

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**Criterios para resolver casos de operaciones no reconocidas efectuadas
mediante el uso de tarjetas de crédito o débito**

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

AUTOR

Cristian Mauro Mora Cabrera

ASESOR:

Javier Mihail Pazos Hayashida

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20087258

AÑO

2020

RESUMEN

El presente trabajo se enfoca en analizar determinados pronunciamientos por parte de la Sala de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en materia de operaciones no reconocidas efectuadas mediante la utilización de tarjetas de crédito o débito. En ese sentido, tiene como objetivo analizar qué criterios deben ser considerados por las entidades financieras -al implementar sus sistemas de monitoreo- y por la autoridad resolutoria de INDECOPI al ordenar la devolución del monto por operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito o débito.

Se partirá por exponer los criterios que han sido utilizados por los órganos resolutorios de INDECOPI al ordenar la devolución del monto por operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito o débito. Así, se encontrará que existe una sostenida discrepancia de criterios por parte del voto mayoritario y el voto en discordia en las resoluciones emitidas relativas a este tipo de operaciones. En segundo lugar, se describirá el sentido de la perspectiva constitucional del derecho de protección al consumidor financiero del cual se tendrá que una tutela efectiva de protección al consumidor financiero implica tomar en consideración la vulnerabilidad de determinados usuarios. Finalmente, en base a lo analizado en los dos capítulos precedentes, se planteará a algunas propuestas normativas las cuales apuntan a mejorar el tratamiento actual de las operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito o débito.

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	03
II. Criterios utilizados por los órganos resolutivos de INDECOPI en los casos de operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito o débito	05
2.1. Discrepancia respecto al criterio de la habitualidad de consumo	05
2.2. Discrepancia respecto al criterio para ordenar la devolución por operaciones no reconocidas	09
III. El sentido de la perspectiva constitucional del derecho de protección al consumidor financiero	13
3.1. Marco regulatorio de protección al consumidor financiero	13
3.2. Medidas de seguridad que operan en el servicio financiero vinculado a las tarjetas de crédito	14
3.3. Perspectiva constitucional del derecho de protección al consumidor financiero	19
IV. Propuesta respecto al tratamiento de las operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito o débito	25
V. CONCLUSIONES	29
VI. BIBLIOGRAFÍA	30

I. INTRODUCCIÓN

Del anuario de estadísticas institucionales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del año 2019, podemos notar que en dicho año se registraron un total de 70998 reclamos. De estos, los servicios financieros son la actividad económica con mayor número de reclamos alcanzando una cifra de 27644 (38.94 %), muy por encima de la segunda actividad la cual registra una cifra de 8062 (8.62% del total).

Asimismo, de estos 27644 reclamos correspondientes a servicios financieros, 14423 corresponde al servicio vinculado a las tarjetas de crédito, es decir más del 52% del total. De esto, se evidencia que es un servicio que está en constante cuestionamiento por parte de los consumidores, y por lo tanto es imprescindible que los criterios usados por los órganos resolutivos de Indecopi sean claros y estén adecuadamente establecidos.

En este panorama al observar distintas resoluciones -relativas a casos de operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito o débito- emitidas por la Sala de Protección al Consumidor podemos notar que el voto mayoritario se decantaba por un criterio el cual no ofrecía mayor justificación para dejar de lado el criterio empleado por el voto discordante.

Entendemos pues que dicho problema tiene como una de las causas a que la normativa sectorial no ofrece un criterio claro sobre el particular dejando abierta la elección de uno u otro criterio a los órganos resolutivos de Indecopi encargados de resolver las controversias en materia de operaciones no reconocidas realizadas mediante tarjeta de crédito y débito.

Es por dicha razón que en el presente trabajo buscaremos identificar cuál(es) deben ser los criterios a considerar en la devolución por operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito y débito.

Así, para ello identificaremos qué criterios ha utilizado la Sala de Protección al Consumidor para resolver casos referidos a la materia descrita. Asimismo, desarrollaremos cuál es la perspectiva constitucional que debe tener una efectiva tutela de protección al consumidor financiero. Finalmente, habiendo desarrollado ambos puntos, propondremos un tratamiento normativo con el fin de mejorar el tratamiento actual de las operaciones fraudulenta realizadas con tarjeta de crédito o débito.



II. CRITERIOS UTILIZADOS POR LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS DE INDECOPI EN LOS CASOS DE OPERACIONES NO RECONOCIDAS REALIZADAS CON TARJETA DE CRÉDITO O DÉBITO.

En varias resoluciones que versan sobre operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito o débito, se han presentado discrepancias entre un criterio que asumía la Sala de Protección al Consumidor y el criterio que asumía el voto discordante en dicha misma resolución.

Es por ello que, dada la relevancia de situación descrita anteriormente, abordaremos la discrepancia existente respecto a la consideración de si determinadas operaciones no reconocidas forman parte del consumo habitual del cliente, y respecto a la discrepancia del criterio que se utiliza para ordenar que una entidad financiera proceda con la devolución de las operaciones no reconocidas por los usuarios, una vez reconocida la alerta que se debió generar.

2.1. Discrepancia respecto al criterio de la habitualidad de consumo

Abordando lo propuesto en el presente capítulo, en primer lugar, nos referiremos al criterio que se utiliza para determinar si una operación no reconocida se encuentra dentro del consumo habitual de un cliente financiero o si se encuentra fuera del mismo, y cuáles son los argumentos legales para decantarse por un criterio u otro.

Sobre el particular citaremos algunos ejemplos para clarificar la discrepancia a la cual nos estamos refiriendo. Como primer ejemplo citaremos la Resolución N° 2272-2018/SPC- INDECOPI:

Resolución N° 2272-2018/SPC-INDECOPI:

En este caso de la citada resolución, la denunciante interpone su denuncia y señala como no operaciones no reconocidas las siguientes operaciones organizadas en el cuadro:

Fecha de operación	Detalle	Importe S/
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

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

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, teniendo en cuenta que] **la primera operación de S/ 3 000,00 se encontraba dentro del patrón de consumo que de la denunciante por periodo** [...]se verifica que la primera operación no era inusual respecto del patrón de consumo de la denunciante...

[Respecto a la segunda operación ocurrida el] 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.

Criterio adoptado por el Voto discordante en la misma resolución:

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.

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

De lo citado anteriormente, podemos notar que la discrepancia se produce respecto al criterio con el cual se deben identificar a las operaciones inusuales. Mientras -por un lado- el voto mayoritario de la Sala de Protección al Consumidor considera que el análisis debe ser hecho respecto al monto total consumido en un mes, por otro lado, el voto discordante considera que la identificación de operaciones inusuales debe ser realizada considerando el monto de forma individualizada.

Es decir, si consideramos un criterio mensual, ello significa que el mayor monto de todas las operaciones realizadas anteriormente en un mes configurará un consumo habitual de modo que todo monto mensual superior al monto anteriormente señalado, configurará una operación inusual.

