

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



Aplicación del principio de culpabilidad administrativa en la infracción al deber de monitoreo y detección de operaciones no habituales con tarjetas de pago.

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa que presenta:

Jaime Orlando Alvizuri Lévano

Asesor:

Christian César Chocano Davis

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Chocano Davis, Christian César, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado «*Aplicación del principio de culpabilidad administrativa en la infracción al deber de monitoreo y detección de operaciones no habituales con tarjetas de pago*» del autor Alvizuri Lévano Jaime Orlando, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 02/08/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 5 de setiembre de 2023.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CÉSAR</u>	
DNI: 40988780	Firma 
ORCID: 0000-0002-7313-5745	

Dedicatoria

A mis hijos Alessandra y Jaime, fuentes de felicidad, orgullo, inspiración y motor de todo proyecto u objetivo trazado y alcanzado; y a mis padres Maga y Pedro, en agradecimiento por su constante sacrificio, amor y ejemplo en la perseverancia.

Jaime Alvizuri



RESUMEN

El propósito de la investigación es analizar la aplicación del principio de culpabilidad, desde un enfoque administrativo sancionador, en el contexto de incumplimientos a la obligación de monitorear operaciones habituales con tarjetas de pago. Para ello, apuntamos al análisis de resoluciones del Tribunal del Indecopi (periodo 2019-2022) sobre la materia, tomando posición previamente respecto a la validez de la aplicación de principios garantistas penales al ámbito administrativo sancionador señalado. Refiriendo la concurrencia de los principios de protección de los intereses de los consumidores y el principio de culpabilidad, ambos con respaldo constitucional, planteamos un examen de ponderación conforme el modelo de Alexy, buscando una relación de precedencia entre ambos, analizando si es posible validar la inversión de la carga de la prueba (manifestación de responsabilidad objetiva), pero con mayor énfasis la pertinencia de una análisis de tipicidad subjetiva en el mercado propuesto, basado en estándares de niveles de cumplimiento de la medida de seguridad de monitoreo. La revisión de la muestra de resoluciones aportará los criterios de habitualidad actualmente aplicados por el Tribunal, así como observaciones sobre su carácter no vinculante y la ausencia de predictibilidad, aspectos que consideramos de suma importancia en un enfoque de la tipicidad subjetiva, en tanto pueden afectar la posibilidad de imputar al proveedor un adecuado conocimiento de los parámetros necesarios para implementar las respectivas medidas de seguridad. Finalmente, aportamos propuestas desde cuatro enfoques buscando validar el ejercicio del *ius imperium* en el mercado referido en el contexto de un Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: principio de culpabilidad, monitoreo de operaciones con tarjetas de pago, comportamiento habitual de consumo, responsabilidad objetiva, responsabilidad administrativa.

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE, MONITOREO DE OPERACIONES CON TARJETAS DE PAGO PARA BLOQUEAR CONSUMOS NO AUTORIZADOS Y ESTADO ACTUAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.	9
2.1 Uso de tarjetas de pago, riesgo de operaciones fraudulentas y roles asignados para la aplicación de medidas de seguridad en el mercado peruano.	9
2.1.1 Alcances sobre la aplicación de tarjetas de pago en el mercado peruano.....	9
2.1.2 Riesgo de operaciones fraudulentas.	10
2.1.3 Roles asignados para la aplicación de medidas de seguridad en operaciones con tarjetas de pago.	13
2.2 Fundamentos dogmáticos y marco normativo sobre el principio de culpabilidad aplicables a la protección de los intereses de los consumidores.	15
2.2.1 <i>Ius puniendi</i> estatal y principio de culpabilidad.....	15
2.2.2 Sobre el principio de culpabilidad y su recepción en la jurisprudencia constitucional y el ordenamiento administrativo sancionador nacional.	21
2.2.3 Sobre el deber de protección de los intereses de los consumidores.....	23
2.3 Marco normativo aplicable a las operaciones no habituales con tarjetas de pago.....	25
2.3.1 Incumplimiento del deber de idoneidad en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.	25
2.3.2 Reglamento de tarjetas de crédito y débito: sobre medidas de seguridad de monitoreo de operaciones no habituales.	28
CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DE INTRODUCIR EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL ANÁLISIS DE INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO A DEBERES DE MONITOREO DE OPERACIONES NO HABITUALES CON TARJETAS DE PAGO.	32
3.1 Principio de culpabilidad y principio de protección de los intereses de los consumidores. Aplicación de un análisis de ponderación.....	33
3.1.1 Subprincipio de idoneidad o adecuación.....	34
3.1.2 Subprincipio de necesidad.....	35
3.1.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	37
3.2 Criterios de habitualidad establecidos en la jurisprudencia administrativa del Indecopi.....	43
3.2.1 Aplicación de un solo factor de habitualidad.	44
3.2.2 Aplicación mixta.....	48
3.3 Impactos de la diversidad de criterios y aplicación del principio de culpabilidad.	50

