dos hechos infractores distintos.

Sin embargo, si bien estamos de acuerdo con la tipificación efectuada por la Sala, no concordamos con el análisis realizado, pues no consideramos que las obligaciones derivadas de la “acreditación” de operaciones no se encuentran subsumidas en las obligaciones derivadas de “monitoreo y alerta de operaciones inusuales”; constituyendo obligaciones independientes dentro del deber general de implementación de medidas de seguridad. En tal sentido la Sala debió terminar el análisis en cada una de las operaciones controvertidas, y no quedarse en un “primer filtro”, en algunos casos, a fin de determinar qué tan gravoso fue el actuar de El Banco en el presente caso, con la finalidad de tener ello en cuenta al momento de graduar la sanción.

3. Respecto de El cumplimiento deber de monitoreo y alerta de operaciones inusuales por parte de El Banco en el presente caso, primero hay que determinar a partir de qué momento sería considerado una operación no habitual para la Sra. Agostini. Es así que, de acuerdo al patrón de consumo de la Sra. Agostini coincidimos con la Sala al determinar que hasta S/ 3,080.00 Soles mensuales constituiría una operación habitual por parte de la denunciante, por lo que consumos y/o retiros superiores a este importe en un periodo de un mes debería considerarse no habitual, por lo que el retiro realizado el primer día por el importe de S/ 3,000.00 Soles sería considerado habitual. Sin embargo, el retiro de dinero por S/ 3,000.00 el segundo día ya rompía el patrón de consumo de la Sra. Agostini, por lo que dicha operación ya hacía un acumulado de S/ 6,000.00 Soles dentro de un mes y El Banco debió percatarse de un posible fraude, pero ¿en qué momento debió alertar El Banco a la Sra. Agostini de dicha operación inusual?. Al respecto coincidimos con el voto en discordia, emitido por la Señora Vocal Roxana María Irma Barrantes, cuando señala que El Banco debió generar una alerta “durante” la segunda operación, a fin de evitar que se procese la misma en perjuicio de la titular. Esto debido a que el espíritu de la norma es precisamente “prevenir” operaciones fraudulentas, por lo que resulta ilógico que El Banco cumpla con su obligación cuando ya se generó el perjuicio para el titular de la tarjeta; por lo que no estamos de acuerdo con lo resuelto por la Sala en este extremo al indicar que la alerta debió generarse luego de realizada la segunda operación; es

decir, cuando el perjuicio ya se generó para la titular. En tal sentido, debieron declararse inválidas las 5 operaciones realizadas a partir de El segundo día (no sólo 4 como declara la Sala).

4. Finalmente, respecto de El cumplimiento de El deber de acreditación de cada una de las operaciones controvertidas, si bien la Sala no terminó de analizar cada una de las operaciones, coincidimos con los resuelto por la Comisión, quien si realizó todo el análisis en este extremo, debido a que el uso de terceros cajeros automáticos no exime a las entidades bancarias que ofrecen tarjetas de crédito a presentar los medios probatorios pertinentes, por lo las entidades de El sistema financiero deben obtener las winchas auditoras y medios probatorios similares que acrediten la correcta validación de las operaciones no reconocidas por el denunciante, lo cual no sucedió con todas las operaciones controvertidas en el presente caso, solo se acreditó respecto de 3 operaciones.



VII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

1. ÁLVAREZ MEZA, Walter
2017 “Protección del consumidor financiero: preservando el carácter técnico en la interpretación legal de la autoridad de consumo”. Revista de Actualidad Mercantil. Lima, 2017, N° 5, ISSN:2523-2851, Pg. 12. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/19523>
2. BANCO DE LA NACIÓN
Banco de la Nación: Principales modalidades de fraude. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://www.bn.com.pe/seguridad/modalidad-fraude.asp>
3. BALCÁZAR, Winnie
2017 “Medidas de seguridad que deberían incorporarse a fin de evitar operaciones no reconocidas en tarjetas de crédito y débito”. Tesis para obtener el título de Abogada. Trujillo, Universidad Peruana Antenor Orrego.
4. BULLARD, Alfredo
2010 “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Lima, año 6, número 10, pp.5.58.
5. CORTEZ, Juan.
2008 “La nulidad del acto administrativo”. Manual de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica, p. 176.
6. GÓMEZ TOMILLO, Manuel
2015 “El derecho a ser informado de la acusación y los cambios introducidos por la Administración en el Procedimiento Administrativo Sancionador”. Círculo de Derecho Administrativo. PUCP. Lima, p. 315. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13562/14187>
7. GUZMÁN, Christian.
2017 “Manual del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Instituto El Pacífico, p. 667.
8. INTERBANK
Interbank: Qué es el fraude de tarjetas y cómo se realiza. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://interbank.pe/que-es-el-fraude-de-tarjetas-y-como-se-realiza>

9. LAGOS, M
Universidad del Cema: Dinero y banca: Conceptos, funciones, significados y riesgos.
Consulta: 19 de diciembre de 2020
<http://ucema.edu.ar/conferencias/download/MLagosBancayriesgos-1.pdf>
10. MAGIDE, Mariano y GONZÁLEZ-PRADA, Carlos
2020 “La prueba en el Derecho administrativo sancionador en Perú y en España”.
Derecho y Sociedad (54) PUCP. Lima, p.332. Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/22423/21652>
11. MEZA, Paola
2012 “El estándar de consumidor razonable aplicado en los consumos fraudulentos generados por clonación”. Tesis para obtener el título de Abogada. Lima, PUCP.
12. MORÓN, Juan
2017 “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima,
Editorial Gaceta Jurídica, p. 226.
13. PATRÓN, Carlos.
2011 “Protección al Consumidor en los Servicios Financieros”. Lima: Ediciones
Caballero Bustamante, p. 115.
14. RODRÍGUEZ, Gustavo
2011 “El apogeo y decadencia de El deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de
protección al consumidor”. Themis. Lima, (65), p. 308.
15. ROJAS, Enrique
2011 “El debido procedimiento administrativo”. Derecho PUCP. Lima, (67), p. 184.
16. XATAKA
XATAKA: Cómo funciona la tecnología que clona tarjetas en cajeros automáticos.
Consulta: 19 de diciembre de 2020.
<http://www.xataka.com/seguridad/como-funciona-la-tecnologia-que-clona-tarjetas-en-cajeros-automaticos>

Jurisprudencia

1. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución 0243-2018/SPC-INDECOPI. (2018).
2. Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI. Resolución N° 1033-2010/SC2-INDECOPI. (2010).

3. Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI. Resolución N° 1357-2011/SC2-INDECOPI. (2011).
4. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 2591-2017/SPC-INDECOPI. (2017).
5. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 2063-2018/SPC-INDECOPI. (2018).
6. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 1332-2018/SPC-INDECOPI. (2018).
7. Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI. Resolución N° 2092-2009/SC2-INDECOPI. (2009).
8. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 0474-2018/SPC-INDECOPI. (2018).
9. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 0610-2014/SPC-INDECOPI. (2014).
10. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. 2028-2017/SPC-INDECOPI. (2017).
11. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. 1063-2018/SPC – INDECOPI. (2018).
12. Sala de Defensa de la Competencia de El INDECOPI. Resolución N° 0304-2011/SC2-INDECOPI. (2011).
13. Sala Especializada en Protección al Consumidor de El INDECOPI. Resolución N° 1872-2018/SPC-INDECOPI. (2018).
14. Comisión de Protección al Consumidor. Resolución N° 3690-2017/CC1-INDECOPI. (2017).

VIII. ANEXO

RESOLUCIÓN 2272-2018/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0091-2016/CC1

RESOLUCIÓN N^a 2272-2018/SPC-INDECOPI

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE
LIMA SUR N° 1

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : MARIELLA DORA AGOSTINI SÁNCHEZ

DENUNCIADO : BANCO FALABELLA PERÚ S.A.

MATERIAS : SERVICIOS FINANCIEROS
DEBER DE IDONEIDAD

ACTIVIDADES : OTROS TIPOS DE INTERMEDIACIÓN MONETARIA

SUMILLA: Se declara la nulidad parcial de las Resoluciones 1, 6 y 36902017/CC1, en los extremos que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta referida a que Banco Falabella Perú S.A. habría permitido que se realicen seis (6) operaciones con cargo a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante, sin su autorización. Ello, debido a que dicha conducta se encuentra subsumida en el análisis de la presunta falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera.

En consecuencia, se confirma la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que quedó acreditado que la entidad financiera adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante dos (2) operaciones que cumplían con todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

De otro lado, se revoca la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Banco Falabella Perú S.A.; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

A su vez, se confirma la Resolución 3690-2017/CC1 en el extremo que declaró infundada la denuncia contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito adicional de la denunciante.