Caso distinto resulta de aplicar el criterio por el que se decanta el voto en discordia. Según este, el consumo habitual quedará configurado por el historial de operaciones individualmente consideradas. Así, el mayor monto del historial de operaciones individualmente consideradas determinará que toda operación posterior que la supere configure una operación inusual.

Como se puede notar de lo anteriormente descrito, la adopción de un criterio u otro no se detiene en un aspecto teórico sino que en buena cuenta determina qué operaciones quedarán configuradas como inusuales lo cual posteriormente podrá devenir en operaciones que son materia de devolución hacia el tarjetahabiente.

De igual manera, otro caso que nos permite ejemplificar estos criterios anteriormente señalados, se encuentra en la Resolución N°2317-2018/SPC-INDECOPI:

Resolución N° 2317-2018/SPC-INDECOPI:

En este caso, se trata de 26 operaciones efectuadas con tarjeta de débito, todas ellas efectuadas mediante retiro en cajero automático, respecto a las cuales el tarjetahabiente denunciante señala no haber realizado ninguna de ellas. Así, las 6 primeras operaciones son las que se encuentran organizadas en el siguiente recuadro:

FECHA	CANAL	IMPORTE S/
31/10/2014	ATM	500
31/10/2014	ATM	500
05/11/2014	ATM	500
05/11/2014	ATM	500

15/11/2014	ATM	500
15/11/2014	ATM	1500

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

Se evidencia que **el señor García no realizaba dentro de un periodo mensual operaciones mayores a la suma total de S/ 1 430,00**, por lo que resultaba inusual y sospechoso que efectuara retiros por cajero automático por montos manifiestamente superiores a dicho parámetro incluso en los primeros días de un periodo mensual[...].

Criterio adoptado por el Voto discordante en la misma resolución:

Teniendo en cuenta ello, la vocal que suscribe el presente voto considera que en el caso en concreto **debió generarse la alerta durante la sexta operación por el monto de S/ 1 500,00, en tanto que el denunciante no efectuaba retiros por monto mayores a S/ 1 150,00 por cajero automático**, por lo que la entidad financiera debió impedir que se procese la sexta operación y las siguientes 21 operaciones con cargo a la cuenta de ahorros N° ****-063 de titularidad del denunciante.

De la misma manera que ocurrió con el primer ejemplo, de lo anteriormente citado podemos notar que la discrepancia se produce respecto al criterio con el cual se deben identificar a las operaciones inusuales. Mientras -por un lado- la Sala de Protección al Consumidor considera que el análisis debe ser hecho respecto al monto total consumido en un mes, por otro lado, el voto discordante considera que la identificación de operaciones inusuales debe ser realizada considerando el monto de forma individualizada.

Así, para la Sala de Protección al Consumidor el comportamiento habitual debe estar configurado- entre otros elementos- por el mayor monto mensual de operaciones financieras. En base a dicho criterio es que se determina que la mayor sumatoria mensual de operaciones corresponde a un monto de S/. 1430 lo cual determina que toda sumatoria de operaciones mayor a dicho monto configurará operaciones inusuales.

Siendo ello así, considerando lo expresado en el cuadro de operaciones, se puede visualizar que en el mes de octubre (ver cuadro anterior) se realizaron operaciones por un monto total de S/. 1000 lo cual no supera el monto de S/.1430 por lo que estas se encuentran dentro del consumo habitual del cliente.

Asimismo, observando las operaciones del mes de noviembre (ver cuadro anterior) con la tercera operación se llegó al monto total de S/. 1500 lo cual supera a los S/. 1430 por lo que la operación del 15/11/2014 cuyo monto es de S/.500(así como las operaciones posteriores) queda fuera del parámetro anteriormente descrito.

Caso distinto resulta de aplicar el parámetro de consumo de operación individualmente considerada ya que del histórico de transacciones la mayor de estas fue por un monto de S/. 1150 lo cual hace que recién desde la operación S/.1500 del 15/11/2014 configuren operaciones inusuales.

2.2. Discrepancia respecto al criterio para ordenar la devolución por operaciones no reconocidas

Habiendo desarrollado la discrepancia referida a la habitualidad de consumo, en este apartado nos referiremos al criterio que se utiliza para ordenar que una entidad financiera proceda con la devolución de las operaciones no reconocidas por los usuarios.

Sobre el particular citaremos algunos ejemplos para clarificar la discrepancia a la cual nos estamos refiriendo. Como primer ejemplo citaremos la Resolución N° 3412-2018/SPC- INDECOPI:

Resolución N° 3412-2018/SPC-INDECOPI:

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

A criterio de este Colegiado- en su mayoría -considera que el Banco debió alertar al denunciante a partir de la segunda operación y bloquear la tarjeta de crédito; pues no resulta posible que el Banco bloquee la tarjeta de crédito antes de la realización de la primera operación. (El subrayado es nuestro)

Criterio adoptado por el Voto discordante en la misma resolución:

Por lo cual, es posible concluir que el sistema del **Banco debió generar una alerta durante la primera operación,** debido a que esta no era parte del patrón de

consumo que tenía el denunciante -por inactividad de su tarjeta de crédito- ; y, en consecuencia, debió ponerlo en conocimiento del cliente **a fin de que no se procesara dicha operación y se evitaran las siguientes operaciones.** (El subrayado es nuestro)

De los considerandos citados anteriormente, podemos notar que la discrepancia se produce luego de identificar el patrón de fraude. Esto es, si la operación que define dicho patrón debe considerarse materia de devolución o si no corresponde ello.

Así, al identificarse la operación que determina un patrón de fraude se debe generar una alerta, la discrepancia radica en si dicha alerta debe generarse durante la transacción que confirma el patrón de fraude, con lo cual dicha operación sería materia de devolución; o si la alerta debe generarse después de la transacción que determina el patrón de fraude con lo cual dicha operación no sería materia de devolución por parte de la entidad financiera denunciada sino solo las siguientes a ella.

Si bien es cierto en esta resolución el uso del criterio de la Sala o el del voto discordante no tiene consecuencias directas en el consumidor debido a que la Sala luego de determinar el patrón de fraude y señalar que correspondió al Banco emitir una alerta luego de la primera operación para que esta y las siguientes no se realicen, al analizar la validez de la primera operación esta no fue corroborada por el Banco al no presentar documentación que acredite la autorización del denunciante y, como consecuencia, fue materia de devolución.

Sin embargo, si es que el Banco hubiera presentado la documentación que acredite que dicha operación fue autorizada en cumplimiento de lo señalado en el artículo 9 del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, el monto de la primera operación no hubiera sido materia de devolución hacia el denunciante y este habría resultado perjudicado directamente.

Así, un caso en el que podemos evidenciar la importancia de la adopción del criterio que es materia de análisis, es la Resolución N° 2317-2018/SPC-INDECOPI. En esta, si bien también existe una discrepancia respecto a otro criterio referido a la determinación del patrón de fraude (de igual manera coinciden en que la sexta operación es la que determina el fraude), nos centraremos en el criterio referido al momento en el que se debe emitir la alerta como consecuencia de la realización de

operaciones fraudulentas.