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN: PROPUESTA PARA UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD CON MATICES.....	54
4.1 Tipicidad Subjetiva, con admisión de la inversión de la carga de la prueba.....	54
4.1.1 Primer enfoque: validez de introducción de un análisis de tipicidad subjetiva. ...	55
4.1.2 Segundo enfoque: necesidad de mantener la inversión de la carga de la prueba. 60	60
4.2 Propuestas para una introducción del principio de culpabilidad en el ámbito de las operaciones de monitoreo de habitualidad.	62
4.2.1 En el plano constitucional.....	63
4.2.2 Desde el plano legislativo.....	63
4.2.3 En el plano reglamentario sectorial.....	65
4.2.4 En el plano de la actividad resolutoria del Tribuna de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.....	67
CONCLUSIONES.....	69
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

En un entorno de constantes avances tecnológicos con innovaciones y facilidades en las operaciones con tarjetas de crédito o débito —en adelante, *tarjetas de pago*—, son frecuentes también los incidentes que afectan su seguridad, afectando la confianza del consumidor financiero respecto al producto, al producirse operaciones no autorizadas.

Frente a nuevas modalidades de fraude vinculado a consumos no autorizados, es inevitable pensar en la forma como se produce una respuesta del Estado frente a este riesgo. Así, desde el Derecho Administrativo Sancionador —En adelante, *el DAS*— debe verificarse el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de los proveedores del producto considerando la necesidad y adecuación de la respuesta sancionadora.

La aparición de nuevas formas de fraude tiene como correlato una frecuente dificultad en la actividad de ejercicio del *Ius Puniendi* estatal, de modo tal que se pueda comprender y regular oportunamente este tipo de aspectos, apreciando que en algunos casos que la persecución de estos ilícitos pareciera darse en «*diligencia de mulas (...) a delincuentes que escapan en aviones supersónicos*» (Nieto, 2012).

El contexto del presente estudio pretende abordar la respuesta del DAS al incumplimiento de la obligación de monitoreo de habitualidad en las operaciones con tarjetas de pago y bloqueo preventivo de operaciones del usuario —en adelante, *monitoreo de operaciones*—, la cual esta asignada los proveedores de tarjetas de pago —En adelante el *proveedor* o el *Banco*¹— y puede establecer, por sí misma, la determinación de una infracción y sanción administrativa. A través del monitoreo, se analiza la habitualidad identificando patrones de fraude, en base a la información histórica de las operaciones del cliente (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2013).

El referido incumplimiento es una infracción al deber de idoneidad establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor aprobado por Ley 29571 —En adelante, el Código— (Ley 29571, 2010), en tanto que, al omitir identificar operaciones no habituales, no bloquea

¹ Nuestro objeto de estudio hará énfasis en estos agentes dada la casuística relevante existente en los pronunciamientos de Indecopi, sin perjuicio de admitir que el análisis propuesto también es aplicable a otras entidades reguladas por la SBS que también pueden proveedor tarjetas de crédito o débito.

preventivamente operaciones posteriores con el respectivo perjuicio patrimonial al usuario de la tarjeta.

En ese contexto específico, pretendemos verificar si la respuesta del *Ius Puniendi* debe incluir un análisis de tipicidad subjetiva, es decir verificación de dolo o culpa para determinar la existencia de infracciones o, por el contrario, solo basta constatar la imputación de consumos no autorizados con la omisión del bloqueo preventivo de operaciones (responsabilidad objetiva). En este aspecto, el análisis de lo que se considera *habitual* es de gran relevancia.

¿Podemos sostener que existen criterios precisos, vinculantes y predecibles sobre lo que debe entenderse como operaciones no habituales? Un análisis de una muestra de resoluciones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi en el periodo 2019-2022 (En adelante, *la SPC o el Tribunal*), puede presentarnos un panorama de la forma como se han aplicado los factores de habitualidad planteados en el numeral 5 de su artículo 2° del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito aprobado por Resolución SBS N° 6523-2013 —en adelante, el Reglamento—, permitiendo plantear una respuesta, para determinar si un Banco puede tener conocimiento de esta información necesaria para implementar la medida de seguridad.