SANCIÓN: 2 UIT

Lima, 5 de setiembre de 2018

ANTECEDENTES

1. El 27 de enero de 2016²², la señora Mariella Dora Agostini Sánchez (en adelante, la señora Agostini) denunció a Banco Falabella Perú S.A.²³ (en adelante, el Banco), por presuntas infracciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando, principalmente, lo siguiente:
 - (i) El 28 de setiembre de 2015, personal del Banco le ofreció un préstamo por S/ 3 000,00, pagadero en veinticuatro (24) cuotas de S/ 175,00 cada una, el cual aceptó; sin embargo, cuando intentó efectuar el retiro de dicho importe, el cajero automático de la entidad financiera le indicó que no contaba con fondos suficientes para realizar tal operación;
 - (ii) ante ello, el 2 de octubre de 2015, intentó realizar nuevamente el retiro de S/ 3 000,00; sin embargo, la operación no se concretó, motivo por el cual acudió al Banco, donde se le informó que no contaba con línea de crédito para realizar dicho retiro, toda vez que se habían efectuado tres (3) retiros con cargo a su línea de crédito los cuales no reconocía, motivo por el cual interpuso un reclamo desconociendo tales transacciones;
 - (iii) el 23 de octubre de 2015, recibió el estado de cuenta de su tarjeta de crédito y advirtió que desde el 29 de setiembre al 3 de octubre de 2015 se realizaron seis (6) operaciones por un monto total de S/ 12 800,00 con cargo a la línea de crédito de su tarjeta, los cuales no reconocía, conforme el siguiente detalle:

<i>Fecha de operación</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe S/</i>
28/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
29/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
30/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	2 600,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	400,00
02/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	800,00
Total		12 800,00

- (iv) el Banco no cumplió con alertarla sobre la realización de las citadas operaciones, pese a que estas eran inusuales a su patrón de consumo;
- (v) fue víctima de clonación, pues su tarjeta de crédito siempre estuvo bajo su custodia; y,
- (vi) solicitó en calidad de medidas correctivas que se ordenara al Banco dejar sin efecto el cobro de las operaciones no reconocidas, más los costos e intereses generados por las mismas, el pago por el daño moral causado, así como el reembolso de las costas y costos del presente procedimiento.

²² Complementado por el escrito del 18 de enero de 2017.

²³ RUC: 20330401991. Domicilio fiscal en Calle Chinchon 1060, Lima, Lima – San Isidro, según la información obtenida en www.sunat.gob.pe.

2. Mediante Resolución 1 del 4 de marzo de 2016, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la denuncia contra el Banco, imputando -entre otras- las siguientes infracciones:

*“(i) La presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto que la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad adecuadas para evitar que desde el 29 de setiembre al 3 de octubre de 2015 se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un monto total de S/ 12 800,00 con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante, sin su autorización.*

*“(ii) La presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto que la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad pertinentes para evitar que se realice la clonación de la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante. (...)”*

3. El 1 de junio de 2016, el Banco presentó sus descargos señalando, principalmente, lo siguiente:

- (i) El 28, 29, 30 de setiembre y 1 y 2 de octubre de 2015, se efectuaron con la Tarjeta de Crédito CMR Visa 4474*****7157 de titularidad de la señora Agostini, los siguientes retiros de efectivo con el uso de su clave secreta y mientras la referida tarjeta se encontraba activa:

<i>Fecha de operación</i>	<i>Hora de operación</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe S/</i>
<i>28/09/2015</i>	<i>18:47</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>3 000,00</i>
<i>29/09/2015</i>	<i>08:22</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>3 000,00</i>
<i>30/09/2015</i>	<i>08:15</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>3 000,00</i>
<i>01/10/2015</i>	<i>17:45</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>2 600,00</i>
<i>01/10/2015</i>	<i>17:46</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>400,00</i>
<i>02/10/2015</i>	<i>20:08</i>	<i>Retiro efectivo Rapicash-Caj</i>	<i>800,00</i>
<i>Total</i>			<i>12 800,00</i>

- (ii) los tres (3) primeros retiros de efectivo se encontraban acreditados mediante las *winchas* auditoras emitidas por los cajeros automáticos utilizados, mientras que los tres (3) últimos retiros de efectivo se acreditaban con los *print* de pantalla de

- Sistema “*Tran Log List*” – TLF del Banco Internacional del Perú S.A.A. – Interbank (en adelante, Interbank), los cuales registraron el uso de la tarjeta de crédito de la denunciante y su clave secreta, ello mediante las glosas denominadas “PIN ENTERED” y “RESP CODE: 5000 APPROVED”, respectivamente;
- (iii) el bloqueo de la tarjeta de crédito de la señora Agostini se realizó el 23 de octubre de 2015 a las 11:20:29 horas, esto es, después que se efectuaron las operaciones cuestionadas;
 - (iv) no estaba acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante, siendo que, incluso en dicho caso, la clonación del plástico de la tarjeta no permitía obtener su clave secreta; y,
 - (v) contaba con un mecanismo de monitoreo de transacciones el cual se establecía en atención al total de operaciones realizadas por el tarjetahabiente (consumos, retiros, otros), la frecuencia diaria, montos máximos, historial crediticio, siendo que -ante la detección de un consumo inusual- procedían a alertar al tarjetahabiente sobre su ocurrencia.
4. Mediante Resolución 6 del 15 de noviembre de 2017, la Secretaría Técnica amplió la imputación de cargos contra el Banco, en atención a los siguientes alcances:
- “PRIMERO: ampliar la imputación de cargos establecida en la Resolución N° 1 del 4 de marzo de 2016, respecto a la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad para evitar que se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un total de S/ 12 800,00, con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741****-****-7157 de titularidad de la denunciante, pese a ser inusuales.” (Sic)*
5. Mediante Resolución 3690-2017/CC1²⁴ del 27 de diciembre de 2017, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró fundada en parte la denuncia contra el Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que consideró que no quedó acreditado que tres (3) de las operaciones cuestionadas, por un importe total de S/ 3 800,00 se realizaron válidamente con el uso de tarjeta de crédito de la denunciante y el ingreso de su clave secreta, sancionándolo con 1 UIT;
 - (ii) declaró infundada en parte la denuncia contra el Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que consideró que la entidad financiera cumplió con sustentar el cargo de tres (3) operaciones

²⁴ Cabe señalar que la citada resolución también: (i) declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que no quedó acreditado que las notificaciones enviadas el 8 y 22 de enero de 2016 a la denunciante fueran indebidas; y, (ii) declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción del artículo 62° literal h) del Código, toda vez que no quedó acreditado que utilizó métodos abusivos de cobranza para requerir el pago de una deuda de la denunciante; sin embargo, en la medida que tales extremos no han sido apelado, los mismos han quedado consentidos.

por un importe total de S/ 9 000,00 a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante²⁵;

- (iii) declaró infundada la denuncia contra el Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que consideró que no quedó acreditado que omitió adoptar las medidas de seguridad necesarias a efectos de evitar que terceros realicen operaciones con la tarjeta de crédito de la denunciante²⁶;
- (iv) declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante²⁷;
- (v) ordenó al Banco como medida correctiva que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la citada resolución, cumpla con extornar de la cuenta la tarjeta de crédito de la señora Agostini el importe total de tres (3) de las operaciones cuestionadas, ascendente a un total de S/ 3 800,00, más los intereses, comisiones y gastos que pudieran haberse generado por las mismas hasta la fecha de cumplimiento de la medida correctiva;
- (vi) condenó al Banco al pago de las costas y costos del procedimiento en favor de la denunciante; y,
- (vii) dispuso la inscripción del Banco en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

6. El 29 de enero de 2018, el Banco presentó un recurso de apelación contra la Resolución 3690-2017/CC1, señalando lo siguiente:

- (i) Los tres (3) retiros por los cuales se le halló responsable, realizados los días 1 y 2 de octubre de 2015, fueron válidamente realizados con el ingreso de la tarjeta de crédito de la denunciante y su respectiva clave secreta, mientras la misma se encontraba activa, lo que quedaba acreditado con las *winchas* auditoras y los *print* de pantalla de Sistema “*Tran Log List*” – TLF del Banco Interbank, mediante las glosas denominadas “PIN ENTERED” y “RESP CODE: 5000 APPROVED”;
- (ii) el tarjetahabiente era responsable de las operaciones efectuadas con cargo a su línea de crédito mientras su tarjeta se encontraba activa;
- (iii) las operaciones cuestionadas fueron realizadas a través de cajeros automáticos, siendo que en aquellos casos era indispensable el ingreso de la tarjeta de crédito y su respectiva clave secreta, al cual era de conocimiento exclusivo de la denunciante;
- (iv) en la medida que no cometió infracción alguna, no correspondía ordenar el cumplimiento de medida correctiva alguna, ni condenarlo al pago de las costas y costos del procedimiento; y,
- (v) la multa impuesta no se encontraba debidamente motivada.

²⁵ Cabe mencionar que, si bien la Comisión no señaló expresamente que declaraba infundado dicho extremo, lo cierto es que ello se desprende de la parte considerativa de su resolución, por lo que en la presente instancia consideraremos que declaró infundado tal extremo.

²⁶ Cabe mencionar que, si bien la Comisión no señaló expresamente que declaraba infundado dicho extremo, lo cierto es que ello se desprende de la parte considerativa de su resolución, por lo que en la presente instancia consideraremos que declaró infundado tal extremo.

²⁷ Cabe mencionar que, si bien la Comisión no señaló expresamente que declaraba infundado dicho extremo, lo cierto es que ello se desprende de la parte considerativa de su resolución, por lo que en la presente instancia consideraremos que declaró infundado tal extremo.