Resolución N° 2317-2018/SPC-INDECOPI:

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

De lo citado, se evidencia que el señor García no realizaba dentro de un periodo mensual operaciones mayores a la suma total de S/ 1 430,00, por lo que resultaba inusual y sospechoso que efectuara retiros por cajero automático por montos manifiestamente superiores a dicho parámetro incluso en los primeros días de un periodo mensual, **debiendo el sistema de monitoreo de la entidad financiera generar la alerta luego del sexto retiro de efectivo**, y comunicarse con el denunciante para que este bloqueara temporalmente su tarjeta de débito **y se evitara que se procesaran las siguientes 21 operaciones**, en tanto que las primeros cinco retiros sí estuvieron dentro de su parámetro. (El subrayado es nuestro)

Criterio adoptado por el voto discordante en la misma resolución:

Por lo cual, es posible concluir que el sistema del Banco **debió generar una alerta durante la sexta operación**, debido a que esta no era parte del patrón de consumo que tenía el denunciante para este tipo de operaciones— por monto - y, en consecuencia, debió ponerlo en conocimiento del cliente **a fin de que no se procesara dicha operación y se evitaran las siguientes operaciones**. (El subrayado es nuestro)

El caso citado anteriormente trata acerca de 27 operaciones no reconocidas por el titular de la tarjeta de débito. Así, como se puede apreciar, tanto para la Sala como para el voto discordante el patrón de fraude es determinado con la sexta operación financiera realizada.

Sin embargo, la Sala considera que la alerta se debió generar luego de la sexta operación, con lo cual solo las 21 operaciones financieras siguientes serían materia de devolución). Contrariamente a ello, el voto discordante considera que la alerta se debió generar durante la sexta operación, con lo cual esta y las 21 siguientes serían materia de devolución. Es decir, con este segundo criterio, serían 22 las operaciones materia

de devolución.

Siendo ello así, podemos notar el que criterio bajo comentario no es de poca importancia ya que en definitiva puede determinar el número de operaciones que corresponden ser materia de devolución hacia el denunciante. Así, podemos citar diversos ejemplos que presentan la misma controversia tales como la Resolución N° 1679-2018/SPC-INDECOPI¹, la Resolución N°1548-2018/SPC-INDECOPI², entre otros.

¹ **Resolución N° 1679-2018/SPC-INDECOPI:**

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

De lo señalado, se evidencia que la señora Castro no realizaba dentro de un periodo de facturación transacciones mayores a la suma total de S/ 2 650,69, por lo que resultaba inusual y sospechoso que efectuara tres consumos por importes manifiestamente superiores a dicho parámetro, siendo uno de ellos por la suma de S/ 6 961,68 y los dos restantes por S/ 7 229,16, **debiendo el sistema de la entidad financiera generar la alerta** luego de la primera transacción, y comunicarse con la denunciante para que esta bloqueara temporalmente la tarjeta de crédito **y se evitara que se procesaran las siguientes** dos operaciones.

Criterio adoptado por el voto discordante en la misma resolución:

Por lo cual, es posible concluir que el sistema del Banco **debió generar una alerta durante la primera operación**, debido a que esta no era parte del patrón de consumo que tenía la denunciante para este tipo de operaciones— por montos, 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.**

² **Resolución N°1548-2018/SPC-INDECOPI:**

Criterio adoptado por la Sala de Protección al Consumidor:

Entonces, es posible concluir que **el sistema del Banco debió generar una alerta luego de la tercera operación ascendente a US\$ 2 371,00**, debido a que esta rompía con el comportamiento que tenía la denunciante hasta el momento para este tipo de operaciones— por montos, frecuencia y cantidad de operaciones—

; y, en consecuencia, debió poner en conocimiento del cliente **a fin de que pudiera evitar las siguientes operaciones**, siendo que en este caso se produjeron -a partir de dicho momento- dos (2) transferencias, cuestionadas por la señora Amaya, por los importes de US\$ 971,00 y US\$ 512,00. No obstante, la entidad financiera no cumplió con ello.

Criterio adoptado por el voto discordante en la misma resolución:

Por lo cual, es posible concluir que el sistema del Banco **debió generar una alerta durante la segunda operación**, debido a que esta rompía con el comportamiento que tenía la denunciante hasta el momento para este tipo de operaciones— por montos, 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.**

III. EL SENTIDO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN MATERIA DE OPERACIONES NO RECONOCIDAS REALIZADAS MEDIANTE TARJETA DE CRÉDITO

3.1. Marco regulatorio de protección al consumidor financiero

En este acápite analizaremos brevemente el marco regulatorio de protección que recibe el consumidor financiero el cual “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 el mercado financiero en una mejora de sus servicios, premiando a aquellos proveedores que cumplan con sus expectativas” (Álvarez 2017:12).

En primer lugar, debemos tener en cuenta que los reclamos que se han presentado ante el Indecopi debido a una posible afectación a los intereses de consumidores financieros respecto a transacciones no reconocidas efectuadas con tarjeta de crédito, estos han sido encausados por los órganos resolutivos que aplicaban³ el actualmente derogado Decreto Legislativo N° 716 como presuntas infracciones al artículo 8 el cual consagraba el deber de idoneidad (Resolución N° 1702-2010/SC2 – INDECOPI: 7)

En esa misma lógica, en la actualidad los órganos resolutivos de Indecopi encausan las operaciones no reconocidas efectuadas con tarjeta de crédito aplicando los artículos 18 y 19 del vigente Código de Protección al Consumidor (Resolución N° 2317-2018/SPC – INDECOPI:14)⁴. Así, el artículo 18 consagra al deber de idoneidad entendido como la correspondencia entre lo que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe. Por su parte, el artículo 19 dispone que es obligación del proveedor responder por la idoneidad del producto o servicio ofrecido.

Ahora bien, el artículo 20 del Código de Protección y Defensa del Consumidor nos indica de qué manera podemos determinar la idoneidad de un servicio financiero teniendo en cuenta que no toda expectativa de un consumidor financiero se encuentra

³ Como ejemplos podemos señalar las siguientes resoluciones que Indecopi ha emitido durante la vigencia del Decreto Legislativo N° 716: Resolución N° 1702-2010/SC2 – Indecopi y Resolución N° 2610-2010/SC2 – Indecopi.

⁴ Como ejemplos podemos señalar las siguientes resoluciones que Indecopi ha emitido con el vigente Código de Protección al Consumidor, Ley N° 29571: Resolución N° 2317-2018/SPC – Indecopi, Resolución N° 1971-2017/SPC – Indecopi y Resolución N° 2519-2019/SPC – Indecopi.

amparada por el Código de Protección y Defensa del Consumidor sino únicamente la que corresponde a una que se fundamente en los elementos que este artículo define.

Así, el referido artículo señala que para determinar la idoneidad de un servicio, este debe ser comparado con las garantías que el proveedor está brindando y a las que se encuentre obligado. Así, estas garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas.

De esta manera, la garantía legal, la cual prevalece sobre las otras, está referida al mandato de la ley o de las regulaciones vigentes. Respecto al servicio vinculado a la tarjeta de crédito la garantía legal está comprendida por las normas aplicables del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571), por la regulación establecida en las normas de la Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros (Ley N° 28587), de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702) del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (Resolución SBS N° 3274-2017)⁴, y del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (Resolución SBS N° 6523-2013). Así, en lo que resulte aplicable, estas se entienden incluidas en el contrato mediante el cual se contrata este servicio.