Existe en la jurisprudencia administrativa una diversidad de criterios, tal como podemos apreciar en pronunciamientos desarrollados en 2021 (Res. 1239-2021/SPC, 2021) y 2022 (Res. 54-2022/SPC-Indecopi, 2022), y en los cuales la SPC, determinó en mayoría un criterio según el cual, el factor relevante para determinar el comportamiento no habitual es el monto total de las operaciones del cliente apreciable en cada uno de los meses previos; Sin embargo, también se desprende en la muestra la existencia de un voto singular que plantea la aplicación de un examen conjunto de factores distintos al mencionado.

Asimismo, la revisión de la casuística permitirá apreciar que la determinación de la habitualidad puede ser compleja, existiendo casos en los cuales el criterio señalado puede resultar insuficiente, como el caso en el cual no hay consumos previos del cliente para determinar habitualidad, y donde la Sala en mayoría adopta un criterio distinto para sancionar al proveedor (Res. 383-2022/SPC-Indecopi, 2022).

En ese sentido, teniendo en cuenta la casuística descrita en el ámbito referido, plantearemos una respuesta a nuestro problema de investigación, determinando si conforme a los parámetros de un Estado Democrático de Derecho, debe procurarse la aplicación del principio de culpabilidad, en su variante de tipicidad subjetiva (dolo o culpa), proscribiendo la responsabilidad objetiva en este ámbito del DAS.

Para este análisis se considera que el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 104° del Código determina que es **objetivo**, determinando que el proveedor es responsable administrativo por la falta de idoneidad o calidad y el riesgo injustificado derivado respecto de este producto financiero sin incluir la necesidad de acreditar dolo o negligencia.

Sin embargo, en el ámbito descrito, se aprecia que la infracción al deber de cuidado puede deberse a diversos niveles de negligencia, desde la omisión pura de la implementación del monitoreo, hasta los casos en los cuales se aprecia una adecuada realización de la actividad de monitoreo, pero con una errónea determinación de los parámetros de habitualidad en los sistemas de monitoreo.

Planteamos en este punto un análisis crítico de la jurisprudencia administrativa aplicada en la materia, tratando de establecer si es posible obtener hasta cierto punto una certeza suficiente y razonable que permita, imputar a los proveedores un conocimiento suficiente para la calificación de conductas no habituales. En caso afirmativo, las entidades proveedoras de tarjetas, al aplicar un criterio de patrón de consumo errado en un escenario de predictibilidad, podrán ser objeto de imputación de una **actividad negligente**. Pero cuando no exista ese escenario, y el proveedor ha actuado con diligencia en el cumplimiento del deber de detectar comportamientos no habituales, basado en los criterios establecidos por la autoridad administrativa, ¿sería válido mantener un régimen de imputación objetiva administrativa, sin considerar necesaria la acreditación de dolo o culpa desde un enfoque desde el principio de culpabilidad?

Verificamos actualmente un entorno en el cual la inclusión del principio de culpabilidad ha evolucionado en el DAS nacional, siendo admitido a través de diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional —En adelante, el TC—. Sin embargo, estos pronunciamientos admiten la aplicación «con matices» del principio, y refieren que no puede descartarse *per se* la responsabilidad objetiva, por lo que es pertinente también desarrollar una posición sobre la

admisión de principios tradicionalmente aceptados en el Derecho Penal al DAS, a efectos de tomar posición sobre la validez de la aplicación del principio de culpabilidad en su variante de tipicidad subjetiva.

Adoptada una posición sobre el particular, y verificada una concurrencia con el principio de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, proponemos un análisis de ponderación conforme al modelo de Alexy, a efectos de establecer una relación de precedencia entre los principios constitucionales señalados, para determinar en el ámbito del monitoreo de operaciones la validez de la aplicación del principio de culpabilidad, determinando conclusiones y propuestas respecto al marco normativo vigente en la materia, así como en la práctica jurisprudencial administrativa.

En ese sentido, planteamos como hipótesis de trabajo que el principio de culpabilidad (tipicidad subjetiva) y el de protección de los intereses de los consumidores) tienen reconocimiento constitucional y concurren en el análisis de infracciones en materia de protección al consumidor, y como tal al referido al monitoreo de operaciones. En ese sentido, asumiendo la tesis unitaria, según la cual no existe diferencia teleológica entre delito e infracción administrativa, con la consecuente validez de aplicación de principios del *Ius Puniendi* estatal al ámbito del DAS, resultaría válida la aplicación del principio de culpabilidad a este ámbito, incluyendo un análisis de dolo o culpa en el análisis de tipicidad.

Así, señalamos la pertinencia de establecer criterios predecibles de habitualidad, así como el reconocimiento de la necesidad de un análisis de tipicidad subjetiva, que asimismo determinen a su vez la exclusión de responsabilidad en los casos en los cuales no es reprochable al proveedor una omisión en la medida de seguridad.