7. El 29 de enero de 2018, la señora Agostini presentó un recurso de apelación contra la Resolución 3690-2017/CC1, señalando que se habían vulnerado los principios del procedimiento administrativo, en la medida que:
- (i) La clonación de su tarjeta de crédito quedaba evidenciaba toda vez que -luego de ocurrida la aludida clonación- el Banco cerró el cajero automático en donde ocurrió la misma;
 - (ii) no debía considerarse como requisito indispensable la ocurrencia de operaciones de manera simultánea para acreditar la clonación, toda vez que en el caso en particular los montos retirados, la frecuencia de los mismos y las zonas geográficas donde se efectuaron (distintas a su patrón de consumo), evidenciaba que se trataban de operaciones sospechosas;
 - (iii) la Comisión no actuó los medios probatorios necesarios a efectos de determinar la ocurrencia de una infracción administrativa, toda vez que no solicitó al Banco los reportes de mantenimiento ni reparación de sus cajeros automáticos;
 - (iv) el 28 de setiembre de 2015, informó al Banco los defectos advertidos en uno de sus cajeros automáticos, sin que la entidad financiera haya adoptado las medidas de seguridad idóneas a efectos de verificar el debido funcionamiento de sus dispositivos;
 - (v) mediante Reclamo 1401218 del 2 de octubre de 2015, informó al Banco sobre la ocurrencia de operaciones sospechosas, sin que la entidad financiera haya cumplido con bloquear su tarjeta de crédito, induciéndola a error;
 - (vi) correspondía a la Comisión solicitar al Banco la entrega de los vídeos de seguridad correspondientes a los retiros cuestionados, a efectos de verificar la validez de los mismos;
 - (vii) independientemente de la información contenida en las *winchas* auditoras emitidas por los cajeros automáticos, en el caso en particular fue víctima de “*skimming*”, por lo cual las operaciones cuestionadas fueron efectuadas con el ingreso de una tarjeta clonada y la clave secreta;
 - (viii) la habitualidad de las operaciones se debía medir en función no por la realización de una (1) sola operación, sino en virtud de la regularidad de la misma en el tiempo; es decir, que sea común para el tarjetahabiente realizar el tipo de operación cuestionada y en la misma frecuencia, debiendo analizarse también las zonas geográficas en donde se efectuaron los retiros;
 - (ix) la sumatoria de todos los retiros era bastante superior a su nivel usual de consumo, sobre todo teniendo en cuenta que se realizaron en únicamente cinco (5) días;
 - (x) contrariamente a lo señalado por la Comisión, nunca afirmó que realizó el primer retiro de S/ 3 000,00, señalando que únicamente intentó realizarlo, sin que el mismo se ejecutara efectivamente;
 - (xi) correspondía ordenar como medida correctiva la devolución de S/ 12 800,00; y,
 - (xii) correspondía imponer una sanción más gravosa al denunciado por la infracción detectada.
8. El 3 de abril de 2018, el Banco presentó un escrito por el cual reiteró lo manifestado a lo largo de todo el procedimiento.

9. El 4 de abril de 2018, el Banco presentó un escrito mediante el cual reiteró lo manifestado a lo largo de todo el procedimiento, adjuntando como medio probatorio, entre otros, copia de los estados de cuenta de su tarjeta de crédito, correspondientes al periodo comprendido entre octubre de 2010 y noviembre de 2014.

ANÁLISIS

(i) Cuestiones previas:

(a) Sobre la improcedencia del recurso de apelación formulado por la denunciante en el extremo referido a la multa impuesta al Banco

10. En su recurso de apelación, la denunciante señaló que no se encontraba conforme con la multa impuesta al Banco.
11. Al respecto, conforme al criterio sostenido por la Sala en reiterada jurisprudencia, la multa, como sanción administrativa, persigue una finalidad pública por parte del Estado que es desincentivar conductas ilícitas razón por la cual no admite como motivación posible un afán retributivo a favor del particular denunciante. En tal sentido, es la propia Administración Pública la encargada de establecer la procedencia y naturaleza de la sanción a imponer, así como la cuantía de ser el caso, de modo tal que cumpla con los fines públicos antes citados.
12. En tanto que la determinación de la magnitud de una infracción es un presupuesto para la aplicación de la potestad punitiva del Estado, la cual responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración, la denunciante carece de legitimidad para cuestionar a través de un recurso impugnativo la multa impuesta por la autoridad, a su contraparte.
13. En atención a lo expuesto, corresponde declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por la señora Agostini en el presente extremo, por cuanto la recurrente no cuenta con legitimidad para cuestionar la graduación de la sanción impuesta al denunciado, en tanto la imposición de una sanción responde a la defensa y tutela del interés público asignada exclusivamente a la Administración.
14. En ese sentido, carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre el cuestionamiento de la denunciante sobre dicho extremo.

(b) Sobre la nulidad parcial de las Resoluciones 1, 6 y 3690-2017/CC1

15. El artículo 139° de la Constitución Política del Perú, en sus numerales 3 y 14, reconoce al principio del debido proceso como garantía de la función jurisdiccional, precisando su

observancia en todas las instancias del proceso²⁸. Por otro lado, en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria en el presente caso³⁰, también se reconoce el derecho al debido proceso³¹.

16. Así, el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 0062017-JUS, norma publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de marzo de 2017 (en adelante, el TUO de la LPAG) establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es la omisión o defecto de sus requisitos de validez, entre los cuales se encuentra el que se respete el procedimiento regular previsto para su generación¹⁰, esto es, que se respete el principio del debido procedimiento, que garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹¹.
17. Asimismo, el numeral 4 del artículo 5° de la mencionada norma dispone que el contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados en el procedimiento¹². En ese sentido, la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por el administrado o, en todo caso, con los cargos imputados de oficio por la autoridad administrativa¹³.
18. Un objeto o contenido irregular será aquel que es incongruente con las cuestiones planteadas por los administrados. De esto último se deriva la exigencia del deber de congruencia entre lo alegado por las partes y lo resuelto por el juzgador¹⁴.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 006-2011-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 3°. - Requisitos de validez de los actos administrativos. Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)**

5. Procedimiento regular. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

¹¹ **DECRETO SUPREMO 006-2011-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo IV. - Principios del procedimiento administrativo.**

²⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 139°.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional. (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (...)

²⁹ . El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad. (...)

³⁰ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Disposiciones Complementarias. Disposiciones Finales. Primera.** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

³¹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Título Preliminar. Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.** Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹² **DECRETO SUPREMO 006-2011-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 5°. - Objeto o contenido del acto administrativo. (...)**

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

¹³ **DECRETO SUPREMO 006-2011-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 196°. - Contenido de la resolución. (...)**

196.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

¹⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS.**

Artículo 196°. - Contenido de la resolución.

196.1 La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la presente Ley.

19. En el presente caso, la Secretaría Técnica efectuó las siguientes imputaciones contra el Banco:

*“(i) La presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto que la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad adecuadas para evitar que desde el 29 de setiembre al 3 de octubre de 2015 se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un monto total de S/ 12 800,00 con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante, sin su autorización. (...)”*

*“(…) ampliar la imputación de cargos establecida en la Resolución N° 1 del 4 de marzo de 2016, respecto a la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción a los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad para evitar que se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un total de S/ 12 800,00, con cargo a la tarjeta de crédito N° 4741-****-****-7157 de titularidad de la denunciante, pese a ser inusuales.”*

20. Ahora bien, conforme el cambio de criterio desarrollado en la Resolución 20632018/SPC-INDECOPI del 15 de agosto de 2018, esta Sala considera que, en este tipo de denuncias en las cuales se ha evaluado de manera independiente la validez de las operaciones cuestionadas y las medidas de seguridad adoptadas por la entidad financiera, es necesario evaluar la interpretación que se ha venido realizando respecto a la imputación de cargos y su consiguiente análisis.
21. En ese sentido, a efectos de realizar una adecuada imputación de cargos y análisis de este tipo de denuncias, esta Sala estima relevante tener en cuenta el artículo 15° del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito – aprobada por Resolución SBS N° 6523-2013 – referido a las medidas de seguridad incorporadas en las tarjetas:

Artículo 15°. - *Medidas de seguridad incorporadas en las tarjetas* Las tarjetas deberán contar con un circuito integrado o chip que permita almacenar y procesar la información del usuario y sus operaciones, cumpliendo estándares internacionales de interoperabilidad para el uso y verificación de las tarjetas, así como para la autenticación de pagos; para lo cual deberá cumplirse como mínimo con los requisitos de seguridad establecidos en el estándar EMV, emitido por EMVCo. Al respecto, las empresas deberán aplicar, entre otras, las siguientes medidas:

1. Reglas de seguridad definidas en el chip de las tarjetas, que deben ser utilizadas para verificar la autenticidad de la tarjeta, validar la identidad del

- 196.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

usuario mediante el uso de una clave o firma u otros mecanismos de autenticación.

(…)

4. Disponer de mecanismos para aplicar instrucciones sobre el chip de las tarjetas en respuesta a una transacción en línea, a fin de modificar los límites establecidos según perfiles de riesgo, así como bloquear o deshabilitar aquellas tarjetas que hayan sido extraviadas o sustraídas.