Por su parte, si consideramos a la garantía explícita, la cual prima sobre la implícita, esta se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor.

Respecto a la garantía implícita, esta existe cuando ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el servicio cumple con los fines previsibles para los que ha sido adquirido por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado.

3.2. Medidas de seguridad que operan en el servicio financiero vinculado a las tarjetas de crédito

Teniendo en cuenta las distintas relaciones que se configuran con la contratación del mencionado servicio financiero de tarjeta de crédito, podemos inferir que la idoneidad de este servicio no se limita únicamente a la posibilidad misma de usar la tarjeta de

crédito por parte del titular, sino que abarca ciertas obligaciones por parte del Banco en su calidad de proveedor.

En ese mismo sentido, la Comisión de Protección al Consumidor en fundamento 40 de la Resolución N° 4529-2012/CPC señaló que la idoneidad de los servicios prestados por el Banco emisor de la tarjeta de crédito no se restringe únicamente a “la adecuada expedición del plástico y la prestación del servicio de crédito en caso el consumidor emplee la línea de crédito otorgada, sino que dichos servicios también implican un deber de seguridad” por parte del Banco.

Ello es así debido a que, continúa la Comisión, “resulta razonable que aquellos clientes que se afilian a una tarjeta de crédito esperen que la entidad financiera adopte las medidas de seguridad pertinentes dirigidas a impedir que se efectúen operaciones no reconocidas que luego sean cargadas al consumidor”.

Siendo ello así, como ya adelantamos anteriormente, el análisis de las operaciones no reconocidas en uso de una tarjeta de crédito, debe ser encausado mediante el artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor el cual define la idoneidad del producto/servicio. De igual manera, el artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor complementa lo anterior y dispone que proveedores son responsables por la idoneidad de los productos/ servicios que ofrecen en el mercado.

Así, ante una denuncia del consumidor financiero en la cual se alegue una posible falta de idoneidad en el servicio brindado por el Banco (el no reconocimiento de operaciones efectuadas con la tarjeta de crédito de su titularidad), corresponde al Banco acreditar que no es responsable de ello por haber cumplido con las garantías o por haber podido acreditar la existencia de hechos ajenos.

Lo anterior se debe a que -tal como lo señala la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima⁵- en atención a la teoría de la carga de la prueba dinámica, “la carga de la prueba en los casos de supuesta infracción a las normas de protección al consumidor en el extremo del

⁵ Hacemos referencia al fundamento cuarto de la Resolución N°24 del Expediente N° 7169-2014 que emitió la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de junio del 2017.

cumplimiento de la obligación con el deber de idoneidad en el ofrecimiento del producto o servicio, recae sobre el proveedor”.

Como ya adelantamos anteriormente, la garantía legal del servicio financiero vinculado a la tarjeta de crédito que el Banco brinda a su usuario, está constituida - entre otras- por las normas del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, así como por el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero. Así, el artículo 9 del mencionado reglamento, para el caso de tarjetas de crédito⁶, dispone lo siguiente:

Artículo 9.-Cargos

Las empresas cargarán el importe de los bienes, servicios y obligaciones que el usuario de la tarjeta de crédito adquiera o pague utilizándola, de acuerdo con las órdenes de pago que este suscriba o autorice; el monto empleado como consecuencia del uso de alguno de los servicios descritos en el artículo 7° del Reglamento, en caso corresponda; así como las demás obligaciones señaladas en el contrato de tarjeta de crédito, conforme a la legislación vigente sobre la materia.

Las órdenes de pago y firmas podrán ser sustituidas por autorizaciones a través de medios electrónicos y/o firmas electrónicas sujetas a verificación por las empresas, entidades que esta designe o por las entidades acreditadas para tal efecto, conforme al marco normativo aplicable, así como por autorizaciones expresas y previamente concedidas por el titular de la tarjeta de crédito. (El subrayado es nuestro).

Sobre el mismo se puede extraer que la entidad financiera emisora podrá cargar a la línea de crédito el importe de las operaciones que se hayan realizado con la tarjeta de crédito siempre que cuente con órdenes de pago suscritas por el titular. De igual manera, estas órdenes de pago podrán ser sustituidas por autorizaciones realizadas por medio de mecanismos electrónicos y/o firmas electrónicas.

Respecto a lo anterior, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP mediante Oficio N° 26791-2017-SBS –en respuesta a una comunicación por parte de la Comisión de Protección al Consumidor N°1 de Indecopi- señaló que “no puede considerarse a la impresión de pantalla del sistema electrónico del sistema interno de la empresa, así

⁶ Para el caso de tarjetas de débito el artículo correspondiente es el número 14 del Reglamento de Tarjetas de Crédito y de Débito.

como a la constancia emitida por el sistema de la empresa procesadora de pagos a la que pertenece la tarjeta, como autorizaciones a través de medios electrónicos y/o firmas digitales”.

Posteriormente, en aclaración al mencionado Oficio N° 26791-2017-SBS, dicha Superintendencia emitió dos años después del primero el Oficio N° 1793-2019-SBS precisando que “[...] no es necesario el empleo exclusivo de un voucher firmado por este, sino que es factible emplear otros registros electrónicos siempre que permitan verificar la voluntad del cliente de realizar dichas operaciones, y que constituyan constancia que acredite la realización de las mismas”.

Es decir, adicionalmente a la validación de las operaciones empleando vouchers firmados por el titular de la tarjeta de crédito, otra alternativa de validación son aquellas que se realizan por medios electrónicos, lo importante en último término será que el medio demuestre que el usuario ha dado su consentimiento de realizar la operación financiera.

Así, ello es concordante con lo señalado en el artículo 49 del Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero el cual dispone que durante la ejecución del contrato referido a servicios financieros (por ejemplo, el vinculado a las tarjetas de crédito), la entidad financiera debe hacer uso de algún factor de autenticación (tales como dispositivos físicos o virtuales en posesión del cliente, su firma manuscrita, huella digital, clave de identificación, firma o certificado digital, entre otros), o una combinación de ellos.

Sin embargo, como podemos ver, esto ya encontraba cierta regulación con el artículo 49(b) del Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero ya que en él se disponía que la empresa debe contar con mecanismos adecuados que garanticen la seguridad y deje constancia de la aceptación por parte del cliente.

Por otro lado, considerando a las operaciones no reconocidas, otras disposiciones que las entidades financieras emisoras de tarjetas de crédito deben aplicar son las medidas de seguridad vinculadas al monitoreo y ejecución de las transacciones. Así, el artículo 17 del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito dispone 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[...]

Respecto a estas medidas, la Comisión de Protección al Consumidor se refirió a ellas cuando el actualmente derogado Reglamento de Tarjetas de Crédito (aprobado mediante Resolución SBS 264- 2008) las recogía en su artículo 11. Así, dicho órgano resolutivo señaló que el fin monitorear las operaciones realizadas por sus clientes es detectar de forma oportuna y adecuada aquellas transacciones que podrían calificarse como atípicas y así reducir el riesgo de fraude (Resolución Final N° 4529-2012/CPC-INDECOPI: 43).

Como podemos notar del numeral 1, una medida de seguridad, que es obligación del Banco Interamericano de Finanzas implementar, está referida a la implementación de un sistema de monitoreo. Así, un criterio para discernir entre una operación válida de otra fraudulenta es el comportamiento habitual de consumo del titular de la tarjeta de crédito.

Así, en el inciso 5 del artículo 2 del propio Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito se define al comportamiento habitual de consumo del usuario como al tipo de operaciones que este normalmente realiza con sus tarjetas. Para ello, según se menciona, se debe tener en cuenta distintos factores tales como el país de consumo, el tipo de comercio, la frecuencia, entre otros, los cuales pueden ser identificados

sobre la base de la información histórica de las operaciones registradas en la empresa.

De igual manera, otra obligación impuesta a las entidades financieras emisoras de tarjetas de crédito -dispuesta por el numeral 2 del artículo bajo comentario- está referida a generar alertas sobre la base de las operaciones inusuales que su sistema de monitoreo debe registrar.

Es decir, la obligación no consiste en generar las alertas respecto de las operaciones inusuales que pudiera identificar su sistema de monitoreo, sino que las alertas que se deben generar son respecto de a las operaciones que su sistema de seguridad debió identificar. Esto debido a que son precisamente las alertas generadas una de las formas en las que el Banco materializa su deber de idoneidad de cara al usuario.

Tal como lo señala Anibal Galarreta, estas alertas –por ejemplo- pueden consistir en el envío de comunicaciones al correo electrónico o al número celular del titular de la tarjeta informando el monto y tipo de comercio (Galarreta 2015: 17). Así, con ello, el usuario tendrá la posibilidad de confirmar o rechazar la operación en caso esta resulte ser fraudulenta.

3.3. Perspectiva constitucional del derecho de protección al consumidor financiero

En este apartado buscaremos proponer el sentido con el que debe ser entendido el derecho de protección al consumidor financiero. Para ello, primero es necesario contextualizarlo en el modelo económico en el que se desarrolla, tratar las implicancias de dicho derecho, desarrollar la regulación constitucional del mismo y abordar los principios que materialicen una efectiva tutela al consumidor financiero.

En primer lugar, debemos tomar en cuenta el modelo económico adoptado en la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) es el de economía social de mercado. Así, bajo este régimen, el Estado peruano orienta sus políticas económicas y el desarrollo de su economía, tal como se señala en el artículo 58 de la Constitución.

Este modelo económico se encuentra orientado a garantizar la existencia de una pluralidad de agentes económicos en lo referido a la libre iniciativa, para participar en

la actividad económica, y la libre competencia, para ofertar y demandar la provisión y suministro de bienes y servicios a la ciudadanía en general (Expediente N° 0018-2003-AI/TC: 2).

En ese sentido, teniendo en cuenta que la Constitución protege a los agentes económicos encargados de establecer la oferta en el mercado, ello a partir del ejercicio efectivo de los derechos de libertar de empresa, de comercio y de industria. De igual manera, con no menos intensidad deberá proteger al individuo generador de demanda, es decir, al consumidor o el usuario (Expediente N° 008-2003-AI/TC: 27).

Es en este contexto que el Estado cumple diferentes funciones tales como el reconocimiento de ciertas garantías, una intervención subsidiaria, formulación de programas y políticas económicas, y la defensa de los intereses de los usuarios y consumidores como consecuencia de las relaciones asimétricas con el poder fáctico de las empresas proveedoras (Expediente N° 0018-2003-AI/TC: 2).

El problema de estas relaciones asimétricas se genera debido a que precisamente las empresas proveedoras son las que conocen con mayor profundidad las características y especificaciones de los productos que ofrecen. Y por ello, en base a dicho conocimiento es que los proveedores pueden adoptar decisiones orientadas a maximizar sus beneficios (Sumar y Guevara 2018: 318).

En segundo lugar, para cumplir adecuadamente su función de tutela el Estado debe tomar en consideración el carácter interdependiente de los derechos fundamentales (Donayre 2015: 63). Es decir, el deber de protección especial del Estado para con los consumidores no solo encuentra como base al modelo económico en el que se desarrolla sino también habría que valorar la implicancia que tiene una relación de consumo en los derechos fundamentales. Esto es, evaluar qué impacto general tiene, si acaso lo hace, una relación de consumo en los derechos fundamentales⁷.

Si bien es cierto la posición asimétrica en donde hay una parte con ventaja y otra en desventaja existe tanto en una relación laboral (empleador- empleado) como en una relación de consumo (proveedor-consumidor). Los derechos a la remuneración, de sindicación y huelga, se tornan eficaces en una relación laboral (Donayre 2015: 63).

⁷ Los derechos fundamentales son que son inherentes al ser humano, pertenecientes a cada persona por el hecho mismo de ser persona y en razón a su dignidad.

Muy por el contrario, en una relación de consumo, los derechos fundamentales implicados y que pueden verse afectados son prácticamente innumerables (Donayre 2015: 63). Esto debido a que las relaciones de consumo pueden darse en distintos escenarios tales como al brindar un servicio de telecomunicaciones, un servicio de energía, un servicio de transporte, un servicio de salud, en servicio financiero, entre muchos otros más.

Más aún, considerando como elemento adicional el carácter interdependiente de los derechos fundamentales, estos mismos derechos que pueden ser vulnerados en un determinado acto de consumo, también pueden –a su vez- vulnerar otros. Es decir, el menoscabo de un derecho puede devenir en la afectación de otro derecho fundamental, y así sucesivamente (Donayre 2015: 64).

Esto es así ya que, por ejemplo, en una misma relación de consumo de servicios médicos, se puede vulnerar el derecho a la información por no recibir toda la data pertinente relacionada a una operación, y además, dicho menoscabo también puede vulnerar a su vez el derecho a la salud. Así, la cantidad de derechos fundamentales cuya afectación se torna posible es, en definitiva, impredecible.

Es por estas razones que es inevitable la preocupación constitucional por cómo el Estado aborda protección de los derechos de los consumidores. Y en razón a dicha importancia, un proveedor no puede ser tratado de la misma manera en que se debe tratar a un consumidor.

En tercer lugar, debemos tomar en cuenta que esta protección tan especial que debe tener el Estado sobre los consumidores, no se encuentra únicamente a través de una construcción de valores como la realizada hasta este punto, sino que se encuentra consagrado positivamente en el artículo 65 de la Constitución.

Así, pues, el artículo 65 de la Constitución establece que 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.”

De esta manera, la Constitución recoge la protección de los consumidores mediante dos frentes. Así, se fija un principio rector para la actuación del Estado sobre la materia mediante el cual se le orienta hacia una protección efectiva de los intereses de los usuarios y consumidores. Asimismo, con dicho artículo se consigna un derecho

personal y subjetivo mediante el cual se apoya la facultad de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor (Expediente N° 3315-2004-AA/TC: 9).