22. Asimismo, conviene resaltar el artículo 16° del citado Reglamento, que establece que las entidades financieras deben adoptar, entre otros, las siguientes medidas de seguridad con respecto a los usuarios:

“Artículo 16°. - Medidas de seguridad respecto a los usuarios

(...)

4. Para las operaciones de disposición o retiro de efectivo, compras y otras operaciones que la empresa identifique con riesgo de fraude en perjuicio de los usuarios, deberá otorgar a estos la opción de habilitar un servicio de notificaciones que les informe de las operaciones realizadas con sus tarjetas, inmediatamente después de ser registradas por la empresa, mediante mensajes de texto a un correo electrónico y/o un teléfono móvil, entre otros mecanismos que pueden ser pactados con los usuarios.

5. Poner a disposición de los usuarios, la posibilidad de comunicar a la empresa que realizarán operaciones con su tarjeta desde el extranjero, antes de la realización de estas operaciones.

6. En aquellos casos en los que se permita a los usuarios realizar operaciones de micropago, deberá establecer el monto máximo por operación que podrá efectuarse.”

23. Además, en concordancia con lo anterior, cabe considerar el artículo 17° del mismo Reglamento que establece lo siguiente:

“Artículo 17°. - Medidas de seguridad respecto al monitoreo y realización de las operaciones

Las empresas deben adoptar como mínimo las siguientes medidas de seguridad con respecto a las operaciones con tarjetas que realizan los usuarios:

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

2. Implementar procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el sistema de monitoreo de operaciones.

3. Identificar patrones de fraude, mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.

(...)”

24. Del análisis de la normativa sectorial previamente citada, este Colegiado interpreta que para que la autoridad administrativa concluya que una operación fue efectuada en forma válida, y por tanto eximir de responsabilidad a las entidades financieras, se debe verificar si estas adoptaron las medidas de seguridad pertinentes a efectos de evitar operaciones fraudulentas, esto es, constatar si cumplió con sus obligaciones legales señaladas en los artículos citados, referidos a si constituían -respecto al análisis sistemático de su información histórica de transacciones- operaciones inusuales según el sistema de monitoreo implementado.

25. De acuerdo a ello, se advierte que, dentro de las medidas de seguridad exigidas a las entidades financieras en el marco de las relaciones comerciales entabladas con relación a tarjetas de débito y crédito, se ubican aquellas destinadas a constatar la concurrencia de los requisitos de autenticación, tales como el uso de una tarjeta activa, habilitada y el ingreso conjunto de la/s respectiva/s clave/s secreta/s.
26. Así, en primer lugar, corresponderá a la autoridad administrativa verificar si las operaciones cuestionadas autorizadas por la entidad financiera resultaban acordes al movimiento histórico de transacciones de la denunciante, esto es, evaluar si tales transacciones calificaban dentro del comportamiento habitual de consumo del usuario, lo cual involucra el análisis de su historial, a fin de determinar si a propósito de su realización, el Banco denunciado debía generar una alerta al consumidor, puesto que dichas operaciones no constituían razonablemente- actuaciones dentro del patrón de consumo que mantenía su cliente respecto al uso del producto financiero.
27. Ello, considerando que 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.
28. Posteriormente, el análisis de la autoridad administrativa deberá estar enfocado a verificar si las operaciones cuestionadas por el consumidor cumplieron con las medidas de seguridad circunscritas a evidenciar la concurrencia de los requisitos para validar la identidad del usuario mediante el uso de una clave o firma u otros mecanismos de autenticación, siendo estos, usualmente, aquellos destinados a cotejar el uso conjunto de los siguientes elementos: tarjeta activa, canal de uso habilitado e ingreso correcto de la/s clave/s secreta/s.
29. No obstante, el análisis previamente indicado, corresponde llevar a cabo el mismo dentro de un mismo tipo infractor, circunscrito a la verificación de las medidas de seguridad implementadas por las entidades financieras con relación a las operaciones discutidas.
30. En conclusión, este Colegiado considera que la Autoridad Administrativa ejerciendo su labor prevista por el artículo 84° del TUO de la LPAG³²³³, deberá imputar y analizar este tipo de denuncias en atención a las medidas de seguridad adoptadas por la entidad financiera, independientemente de si los denunciantes invocan o no expresamente los términos “validez” y/o “medidas de seguridad”, en tanto que esta conducta por sí misma, consistente en el registro de operaciones no reconocidas, incluye tanto el monitoreo, como la validez de las operaciones, acorde a lo desarrollado precedentemente.
31. Siendo ello así, teniendo en cuenta el cambio de criterio efectuado por este Colegiado respecto a la interpretación de la normativa sectorial citada previamente, corresponde omitir identificar como presuntas infracciones independientes aquellas referidas a la validez y -de otro lado- a las medidas de seguridad; siendo lo correcto imputar este tipo

³² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. Artículo 84°.** - Deberes de las autoridades en los procedimientos. Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: (...)

³³ . Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

de denuncias en atención a la presunta falta de adopción de medidas de seguridad, cuyo análisis involucrará el sistema de monitoreo empleado y -a su vez- la validez de las operaciones³⁴.

32. Ello, adicionalmente, a efectos de resguardar un pronunciamiento coherente, puesto que no resulta congruente -al amparo de una imputación independiente- ordenar la devolución del importe de una operación que quebrantó el patrón de consumo del usuario, pese a que -en la misma resolución- se identificase como una operación válida por reunir los requisitos de autenticación. En efecto, a consideración de este Colegiado, en el ejemplo propuesto, al incumplir las medidas de seguridad referidas a patrón de consumo, no puede concluirse que dicha operación se llevó a cabo en forma válida.
33. Ahora bien, en el presente caso este Colegiado advierte que se imputó de manera independiente que: (i) la entidad bancaria no habría empleado medidas de seguridad al permitir que se realicen seis (6) operaciones por un monto total de S/ 12 800,00 con cargo a la Tarjeta de Crédito 4741*****7157 de la denunciante, sin su autorización; y, (ii) la entidad bancaria no habría adoptado las medidas de seguridad para evitar que se realicen seis (6) disposiciones de efectivo por un total de S/ 12 800,00, con cargo a la Tarjeta de Crédito 4741*****7157 de la denunciante, pese a ser inusuales.
34. Asimismo, se verifica que, si bien la Comisión en su pronunciamiento final efectuó un análisis conjunto de las conductas imputadas; lo cierto es que no señaló expresamente que uniría dichas conductas, a efectos de que sea considerado un solo extremo, sino que efectuó un análisis independiente sobre la autorización de las operaciones y el patrón de consumo habitual de la denunciante; por lo que se asume que se conservaron dichas imputaciones individuales al momento del análisis.
35. Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, esta Sala considera que corresponde subsumir la conducta referida al cargo indebido (sin autorización de la denunciante) de las operaciones controvertidas a la línea de la tarjeta de crédito de la señora Agostini (“validez”), en el análisis de la conducta relacionada a la falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera.
36. Siendo así, corresponde declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 1, 6 y 3690-2017/CC1, en los extremos que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta referida a que el Banco habría permitido que se realicen seis (6) operaciones con cargo a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante, sin su autorización. Ello, debido a que dicha conducta se encuentra subsumida en el análisis de la presunta falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera.

(ii) Sobre el deber de idoneidad

37. El artículo 18° del Código define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso¹⁷. La idoneidad es evaluada en

³⁴ Desarrollado en la Resolución 2063-2018/SPC-INDECOPI del 15 de agosto de 2018.

función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. A su vez, el artículo 19° del Código indica que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos¹⁸.

- ¹⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 18°. Idoneidad.** Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.
- La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.
- Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

- ¹⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 19°. Obligación de los proveedores.** El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio,
38. En ese sentido, los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o en las condiciones que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como a la normatividad que rige su prestación.
39. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o el servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad¹⁹. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor o la autoridad administrativa, corresponde al proveedor acreditar que este no le es imputable.

(a) Sobre la presunta clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante

40. En este punto, cabe señalar que, si bien en la cuestión previa consignada en la presente resolución se determinó que correspondía declarar la nulidad de la resolución de imputación de cargos y la resolución de Comisión, en el extremo que imputó y analizó de manera independiente las conductas referidas a la validez de las operaciones controvertidas y la falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera (respecto del patrón de consumo habitual de la denunciante), este Colegiado considera importante precisar que la evaluación de la conducta referida a la presunta clonación de una tarjeta de crédito y/o débito merece un desarrollo individual, no encontrándose subsumido dentro del análisis referido a las medidas de seguridad generales adoptadas por las entidades financieras para evitar que se carguen operaciones no autorizadas por sus clientes, ello en la medida que los supuestos en los que ocurren las aludidas

clonaciones responden a hechos particulares y concretos (como lo es la verificación de la duplicidad del plástico).

41. En ese sentido, este Colegiado considera que corresponde efectuar un análisis independiente de la citada conducta.
42. Ahora bien, la señora Agostini denunció que el Banco habría permitido que se realicen consumos con una tarjeta de crédito clonada.

por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

¹⁹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 104°. Responsabilidad**

administrativa del proveedor. El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. (...).