Asimismo, de la redacción del artículo constitucional se aprecia que aparecen, en general, dos obligaciones estatales. Por un lado, se manifiesta la obligación de garantizar el derecho a la información sobre bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Para ello, dicha información debe ser veraz, oportuna, suficiente y de fácil acceso para el consumidor. Por otro lado, se impone al Estado la obligación de proteger la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias (Expediente N° 3315-2004-AA/TC: 9).

Sin embargo, mal podría pensarse que estos son los tres únicos derechos que tienen los consumidores. Como ya se demostró líneas atrás, los derechos implicados en un acto de consumo pueden ser impredecibles. Siendo ello así, existen muchos otros derechos cuya defensa traduce una real y eficaz protección hacia los consumidores.

Más aún, estos derechos implicados, no solo son aquellos que expresamente están recogidos en la Constitución. Al respecto, debemos tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 3 de la Constitución en el cual se señala que la numeración de los derechos establecidos en el “Capítulo 1: Derechos Fundamentales de la Persona” no son los únicos que dicha carta magna garantiza.

Lo anterior es así debido a que, como también se desprende del propio artículo 3, existen otros derechos que se fundamentan en la dignidad de la persona, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno los cuales la Constitución también garantiza.

Es decir, se propone un listado *numerus apertus* que recoge derechos implícitos derivados de los valores señalados en este artículo 3. Con ello, el deber protección del Estado impuesto por la Constitución para con los consumidores adquiere una naturaleza especial pues, además, son tomados en cuenta aquellos derechos que no son recogidos explícitamente por dicha carta magna.

Hasta este punto, como hemos demostrado, la Constitución ha puesto sobre el Estado un deber especial de protección para con los consumidores en razón al modelo de

economía social de mercado en el que se desarrollan las libertades económicas, al carácter interdependiente de los derechos fundamentales, y a la gran cantidad de derechos que se ven implicados en un mismo acto de consumo.

Es por estas razones señaladas anteriormente que la protección eficaz de los derechos de los consumidores implica que el Estado no tenga el rol neutral que inicialmente debería tener al tratarse de libertades económicas (Donayre 2015: 52). Es decir, el deber de protección especial que se le ha asignado implica una actuación de carácter tuitivo y tiene como prioridad la protección de los consumidores por encima de la de aquellos que actúan en calidad de proveedores en el mercado.

Siendo esto así, no solo las normas debieran estar impregnadas de este sentido tuitivo particular, sino también toda aplicación del derecho por parte de los tribunales administrativos y órganos judiciales cuando así corresponda. Esto es, al discutirse un derecho, al establecer un criterio, al interpretar una norma, entre otros.

Finalmente, para materializar una efectiva tutela de protección al consumidor financiero, es imprescindible abordar cada caso en particular a la luz de los principios legales dispuestos en el Código de Protección al Consumidor.

Es importante partir por mencionar que el propio Código de Protección al Consumidor reconoce en su Título Preliminar el alcance del artículo 65 de la Constitución y lo erige como un principio rector el cual tendrá que ser contemplado -como ya se mencionó anteriormente- al momento de interpretar una norma o incorporar una nueva, resolver un caso, y también al momento de establecer un criterio.

Asimismo, en línea con lo dispuesto en los principios de transparencia y de soberanía del consumidor, para lograr una tutela efectiva de los derechos de los consumidores, es imprescindible brindarle la información verás, suficiente, clara y oportuna pues de esta manera se posibilita a que el consumidor tome mejores decisiones generando así que se generen mayores conflictos posteriores.

Sin embargo, ya habiéndose generado el conflicto, es necesario que la autoridad decisoria resuelva el caso interpretando -en caso de duda- en el sentido más favorable al consumidor, tal como lo dispone el principio pro consumidor.

Ahora bien, si bien es cierto muchas veces ocurre existe una gran asimetría informativa del consumidor respecto al proveedor, existen ciertos sectores en donde

ello se hace más evidente. Uno de ellos es el sector financiero en el cual la asimetría informativa del consumidor se hace aún más evidente debido a lo especializado que resulta este.

Así, teniendo esta idea como premisa, en línea con lo recogido en el principio de corrección de la asimetría, es necesario que la autoridad decisoria resuelva los casos considerando dicho factor ya que una mayor especialización -tal como ocurre en el sector financiero- genera mayor asimetría dejando en un estado de mayor vulnerabilidad al consumidor financiero.

Por lo tanto, de acuerdo al caso concreto que se pretenda abordar, la autoridad que resuelva el conflicto deberá valorar que el consumidor financiero es uno al que no necesariamente se le puede exigir un estándar de comportamiento mayor en comparación con otros sectores, y por ello, deberá tener un carácter más tuitivo.

De igual manera, haciendo efectivo lo recogido en el artículo VI del título preliminar del Código de Protección al Consumidor, no se puede dejar de tomar en consideración que aún dentro de la generalidad de consumidores financieros, existirán personas que, por ejemplo, en razón a su condición especial, edad, embarazo o zona geográfica de residencia deberán ser objeto de una mayor tutela de sus derechos e intereses ya que solo así estaremos antes una efectiva protección de los derechos de los consumidores.

Siendo esto así, los criterios por los cuales la autoridad encargada debe resolver un caso, deben ir en armonía con un auténtico sentido de protección de los derechos de los consumidores. Así, dado el panorama descrito en el primer capítulo y la interpretación esbozada en este segundo capítulo, a continuación propondremos algunas modificaciones normativa producto de lo abordado hasta este punto.

IV. PROPUESTA RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LAS OPERACIONES NO RECONOCIDAS REALIZADAS CON TARJETAS DE CRÉDITO O DÉBITO

En el primer capítulo describimos dos de las discrepancias comunes que tienen el voto en discordia y el voto mayoritario respecto a casos de operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito y débito.

Mencionamos que la primera de ellas está referida a la discrepancia respecto al criterio con el cual se deben identificar a las operaciones inusuales ya que el voto mayoritario adopta un criterio mensual mientras que el voto en discordia se decanta por utilizar un criterio individualmente considerado.

Asimismo, señalamos un segundo criterio en discrepancia el cual está referido a que si la operación que configura el patrón de fraude debería ser considerada parte del monto que corresponde ser devuelto al cliente o si dicha operación estaba exenta de este tratamiento.

Respecto a este último criterio podemos mencionar lo señalado en la Resolución N° 3412 – 2018/SPC-INDECOPI. En el caso materia del pronunciamiento se identificó como inusual a la primera operación efectuada con tarjeta de crédito, y respecto a ello el voto mayoritario señaló que “[...] el Banco debió alertar al denunciante a partir de la segunda operación y bloquear la tarjeta de crédito; pues no resulta posible que el Banco bloquee la tarjeta de crédito antes de la realización de la primera operación”.

Así, para el voto mayoritario el Banco no alertó al cliente respecto a la primera operación inusual sino que lo debió hacer desde la segunda operación ya que no le era posible hacerlo antes. De igual manera, para el voto mayoritario, el Banco se encontraba obligado a bloquear la tarjeta a partir de la segunda operación ya que no era posible hacerlo respecto a la primera.

Sobre este criterio, qué duda cabe que un sentido de protección eficaz al consumidor – en los términos que hemos desarrollado en el segundo capítulo del presente trabajo – se materializaría si se impidiera, como bien sostiene el voto en discordia, que se efectúe la operación que configura el fraude.

No debemos dejar de considerar que muchas veces la identificación de un patrón inusual de consumo se produce luego de que se hayan realizado varias operaciones. Es decir, no sostenemos que el Banco debería implementar un sistema que no impida que ninguna operación fraudulenta pues ello hasta el momento no es posible.

Consideramos exigible que -por el contrario- el Banco implemente sistemas de monitoreo que le permitan identificar patrones de fraude de la mejor manera posible de modo que se reduzcan la mayor cantidad de fraude en este tipo de transacciones.

Siendo ello así, es conveniente determinar mediante un estudio técnico si los algoritmos que detectan cuándo se produce un patrón de fraude también pueden gatillar el bloqueo de esa última operación que determina dicho patrón. Solo en el caso de demostrarse la viabilidad de dicha posibilidad consideramos que ello debiera estar recogido en el Reglamento de Tarjetas de Crédito y de Débito aprobado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Por otro lado, respecto al primer criterio mencionado, hemos comentado que este consiste en la identificación de operaciones no reconocidas utilizando un criterio mensual o individual para determinar un comportamiento habitual lo cual conlleva a identificar cuales operaciones se encuentran fuera de este patrón de consumo.

Esta discrepancia no resulta menor porque la elección de uno u otro determina cuándo nos encontramos ante operaciones que se encuentran fuera del patrón de consumo habitual, y por lo tanto deben ser materia de devolución hacia el titular de la tarjeta de crédito o débito.

Así, si la autoridad decisoria determina que el criterio para identificar patrones de fraude debe ser uno mensual, en buena cuenta el mensaje para el Banco es que los algoritmos utilizados para implementar su sistema de monitoreo de operaciones debieron ser capaces de identificar dicho patrón mensual con el fin de identificar cuales operaciones se encuentran al margen de dicho comportamiento.

Siendo ello así, en términos prácticos, adoptar un criterio individual para identificar un patrón de fraude posibilitaría a que se puedan realizar distintas transacciones cuyo valor fuera inferior al valor máximo de las operaciones realizadas por el cliente financiero y ello no sería detectado por el Banco como un patrón de fraude.

De igual manera, adoptar un criterio mensual para identificar un patrón de fraude posibilitaría a que se realizaran distintas transacciones hasta un monto inferior al máximo de los montos mensuales consumidos por el cliente financiero sin que estas sean detectadas por el Banco como un patrón de fraude.

Es por esta razón que consideramos que una efectiva tutela de protección al consumidor financiero debe partir por reducir el porcentaje de posibilidades de que se pueda cometer fraude. Así, específicamente para las operaciones realizadas con tarjeta de crédito y débito, establecer criterios mínimos que deberán ser adoptados por los Bancos es un paso adelante en esa dirección.

En tal sentido, consideramos que deberían incorporarse al Reglamento de Tarjetas de Crédito y de Débito un artículo que disponga lo siguiente:

Sin perjuicio de que adopte otros parámetros adicionales, el sistema de monitoreo implementado por el Banco deberá identificar, alertar y bloquear la tarjeta de crédito/débito cuando se efectúen:

- 1) Operaciones cuya suma total en un mes supere al mayor de los montos resultantes de sumar las operaciones consumidas o retiradas en un mes con la tarjeta de crédito o débito.*
- 2) Operaciones cuyo importe individualmente considerado supere al mayor de los importes consumidos o retirados anteriormente con la tarjeta de crédito o débito.*

Así, de esta manera no solo se evitaría que se procesaran operaciones cuyo patrón de fraude es uno de los anteriormente descritos, sino que además dicha regulación serviría como un criterio al que se encontrará obligado a evaluar la autoridad decisoria

en Indecopi.

De igual manera, servirá como un criterio claro y objetivo que el Banco deberá implementar en su sistema de monitoreo lo cual le permitirá reducir la cantidad de denuncias fundadas en su contra pues con ello reducirá el número de fraudes cometidos con la tarjeta de crédito y débito.

Por otro lado, si bien es cierto aumentar las medidas de seguridad al nivel propuesto en este artículo aumentará la cantidad de falsos positivos, es decir aumentará la cantidad de operaciones que sean identificadas por el sistema como fraudulentas pero que en realidad no lo son, ello debería quedar superado por la importancia -descrita anteriormente- que tiene una efectiva protección al consumidor financiero la cual proviene de un mandato constitucional.

Más aun, considerando lo especializado del sector financiero, es evidente que una consecuencia de ello es que existan mayores interrogantes por parte de los consumidores financiero respecto a la aplicación de las nuevas tecnologías implementadas.

Es por todas las razones mencionadas que consideramos que son medidas necesarias a adoptar pues establecen un mínimo criterio a ser observado por los sujetos involucrados en este tipo de transacciones financieras lo cual traerá como resultado que se reduzca la cantidad de operaciones fraudulentas efectuadas con tarjetas de crédito y débito.

V. CONCLUSIONES

- Existe una sostenida discrepancia de criterios -cuya elección de uno u otro no proviene de un mandato normativo- por parte del voto mayoritario y el voto en discordia en las resoluciones emitidas relativas a operaciones no reconocidas realizadas con tarjeta de crédito y débito.
- Adoptar un criterio individual -el cual es elegido por el voto en discordia en muchas resoluciones de la Sala de Protección al Consumidor- para identificar un patrón de fraude posibilitaría a que se puedan realizar distintas transacciones cuyo valor fuera inferior al valor máximo de las operaciones realizadas por el cliente financiero y ello no sería detectado por el Banco como un patrón de fraude.
- Adoptar un criterio mensual el cual es elegido por el voto mayoritario en muchas resoluciones de la Sala de Protección al Consumidor- para identificar un patrón de fraude posibilitaría a que se realizaran distintas transacciones hasta un monto inferior al máximo de los montos mensuales consumidos por el cliente financiero sin que estas sean detectadas por el Banco como un patrón de fraude.
- Una efectiva tutela de protección al consumidor financiero implica tomar en consideración que existen personas más vulnerables que otras y que el sistema financiero se trata de un sector altamente especializado en el cual -por dicha razón- se pueden presentar diversos problemas como fraudes efectuados con tarjetas de crédito y débito.
- La adopción de ambos criterios -los cuales deberán funcionar como un criterio mínimo que acompañe a otros- en conjunto posibilita a la reducción en la cantidad de fraudes que se pudieran cometer bajo el uso de tarjetas de crédito y débito debido a que se identificarán mayor cantidad de operaciones de posible fraude.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- **NORMAS**

Constitución Política del Perú de 1993

Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Resolución SBS N° 6523-2013, Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito.

Resolución SBS N° 3274-2017, Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero.

Resolución SBS N° 8181-2012, Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero (Actualmente derogado por la Resolución SBS N° 3274-2017).