43. Al respecto, la Comisión declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante.
44. En su recurso de apelación, la denunciante indicó que la clonación de su tarjeta de crédito quedaba evidenciaba toda vez que -luego de ocurrida la aludida clonación- el Banco cerró el cajero automático en donde ocurrió la misma.
45. Sobre ello, corresponde señalar que, si bien la señora Agostini invocó el cierre del cajero automático del Banco en el que presuntamente se efectuó la clonación de su tarjeta de crédito, lo cierto es que no ha presentado medio probatorio alguno que -si quiera de manera indiciaria- acredite los hechos invocados.
46. Incluso, de la redacción de su denuncia, se desprende que la señora Agostini dedujo la presunta clonación de su tarjeta de crédito en virtud de la información que proporcionó al Banco el 23 de octubre de 2015; es decir, casi un mes después de realizada la supuesta clonación, sin que exista medio probatorio que demuestre lo alegado.
47. Cabe agregar que, aun cuando la denunciante indicó que la Comisión no actuó los medios probatorios necesarios a efectos de determinar la ocurrencia de una infracción administrativa (por cuanto no solicitó al Banco los reportes de mantenimiento ni reparación de sus cajeros automáticos), lo cierto es que, según el artículo 171°.2 del TUO de la LPAG y el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, corresponde a los administrados aportar las pruebas en el procedimiento que acrediten los hechos invocados²⁰.

48. En atención a los artículos citados previamente, correspondía a la parte denunciante acreditar ante esta instancia -si quiera de manera indiciaria- el hecho invocado en su denuncia; sin embargo, la señora Agostini no ha presentado medio probatorio alguno que acredite lo afirmado.

49. De otro lado, la señora Agostini afirmó que el 28 de setiembre de 2015 informó al Banco de los defectos advertidos en uno de sus cajeros automáticos, sin que la entidad financiera haya adoptado las medidas de seguridad idóneas a efectos de verificar el debido funcionamiento de sus dispositivos.

20 **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 171°.- Carga de la prueba. 171.2** Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

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

50. Sobre ello, corresponde precisar que, si bien la denunciante alega que manifestó de manera verbal la ocurrencia de desperfectos (presunta clonación), lo cierto es que de su denuncia se desprende que -en dicha oportunidad- únicamente comunicó al personal de Banco que el cajero en el cual intentó efectuar el retiro de S/ 3 000,00 no tenía fondos, motivo por el cual se le informó que podía acudir a otras instalaciones, no existiendo medio probatorio alguno que dé cuenta que -en efecto- en dicha oportunidad comunicó al Banco la ocurrencia de hechos que dieran cuenta de la ocurrencia de la clonación de su tarjeta de crédito.

51. Finalmente, la señora Agostini manifestó que no debía considerarse como requisito indispensable la ocurrencia de operaciones simultáneas para acreditar la clonación, toda vez que en el caso en particular los montos retirados, la frecuencia de los mismos y las zonas geográficas donde se efectuaron (distintas a su patrón de consumo), evidenciaba que se trataban de operaciones sospechosas.

52. Al respecto, este Colegiado considera 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.

53. En ese sentido, si bien la diferencia de una operación respecto del patrón de habitual de consumo de un tarjetahabiente es un indicio que debe tomarse en cuenta para la aplicación de medidas de seguridad del Banco (alertas, bloqueos preventivos, otros), ello no acredita por sí mismo la clonación del plástico³⁵.

³⁵ Cabe señalar que ello no quiere decir que el cuestionamiento sobre el patrón de consumo no será analizado por este Colegiado, sino que el mismo se efectuará en el acápite correspondiente.

54. Ahora bien, en el presente procedimiento la denunciante invocó que las siguientes operaciones fueron realizadas con una tarjeta clonada:

<i>Fecha de operación</i>	<i>Hora de operación</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe S/</i>
28/09/2015	18:47	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
29/09/2015	08:22	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
30/09/2015	08:15	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
01/10/2015	17:45	Retiro efectivo Rapicash-Caj	2 600,00
01/10/2015	17:46	Retiro efectivo Rapicash-Caj	400,00
02/10/2015	20:08	Retiro efectivo Rapicash-Caj	800,00
Total			12 800,00

55. De la revisión de las citadas operaciones cuestionadas, este Colegiado no aprecia que haya ocurrido la duplicidad en su ejecución, siendo que las mismas se realizaron en días y horas distintas y dentro de un periodo de más de cinco (5) días.
56. Cabe señalar que en el presente extremo no se está analizando si las operaciones eran inusuales por el importe, la frecuencia u otros (elementos que se analizarán al momento de verificar la habitualidad de las transacciones), sino si existió duplicidad en la realización de las mismas.
57. Cabe agregar que la denunciante no ha alegado que la ejecución de las citadas operaciones haya ocurrido simultáneamente con otras operaciones no controvertidas, no existiendo medio probatorio alguno que demuestre la simultaneidad del uso del plástico.
58. En ese sentido, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito de la denunciante.

(b) Sobre las operaciones no reconocidas

59. En el presente caso, la señora Agostini denunció que se habían realizado consumos con su tarjeta de crédito que no reconocía, conforme al siguiente detalle:

<i>Fecha de operación</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe S/</i>
28/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00

29/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
30/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	2 600,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	400,00
02/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	800,00
Total		12 800,00

60. La señora Agostini agregó que el Banco no cumplió con alertarla sobre la realización de las citadas operaciones, pese a que estas eran inusuales a su patrón de consumo.
61. En este punto cabe señalar que, en virtud de la nulidad de imputación de cargos señalada previamente, este Colegiado efectuará un análisis conjunto de la totalidad de las medidas de seguridad adoptadas por el Banco a efectos de evitar que se realicen operaciones no reconocidas con cargo a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante, entre las que se encontraba el monitoreo y detección de operaciones inusuales, así como el cargo justificado de las mismas.
62. La Comisión declaró infundada la denuncia contra el Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que consideró que no quedó acreditado que omitió adoptar las medidas de seguridad necesarias a efectos de evitar que terceros realicen operaciones con la tarjeta de crédito de la denunciante.
63. En su recurso de apelación, la denunciante señaló la habitualidad de las operaciones se debía medir no en función de la realización de una (1) sola operación, sino en virtud de la regularidad de la misma en el tiempo; es decir, que sea común para el tarjetahabiente realizar el tipo de operación cuestionada y en la misma frecuencia, debiendo analizarse también las zonas geográficas en donde se efectuaron los retiros.
64. Agregó que la sumatoria de todos los retiros cuestionados era bastante superior a su nivel usual de consumo, sobre todo teniendo en cuenta que se realizaron en únicamente cinco (5) días.
65. Al respecto, el Banco ha señalado que contaba con un mecanismo de monitoreo de transacciones el cual se establecía en atención al total de operaciones realizadas por el tarjetahabiente (consumos, retiros, otros), la frecuencia diaria, montos máximos, historial crediticio, siendo que -ante la detección de un consumo inusual- procedían a alertar al tarjetahabiente sobre su ocurrencia.
66. Ahora bien, sobre el monitoreo de las operaciones realizadas por los tarjetahabientes como medidas de seguridad, el numeral 5 del artículo 2° del Reglamento define que el comportamiento habitual de consumo del usuario se refiere al tipo de operaciones que usualmente realiza cada uno 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.
67. Por su parte, el artículo 17° del mismo Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 17°. - Medidas de seguridad respecto al monitoreo y realización de las operaciones

Las empresas deben adoptar como mínimo las siguientes medidas de seguridad con respecto a las operaciones con tarjetas que realizan los usuarios:

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

2. Implementar procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el sistema de monitoreo de operaciones.

3. Identificar patrones de fraude, mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.

(...)”

68. Esta Sala considera que la finalidad del artículo 17° del Reglamento descansa en la protección de los usuarios frente al cargo de transacciones fraudulentas en las cuentas de sus tarjetas de crédito o débito, a partir de, entre otros aspectos, la revisión del movimiento histórico de transacciones en las respectivas cuentas, lo cual evidentemente involucra el análisis de operaciones que permitan a la empresa supervisada generar razonablemente un patrón de consumo respecto al uso de dicho producto por parte de su cliente.
69. Como se aprecia, 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.
70. Ahora bien, cabe precisar que este Colegiado considera que el retiro de efectivo o el consumo realizado con cargo a una tarjeta de débito y/o crédito en un lugar geográficamente distinto al utilizado por el tarjetahabiente, no se considera por sí mismo como un patrón inusual. De igual forma, la utilización de los fondos del denunciante, o de su línea de crédito en más de una oportunidad al día o en días continuos, tampoco implica necesariamente la fraudulencia de las operaciones, debiendo analizarse en tales casos, adicionalmente, otros factores como el total de los importes consumidos por el tarjetahabiente regularmente en meses anteriores.
71. Sobre ello, de la revisión de los estados de cuenta de la denunciante correspondientes al periodo comprendido entre octubre de 2010 y noviembre de 2014, se aprecia que a la línea de crédito de la denunciante se cargaban en general- consumos y disposiciones de efectivo por mes de hasta un total de S/ 3 080,22 así como a continuación se aprecia:

PERIODO DE FACTURACIÓN	CONSUMOS TOTAL (S/)	DISPOSICIÓN DE EFECTIVO (S/)	TOTAL APROX. S/.
------------------------	---------------------	------------------------------	------------------