- **RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS**

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1996 Resolución N° 085-96-TDC-INDECOPI. Resolución: 30 de noviembre de 1996
Consulta: 13 de junio de 2020

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3896705/RESOLUCIO>

N°20N

%C2%BA%20085-96-TDC.pdf

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 1679-2018/SPC-INDECOPI. Resolución: 9 de julio de 2018
Consulta: 24 de mayo de 2020

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/ec949fb4-91dc-4a48-8e4e-a293d19fe19e>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 1548-2018/SPC-INDECOPI. Resolución: 25 de junio de 2018 Consulta: 18 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/c876ce17-1d85-4f93-9564-3c49fe8d281d>

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2012 Resolución N° 4529-2012/CPC-INDECOPI. Resolución: 12 de diciembre de 2012 Consulta: 19 de junio de 2020
<https://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/consumo/revista95/jurisprudencia/jurisprudencia4.pdf>

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 0896-2018/CC1- INDECOPI. Resolución: 20 de abril de 2018 Consulta: 30 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/62f4124a-ebf7-490c-b312-8d09675e525a>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 3412-2018/SPC- INDECOPI. Resolución: 05 de diciembre de 2018 Consulta: 30 de mayo de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/b3b79af7-f75a-4aa7-844b-dd3bd5c496c1>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2016 Resolución N° 4664-2016/SPC –INDECOPI. Resolución: 5 de diciembre de 2016 Consulta: 18 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/cc479b8c-0a2b-45f8-a7db-cbc394945228>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 2293-2018/SPC-INDECOPI. Resolución: 5 de setiembre de 2018 Consulta: 20 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/a5d7dff7-d69c-46c5-a8ad-6241e6a03433>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2018 Resolución N° 2317-2018/SPC – INDECOPI. Resolución: 10 de setiembre de 2018 Consulta: 20 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/b6541564-285d-44e6-bb52-1b3651f1b0de>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2017 Resolución N° 1971-2017/SPC – INDECOPI. Resolución: 15 de junio de 2017 Consulta: 25 de junio de 2020
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/d14a661f-6926-4812-a1f7-d7425993969b>

SALA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2019 Resolución N° 2519-2019/SPC – INDECOPI. Resolución: 16 de setiembre de 2019

Consulta: 4 de julio de 2020

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspac e://SpacesStore/122f4860-39e8-499f-b0bd-1544c315c8cf>

SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA N° 2

2010 Resolución N° 1702-2010/SC2-INDECOPI. Resolución 4 de agosto de 2010 Consulta: 5 de julio de 2020

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspa ce://SpacesStore/d3efd331-9a77-4d39-8b67-360074d819d4>

SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA N° 2

2010 Resolución N° 2610-2010/SC2-INDECOPI. Resolución: 17 de noviembre de 2010 Consulta: 5 de julio de 2020

<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspa ce://SpacesStore/281c4498-6055-47b5-ba50-6ad81d270a0e>

• JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

2017 Expediente N° 7169-2014. Sentencia: 5 de junio del 2017
Consulta: 10 de julio de 2020

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/La-teor%C3%ADa-de-la-carga-de-la-prueba-din%C3%A1mica.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003 Consulta: 3 de julio de 2020

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2003 Expediente N° 0018-2003-AI/TC Sentencia: 26 de abril
de 2004 Consulta: 30 de mayo de 2020
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 Expediente N° 03315-2004-AA/TC. Sentencia: 7 de enero
de 2005 Consulta: 20 de mayo de 2020
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>

• **TESIS**

RICKETTS, Derek

2015 Tarjetas de crédito adicionales para menores incapaces relativos. Tesis
para optar el grado de Magister
Consulta: 20 de mayo de 2020
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6878/RICKETTS_VARGAS_DEREK_TARJETAS_DE_CREDITO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MEZA, Paola

2012 El estándar de consumidor razonable aplicado en los consumos
fraudulentos generados por clonación.
Consulta: 25 de mayo de 2020
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6878/RICKETTS_VARGAS_DEREK_TARJETAS_DE_CREDITO.pdf?sequence=1

- **REVISTAS**

ALVAREZ, Walter

- 2017 Protección del consumidor financiero: preservando el carácter técnico en la interpretación legal de la autoridad de consumo. Número N°5, pp.11-21 Consulta: 25 de junio de 2020
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/download/19523/19643/>

BULLARD, Alfredo

- 2010 “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. Volumen N°6, Número N°10, pp. 5-58
29 de junio de 2020
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74>

CHANG, Juan

- 2012 ¿Compre ahora!... ¿Pruebe después? : la carga de la prueba dentro de los procedimientos administrativos en materia de protección al consumidor. IUS ET VERITAS, 22(44), pp.200-211.
Consulta: 29 de junio de 2020
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12030/12598>

DONAYRE, Christian

- 2015 “La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional”. Praeceptum.
Lima, año 2, número 3, pp. 47-114.
Consulta: 20 de mayo de 2020
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4228>

GALARRETA, Anibal

2015 “Medidas de seguridad en las Tarjetas de Crédito”. *Revista Moneda*. Lima, Número 164, pp.15-18.

Consulta: 20 de mayo de 2020

<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-164/moneda-164-03.pdf>

GUTIÉRREZ, Walter

2004 “Derecho del Consumo y Constitución: El contratante débil”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, N° 65, pp.108.

MARAVÍ, Alfredo

2013 Breves apuntes sobre el sistema de protección al consumidor en el Perú. *Revista de Actualidad Mercantil*. Lima. N° 2.pp.31-41.

Consulta: 27 de junio de 2020

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/12897/13478>

LANDA, Cesar

2013 La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36 Consulta: 27 de junio de 2020

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/8895/9300/>

PAZ, Antonio

2018 La culpa del consumidor en la responsabilidad financiera y su proyección causal en el daño por fraude electrónico. Una mirada a la jurisprudencia de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia. *Revista De Derecho Privado* N° 35, 261-289

Consulta: 27 de junio de 2020
<https://uexternado3.metarevistas.org/index.php/derpri/article/download/5536/6741/>

SOTOMAYOR, Ardías

1998 La Compra-Venta con Tarjeta de Crédito y el Impuesto General a las Ventas.

Derecho & Sociedad, (13), 207-212.

Consulta: 25 de junio de 2020

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16663>

• **LIBROS**

BOTANA, Gemma.

1994 Los Contratos Realizados Fuera de los Establecimientos Mercantiles y la Protección de los Consumidores. Barcelona: Bosch. pp. 59 -60.

BRAVO. Sidney

2016 Contratos Modernos Empresariales. Lima: Editorial Ediciones Legales.

FERNÁNDEZ, José Pascual.

1999 En: REYES, María José (coordinadora). Derecho de Consumo. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 82.

FARIÑA, Juan

2010 Defensa del consumidor y del usuario. 2da edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.

SANDOVAL, Ricardo

2010 Derecho Comercial. Tomo III. Volumen 2. Santiago de Chile: Editorial

Jurídica de Chile

SUMAR, Oscar y Henry GUEVARA
2018 “Protección al consumidor financiero: ¿Tiene algo que aportar el Behavioral Law
& Economics?”. Circulo de Derecho Administrativo. Lima,