10/10/2014 09/11/2014	al	235,50	-	235,50
10/09/2014 09/10/2014	al	73,64	-	73,64
10/08/2014 09/09/2014	al	3 080,22	-	3 080,22
10/07/2014 09/08/2014	al	72,67	-	72,67
10/06/2014 09/07/2014	al	451,35		451,35
10/05/2014 09/06/2014	al	232,69	1 000,00	1 232,69
10/02/2014 09/03/2014	al	365,25	-	365,25
10/01/2014 09/02/2014	al	326,90	-	329,90
10/12/2013 09/01/2014	al	229,16	-	229,16
10/11/2013 09/12/2013	al	1 156,35	-	1 156,35
10/10/2013 09/11/2013	al	72,51	-	72,51
10/09/2013 09/10/2013	al	72,59	-	72,59

72. De lo señalado, se evidencia que la señora Agostini realizaba dentro de un periodo de facturación transacciones (compras, retiros, otros) por un importe total ascendente a S/ 3 080,00 aproximadamente.
73. Ahora bien, de la revisión del estado de cuenta de la denunciante correspondiente al periodo de facturación del 10 de setiembre al 9 de octubre de 2015 (periodo en que ocurrieron las operaciones controvertidas) se verifica que, a la fecha de ocurrida la primera operación cuestionada (28/09/2015) la denunciante había consumido solo S/ 211,30 de su línea de crédito (compras), motivo por el cual la primera operación de S/ 3 000,00 se encontraba dentro del patrón de consumo que de la denunciante por periodo (en la medida que según su historial de consumos, en agosto del 2014 llegó a utilizar hasta S/ 3 080,00 de su línea de crédito), por lo que se verifica que la primera operación no era inusual respecto del patrón de consumo de la denunciante.
74. Ahora bien, una vez ocurrida la segunda operación del día 29 de setiembre de 2015, por S/ 3 000,00, se aprecia que la misma sí rompía el patrón de consumo regular de la denunciante, motivo por el cual la misma sí debió ser considerada como inusual y generar la alerta respectiva.
75. De acuerdo a ello, la responsabilidad del Banco frente a dicho consumo era confirmar con el cliente la validez del mismo, siendo que -de no contar con dicha confirmación- debía proceder con el bloqueo de la tarjeta de crédito controvertida y así evitar que se

continuaran efectuando consumos controvertidos; sin embargo, en el presente caso, ello no ocurrió.

76. En ese sentido, ha quedado acreditado que, pese a encontrarse obligado, el Banco no cumplió con bloquear preventivamente la tarjeta de crédito de la denunciante al no validar la regularidad del segundo consumo controvertido realizado con la tarjeta de crédito de la señora Agostini por S/ 3 000,00, lo que permitió que -luego de ello- se continúen realizando consumos no autorizados con dicho producto.
77. Por tanto, toda vez que se ha verificado que el Banco debió bloquear la tarjeta de crédito de la denunciante luego de efectuada la segunda operación denunciada (S/ 3 000,00), todas las operaciones realizadas de manera posterior a ella se consideran inválidas, por lo que no corresponde a esta Sala efectuar un análisis adicional sobre las mismas, careciendo de objeto pronunciarse sobre los argumentos de fondo vertidos por el Banco a efectos de acreditar la validez de los últimos tres (3) consumos controvertidos.
78. Ahora bien, sobre la validez de la primera y segunda operación cuestionadas³⁶, el Banco señaló que estos fueron realizados válidamente mientras la tarjeta de crédito de la denunciante estaba activa, a través del uso de su tarjeta física y la cual fue cargada válidamente a su línea de crédito, tal como quedaba acreditado con las *winchas* auditoras emitidas por los cajeros automáticos utilizados y los *print* de pantalla de Sistema “*Tran Log List*” – TLF del Banco Interbank, los cuales registraron el uso de la tarjeta de crédito de la denunciante y su clave secreta, ello mediante las glosas denominadas “PIN ENTERED” y “RESP CODE: 5000 APPROVED”.
79. Al respecto, en principio, debe señalarse que a efectos de utilizar una tarjeta de débito para efectuar un retiro de efectivo, el portador deberá pasar la banda magnética de la misma (o actualmente, el chip del plástico) y luego que el sistema reconozca la información contenida en dicha tarjeta, tendrá que introducir la clave secreta, siendo a partir de dicho momento que se habilitará a dicho usuario a realizar transacciones con cargo a la línea de crédito o cuenta del titular, siempre que dicha tarjeta se encuentre activa.
80. No obstante, en los casos de operaciones con tarjeta de débito o crédito no se desconoce la posibilidad que las mismas puedan ser objeto de usos fraudulentos; sin embargo, este uso se vería limitado en tanto no se tuviera acceso a la clave secreta, cuyo resguardo es responsabilidad exclusiva del tarjetahabiente. Por ello, de acreditarse que la operación se realizó con el uso conjunto de estos dos elementos, la transacción debe reputarse como válidamente realizada.
81. En anteriores pronunciamientos, la Sala ha señalado que la comprobación de un hecho negativo -como la no realización de los retiros de efectivo- no es factible para un consumidor. Por el contrario, en su condición de proveedor del servicio, son los proveedores del servicio financiero quienes debe probar que tales operaciones se realizaron utilizando la tarjeta y la clave del cliente. Lo anterior, en atención a la ventaja

³⁶ Referidas a los consumos de S/ 3 000,00 cada uno realizados el 28 y 29 de setiembre de 2015, respectivamente.

que posee la entidad financiera en cuanto al manejo de información y de medios disponibles para probar que las operaciones cuestionadas sí se efectuaron³⁷.

82. Así, debe precisarse que los medios de prueba usuales presentados por las empresas del sistema financiero para acreditar que los retiros realizados mediante cajeros automáticos fueron efectuados con una tarjeta y la clave secreta del cliente son los siguientes:
- a) Las “winchas auditoras” de los cajeros automáticos: Son documentos emitidos por el propio cajero automático, se indica la fecha, hora y monto de la operación, así como el número de tarjeta;
 - b) los “print de pantalla”: Estos documentos reproducen la imagen en pantalla del sistema que generó la *wincha* auditora;
 - c) los reportes Tandem: Son emitidos por el mismo sistema continuo en un formato de texto y contiene la información relativa a las operaciones autorizadas en un determinado cajero automático; y,
 - d) los reportes en formato “TXT”: En dichos documentos se consigna la misma información de las *winchas* auditoras, pero en formato de texto. Se suelen emitir cuando la operación reclamada tiene una antigüedad mayor a los 6 meses.
83. Ahora bien, en el presente caso el Banco, a efectos de acreditar el ingreso correcto de la tarjeta y clave para cada una de las operaciones analizadas, presentó copia de las “*winchas* Auditoras” de las dos (2) primeras operaciones del cual se desprende que los dos (2) retiros por S/ 3 000,00 cada uno, fueron efectuados con la tarjeta de crédito de la denunciante y su clave, siendo que de los mismos se desprende: (i) la fecha y hora; (ii) número de la tarjeta de crédito; (iii) el monto; y, (iv) el ingreso de su clave secreta.
84. En efecto, de la lectura de los argumentos presentados por la señora Agostini, se desprende que no es un hecho controvertido que las operaciones cuestionadas fueron realizados mediante el ingreso correcto de su tarjeta de crédito y la correspondiente clave secreta, siendo que la misma argumenta que fueron fue víctima del fraude financiero denominado “*skimming*”, mediante el cual terceros obtuvieron acceso a su tarjeta y clave; sin embargo, tal como se ha señalado previamente, lo alegado por la parte denunciada no ha quedado acreditado, siendo que en el presente procedimiento no existen indicios de la ocurrencia del fraude invocado.
85. Cabe agregar que, si bien la señora Agostini mencionó que correspondía a la Comisión solicitar al Banco la entrega de los vídeos de seguridad correspondientes a los retiros cuestionados, a efectos de verificar la validez de los mismos; tal como se señaló previamente, corresponde al administrado presentar los medios probatorios idóneos que -si quiera de manera indiciaria- acrediten sus afirmaciones.
86. Finalmente, cabe señalar que, si bien la denunciante mencionó que mediante Reclamo 1401218 del 2 de octubre de 2015, informó al Banco sobre la ocurrencia de operaciones sospechosas, sin que la entidad financiera haya cumplido con bloquear su tarjeta de crédito, induciéndola a error, lo cierto es que de la lectura del reclamo invocado no se

³⁷ Expediente 161-2007/CPC. Resolución 0270-2008/TDC-INDECOPI del 13 de febrero de 2008, en el procedimiento seguido por la señora María Emperatriz Azalde Delgado contra el Banco de Crédito del Perú.

aprecia que en el mismo haya solicitado el bloqueo de su tarjeta de crédito, por lo que corresponde desestimar dicho argumento.

87. Por lo expuesto, corresponde confirmar en parte la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que quedó acreditado que la entidad financiera adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante dos (2) operaciones que cumplieran con todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.
88. De otro lado, se revoca en parte la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el Banco; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

(iii) Sobre la medida correctiva ordenada

89. El artículo 114° del Código establece que, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor, el Indecopi puede dictar a pedido de parte o de oficio, medidas correctivas reparadoras o complementarias²⁴.
90. La finalidad de las medidas correctivas reparadoras es revertir a su estado anterior las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa²⁵, mientras que las

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 114°. - **Medidas correctivas.** Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

²⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras.115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción complementarias tienen por objeto revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que, en el futuro, ésta se produzca nuevamente²⁶.

91. En el presente caso, la Comisión ordenó al Banco como medida correctiva que, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de la notificación de la citada resolución, cumpla con extornar de la cuenta la tarjeta de crédito

de la señora Agostini el importe total de tres (3) de las operaciones cuestionadas, ascendente a un total de S/ 3 800,00, más los intereses, comisiones y gastos que pudieran haberse generado por las mismas hasta la fecha de cumplimiento de la medida correctiva.

92. No obstante, en el presente caso, este Colegiado ha determinado la responsabilidad administrativa del Banco, respecto de las cuatro (4) operaciones realizadas de manera posterior a la segunda operación del día 29 de setiembre de 2015, por cuanto estas se encontraban fuera de las características de las transacciones previamente realizadas por la denunciante, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.
93. En ese sentido, corresponde revocar la resolución apelada, en el extremo referido a la medida correctiva ordenada; y, en consecuencia, dictar como tal que el Banco, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con extornar de la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante el importe total de las operaciones cuestionadas, realizadas después de efectuada la segunda operación de S/ 3 000,00 (29/09/2015), más los cargos, intereses y comisiones generados por dichas operaciones hasta la fecha de su efectiva devolución.
94. Asimismo, se informa al Banco que deberá presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas a la Comisión en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código. De otro lado, se informa que en caso se produzca el incumplimiento del mandato, la parte denunciante deberá comunicarlo a la Comisión, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva

administrativa a su estado anterior. En caso el órgano resolutorio dicte una o varias medidas correctivas, debe considerar lo acordado por las partes durante la relación de consumo.

(...).

²⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias. Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro (...).

conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIRCOD-INDECOPI²⁷.

(iv) Sobre la sanción impuesta

95. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG recoge dentro de los principios de la potestad sancionadora administrativa el principio de razonabilidad²⁸,

según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del principio de razonabilidad, se encuentra el principio de proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.

96. Asimismo, el artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la sanción, la Comisión puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar²⁹.

²⁷ **RESOLUCIÓN 076-2017-INDECOPI/COD. APRUEBAN
DIRECTIVA 006-2017/DIR-COD-INDECOPI
DENOMINADA “DIRECTIVA QUE REGULA LOS PROCEDIMIENTOS EN
MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR PREVISTOS EN EL
CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR”.**

4.8. De las medidas correctivas.

En los supuestos en que el órgano resolutivo considere lo acordado por las partes durante la relación de consumo al dictar una o varias medidas correctivas; debe atender a que las mismas no contravengan las disposiciones recogidas en los Título II y III del Código referidos a los contratos de consumo y métodos comerciales abusivos.

En caso se ordenen medidas correctivas o medidas cautelares, la Resolución Final deberá apercibir al obligado, a presentar los medios probatorios que acrediten su cumplimiento en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo que se otorga para cumplir el mandato; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117 del Código.

En caso se produzca el incumplimiento del mandato, el beneficiado deberá comunicarlo al órgano resolutivo de primera instancia, el cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la presente Directiva.

²⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. APROBADO POR DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS.**

Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

29

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

Artículo 112°. - Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

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

1. El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.

97. Con relación a este principio, la doctrina sostiene que las autoridades deben prever que la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas pues de lo contrario se propiciaría la comisión de tales infracciones dada la rentabilidad de su comisión³⁰. Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones, de lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción.

2. La probabilidad de detección de la infracción.

3. El daño resultante de la infracción.

4. Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.

5. La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.

6. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.

Se consideran circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

1. La reincidencia o incumplimiento reiterado, según sea el caso.

2. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.

3. Cuando la conducta infractora haya puesto en riesgo u ocasionado daño a la salud, la vida o la seguridad del consumidor.

4. Cuando el proveedor, teniendo conocimiento de la conducta infractora, deja de adoptar las medidas necesarias para evitar o mitigar sus consecuencias.

5. Cuando la conducta infractora haya afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.

6. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas, dependiendo de cada caso particular.

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.

2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos adversos de la misma.

3. En los procedimientos de oficio promovidos por una denuncia de parte, cuando el proveedor se allana a la denuncia presentada o reconoce las pretensiones en ella contenidas, se da por concluido el procedimiento liminarmente, pudiendo imponerse una amonestación si el allanamiento o reconocimiento se realiza con la presentación de los descargos; caso contrario la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.

4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.

Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.

Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.

Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.

Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.

³⁰ **MORÓN, Juan Carlos.** Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

p. 627. *"Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción, sino su aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida pero que genere alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma".*

98. En el presente procedimiento, este Colegiado ha determinado la responsabilidad del Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones previamente realizadas por la denunciante, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

99. En virtud de ello, esta Sala considera que -a efectos de determinar la sanción correspondiente- se deben analizar los siguientes criterios:

Daño resultante de la infracción: La conducta infractora cometida por el Banco produjo un daño a la señora Agostini, en tanto la entidad financiera no cumplió con ejecutar el procedimiento de seguridad respectivo, lo que permitió que se cargaran operaciones no reconocidas a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante.

Beneficio ilícito: Este Colegiado considera que el beneficio ilícito en el presente procedimiento se encuentra referido al ahorro que obtuvo el Banco por no adoptar las medidas de seguridad adecuadas para prevenir las operaciones controvertidas.

Efectos generados en el mercado: Conductas infractoras como la verificada en el presente procedimiento generan desconfianza en sus clientes, así como a los consumidores que buscan la adquisición de los servicios financieros, siendo que ante hechos como los denunciados podrían asumir que la entidad financiera no cumple con ejecutar las medidas de seguridad respectivas para evitar la realización de operaciones no reconocidas.

Probabilidad de detección: La probabilidad de detección de esta infracción es alta en la medida que el consumidor se encuentra en la capacidad de detectar la infracción cometida de manera inmediata, por cuanto la afectación de su derecho es directa (al cargarle operaciones no reconocidas).

100. Asimismo, en virtud del principio de predictibilidad que orienta el procedimiento administrativo, este Colegiado considera que el monto de la multa a ser impuesta debe ser congruente con otras sanciones establecidas en procedimientos similares relacionados a entidades de intermediación financiera como el denunciado.
101. En ese sentido, teniendo en cuenta que en procedimientos anteriores iniciados como consecuencia de cuestionamientos similares a los analizados en el presente extremo la Sala ha impuesto multas de hasta 2 UIT³⁸, este Colegiado considera que corresponde imponer a la entidad financiera una sanción de igual cuantía.
102. Por lo expuesto, corresponde sancionar al Banco con una multa de 2 UIT, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

(v) Sobre la condena al pago de las costas y costos del procedimiento y la inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi

103. En la medida que el Banco no ha fundamentado su apelación respecto de los extremos referidos a la condena al pago de las costas y costos del procedimiento, ni sobre su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi -más allá de la alegada ausencia de responsabilidad desvirtuada precedentemente- se asumen como

³⁸ Véase Resolución 1527-2018/SPC-INDECOPI.

propias las consideraciones de la recurrida sobre tales puntos, en virtud de la facultad establecida en el artículo 6° del TUO de la LPAG.

104. En ese sentido, corresponde confirmar la resolución venida en grado en los extremos que condenó al Banco al pago de las costas y costos del procedimiento, y dispuso su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

(vi) Sobre la remisión de la resolución a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

105. Este Colegiado considera que, habiéndose verificado la comisión de las conductas infractoras imputadas contra el Banco y considerando que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP constituye la entidad reguladora y supervisora de las empresas que operan en el sistema financiero nacional, corresponde a la Sala remitirle periódicamente un informe de las sanciones impuestas en virtud de los procedimientos seguidos en su contra sobre la materia controvertida en el presente caso, para que, en el marco de sus competencias, adopte las medidas que considere pertinentes.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1 del 4 de marzo de 2016, la Resolución 6 del 15 de noviembre de 2017 y la Resolución 3690-2017/CC1 del 27 de diciembre de 2017, emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1, en los extremos que imputaron y se pronunciaron, respectivamente, sobre la conducta referida a que Banco Falabella Perú S.A. habría permitido que se realicen seis (6) operaciones con cargo a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante, sin su autorización. Ello, debido a que dicha conducta se encuentra subsumida en el análisis de la presunta falta de adopción de medidas de seguridad de la entidad financiera.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que quedó acreditado que la entidad financiera adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante dos (2) operaciones que cumplían con todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

TERCERO: Revocar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A.; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cuatro (4) operaciones que se encontraban fuera de las

características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución

CUARTO: Confirmar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por la señora Mariella Dora Agostini Sánchez contra Banco Falabella Perú S.A., por presunta infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que no quedó acreditada la clonación de la tarjeta de crédito adicional de la denunciante.

QUINTO: Revocar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo referido a la medida correctiva ordenada; y, en consecuencia, dictar como tal que Banco Falabella Perú S.A., en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con extornar de la línea de la tarjeta de crédito de la señora Mariella Dora Agostini Sánchez el importe total de las operaciones cuestionadas, realizadas después de efectuada la segunda operación de S/ 3 000,00 (29/09/2015), más los cargos, intereses y comisiones generados por dichas operaciones hasta la fecha de su efectiva devolución.

Se informa a Banco Falabella Perú S.A. que deberá presentar los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de la medida correctiva ordenada a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1 en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir del vencimiento del plazo otorgado para tal fin; bajo apercibimiento de imponer una multa coercitiva conforme a lo establecido en el artículo 117° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, se informa a la señora Mariella Dora Agostini Sánchez que en caso se produzca el incumplimiento del mandato, deberá comunicarlo a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 1, la cual evaluará la imposición de la multa coercitiva por incumplimiento de medida correctiva conforme a lo establecido en el numeral 4.11 de la Directiva 006-2017/DIR-COD-INDECOPI.

SEXTO: Sancionar a Banco Falabella Perú S.A. con una multa de 2 UIT, por infracción de los artículos 18° y 19° de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en la medida que quedó acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias con relación a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante.

SETIMO: Confirmar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que condenó a Banco Falabella Perú S.A. al pago de las costas y costas del procedimiento.

OCTAVO: Confirmar la Resolución 3690-2017/CC1, en el extremo que dispuso la inscripción de Banco Falabella Perú S.A. en el Registro de Infracciones y Sanciones el Indecopi.

NOVENO: Disponer que la Secretaría Técnica de la Sala informe a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la sanción impuesta a Banco Falabella Perú S.A., en virtud del presente procedimiento, para que, dicha entidad adopte las medidas que considere pertinentes, en el marco de sus competencias.

DÉCIMO: Requerir a Banco Falabella Perú S.A. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 203° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS1, precisándose además, que los actuados serán remitidos a la Sub Gerencia de Ejecución Coactiva para los fines de ley en caso de incumplimiento³².

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza y Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente

³² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 006-2017-JUS.**

Artículo 203°. - Ejecución forzosa.

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

El voto en discordia de la señora vocal Roxana María Irma Barrantes Cáceres únicamente sobre el análisis de fondo respecto a las medidas de seguridad adoptadas por la entidad financiera.

Antes de efectuar la evaluación del caso en concreto, la vocal que suscribe el presente voto considera necesario mencionar que se encuentra de acuerdo con la cuestión previa consignada en el voto en mayoría, respecto al análisis que se deberá realizar cuando un consumidor desconoce una operación registrada en su tarjeta de crédito o débito, debiendo imputar la misma en atención a las medidas de seguridad adoptadas por la entidad financiera. No obstante, no se encuentra de acuerdo con los fundamentos expresados en el caso de fondo, en atención a lo siguiente:

1. El artículo 18° del Código define la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función de lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitidas, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función de la propia naturaleza del producto o servicio y de su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. A su vez, el artículo 19° del Código indica que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos³³.
2. De conformidad con lo dicho, los proveedores tienen el deber de brindar los productos y servicios ofrecidos en las condiciones acordadas o en las que resulten previsibles, atendiendo a la naturaleza y circunstancias que rodean la adquisición del producto o la prestación del servicio, así como de la normatividad que rige su prestación.
3. El supuesto de responsabilidad administrativa en la actuación del proveedor impone a este la carga procesal de sustentar y acreditar que no es responsable por la falta de idoneidad del bien colocado en el mercado o del servicio prestado, sea porque actuó cumpliendo con las normas debidas o

³³ **LEY 29571. MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1308 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2016, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Artículo 18°. Idoneidad.** Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

Artículo 19°. Obligación de los proveedores. El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

porque pudo acreditar la existencia de hechos ajenos que lo eximen de responsabilidad. Así, una vez acreditado el defecto por el consumidor o la autoridad administrativa, corresponde al proveedor acreditar que aquel no le es imputable³⁴.

4. La señora Agostini denunció que se habían efectuado consumos que no reconocía con cargo a su tarjeta de crédito, conforme al siguiente detalle:

<i>Fecha de operación</i>	<i>Detalle</i>	<i>Importe S/</i>
28/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
29/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
30/09/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	3 000,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	2 600,00
01/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	400,00
02/10/2015	Retiro efectivo Rapicash-Caj	800,00
Total		12 800,00

5. Agregó que el Banco no cumplió con alertarla sobre la realización de las citadas operaciones, pese a que estas eran inusuales a su patrón de consumo.
6. Al respecto, la Comisión declaró infundada la denuncia contra el Banco, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que consideró que no quedó acreditado que omitió adoptar las medidas de seguridad necesarias a efectos de evitar que terceros realicen operaciones con la tarjeta de crédito de la denunciante.
7. En el presente caso, el Banco ha señalado que contaba con un mecanismo de monitoreo de transacciones el cual se establecía en atención al total de operaciones realizadas por el tarjetahabiente (consumos, retiros, otros), la frecuencia diaria, montos máximos, historial crediticio, siendo que -ante la detección de un consumo inusual- procedían a alertar al tarjetahabiente sobre su ocurrencia.

34

**LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.
Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor.**

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

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

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18. A criterio de la Comisión, las normas reseñadas establecen un supuesto de responsabilidad administrativa, conforme al cual los proveedores son responsables por la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado. Ello no impone al proveedor el deber de brindar una determinada calidad de producto a los consumidores, sino simplemente el deber de entregarlos en las condiciones ofrecidas y acordadas, expresa o implícitamente.

8. Al respecto, se debe tener en consideración que, respecto de operaciones cuestionadas realizadas con tarjeta de débito o crédito³⁹ es una condición implícita en los servicios financieros ofertados en el mercado, que se integra a su idoneidad, la garantía que otorgan sus proveedores de que adoptarán las medidas de seguridad que fueran necesarias para garantizar que el patrimonio de los consumidores se encuentre debidamente resguardado.
9. De este modo, al constituir las operaciones fraudulentas un riesgo típico derivado del desarrollo de actividades de intermediación financiera, los bancos deben adoptar medidas de seguridad que contribuyan a reducir la posibilidad de que este tipo de transacciones se realicen.
10. En esa línea, la Resolución SBS 6523-2013, que aprobó el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (en adelante, el Reglamento), en su artículo 17° prescribe lo siguiente:

“Artículo 17.- Medidas de seguridad respecto al monitoreo y realización de las operaciones

Las empresas deben adoptar como mínimo las siguientes medidas de seguridad con respecto a las operaciones con tarjetas que realizan los usuarios:

- 1. Contar con sistemas de monitoreo de operaciones, que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual de consumo del usuario.*
 - 2. Implementar procedimientos complementarios para gestionar las alertas generadas por el sistema de monitoreo de operaciones.*
 - 3. Identificar patrones de fraude, mediante el análisis sistemático de la información histórica de las operaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones.*
 - 4. Establecer límites y controles en los diversos canales de atención, que permitan mitigar las pérdidas por fraude.*
- (...)”*

11. Al respecto, la vocal que suscribe el presente voto considera que, a efectos de determinar el comportamiento habitual de un cliente, las entidades financieras deben observar el tipo de transacciones que suele realizar, la frecuencia entre operación y operación, así como el monto de forma individualizada; con la finalidad de que generen la alerta de manera oportuna, esto es, antes de que se produzcan operaciones fraudulentas, y no determinar el patrón únicamente en virtud del consumo total mensual generado por el cliente.
12. De la revisión de lo afirmado por la denunciante y sus estados de cuenta se aprecia que, si bien la consumidora realizó disposiciones de su línea de crédito (por operación) de hasta S/ 3 030,22 (setiembre de 2014), nunca efectuó operaciones por tal importe de manera consecutiva; en ese sentido, la vocal que suscribe el presente voto considera que el Banco debió generar la alerta correspondiente con la realización del

³⁹ Resolución 2354-2015/PSC-INDECOPI del 23 de julio de 2015.

segundo retiro cuestionado por S/ 3 000,00, debiendo haber evitado que se procese el citado retiro.

13. Por lo cual, es posible concluir que el sistema del Banco debió generar una alerta durante la segunda operación, debido a que esta no era parte del patrón de consumo que tenía la denunciante -por frecuencia y cantidad de operaciones-; y, en consecuencia, debió ponerlo en conocimiento del cliente a fin de que no se procesara dicha operación y se evitaran las siguientes operaciones.
14. Por consiguiente, en el presente caso, ha quedado acreditado que pese a encontrarse obligado, el Banco no cumplió con alertar a la denunciante sobre las operaciones controvertidas, ello desde realizada la segunda operación cuestionada, pese a que dicha transacción no era acorde a su comportamiento en el uso de su tarjeta de débito.
15. Por lo expuesto, corresponde confirmar en parte la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el Banco, por presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que quedó acreditado que la entidad financiera adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante una (1) operación que cumplía con todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.
16. De otro lado, corresponde revocar en parte la resolución venida en grado, en el extremo que declaró infundada la denuncia contra el Banco; y, en consecuencia, se declara fundada la misma, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, al haberse acreditado que no adoptó las medidas de seguridad necesarias, toda vez que cargó a la línea de la tarjeta de crédito de la denunciante cinco (5) operaciones que se encontraban fuera de las características de las transacciones que usualmente realizaba, sin la concurrencia de todos los requisitos de validez exigidos para su ejecución.

ROXANA MARÍA IRMA BARRANTES CÁCERES