Sin perjuicio de ello, desde un enfoque de política normativa a aplicar por parte del legislador en un contexto específico determinado por sus aspectos, políticos y sociales, que reconoce la condición especial de los agentes proveedores (personas jurídicas reguladas por la SBS), el rol que les corresponde frente al riesgo y la relación asimétrica existente con los consumidores de tarjetas de pago, sería recomendable mantener un espacio para la responsabilidad objetiva, en particular en lo concerniente al traslado de la carga de la prueba.

La estructura del artículo propone inicialmente dar algunos aspectos relevantes de las operaciones con tarjetas de pago, riesgos y roles existentes, teniendo presente las características particulares de la actividad. Posteriormente, desarrollado un examen dogmático de las teorías sobre las relaciones existentes entre el Derecho Penal y el DAS revisaremos el estado actual de la admisión del principio de culpabilidad en el marco normativo nacional y pronunciamientos constitucionales, para posteriormente revisar el estado de la regulación en el ámbito del monitoreo de operaciones y la normativa de protección al consumidor aplicable.

En el segundo capítulo, desarrollaremos el análisis de ponderación propuesto en base a los subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de determinar una propuesta de sustentación de la aplicación del principio de culpabilidad, y un enfoque que determina la necesidad de mantener un ámbito específico en el cual debe mantenerse una manifestación de la responsabilidad objetiva.

Adicionalmente, desde una perspectiva de análisis jurisprudencial administrativo, parte esencial del trabajo se desarrolla también en este capítulo, verificar los fundamentos expuestos en las resoluciones de la SPC respecto a los factores de habitualidad para las actividades de monitoreo, a efectos de determinar la necesidad y adecuación del principio de culpabilidad en la materia.

En el capítulo final, estableceremos una revisión de los fundamentos que nos permitan confirmar la hipótesis, validando un margen de aplicación respecto a la responsabilidad objetiva en su manifestación de inversión de la carga de la prueba, sustentando sin embargo la aplicación del principio de culpabilidad en el DAS. Para ello formulamos propuestas desde cuatro enfoques: constitucional, legal, regulatorio sectorial y jurisprudencia administrativa, reconociendo que el tema propuesto aborda materias que son objeto de controversia en el ámbito doctrinario nacional, guardando la expectativa que nuestra propuesta pueda constituirse en un elemento adicional en el análisis de la aplicación de la facultad sancionatoria administrativa en este ámbito de actividades empresariales.

CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE, MONITOREO DE OPERACIONES CON TARJETAS DE PAGO PARA BLOQUEAR CONSUMOS NO AUTORIZADOS Y ESTADO ACTUAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ.

Iniciamos con unos apuntes esenciales sobre el estado actual del mercado de tarjetas de pago en el Perú, en cuyo contexto proponemos la casuística que será materia de análisis, así como los roles y riesgos que entendemos son propios de la actividad. Posteriormente desarrollamos alcances normativos y jurisprudenciales que consideramos imprescindibles para evaluar la aplicación del principio de culpabilidad en el DAS peruano, y en particular a la protección de los derechos de los consumidores y a la actividad económica descrita. Finalmente, establecemos cuál es el tratamiento específico reglamentario vinculado a la asignación de las medidas de seguridad, con énfasis en el monitoreo y bloqueo de operaciones no autorizadas.

Con este análisis, se apreciará que el enfoque aplicado pretende verificar si el procedimiento sancionador aplicado es coherente con la noción de estado democrático de derecho acogido en nuestra Constitución.

2.1 Uso de tarjetas de pago, riesgo de operaciones fraudulentas y roles asignados para la aplicación de medidas de seguridad en el mercado peruano.

Las operaciones con tarjetas de pago (de débito o de crédito) se desarrollan en un contexto de riesgo operativo vinculado a la existencia de consumos no autorizados, estableciendo el marco normativo una respuesta a través de medidas de seguridad que permiten evitar o mitigar contingencias a los usuarios. Al respecto, consideramos pertinente señalar los siguientes alcances, para poder entender el contexto de nuestro problema de investigación:

2.1.1 Alcances sobre la aplicación de tarjetas de pago en el mercado peruano.

En nuestro país, si bien el mercado de tarjetas de pago está vinculado a un todavía bajo nivel de inclusión financiera, y a un tradicional uso predominante de dinero en efectivo, también se puede apreciar un uso cada vez más relevante de mecanismos alternativos de pago, en el cual el uso de tarjetas de pago mantiene una tendencia al crecimiento (Indecopi, 2021).

Respecto a esta tendencia es posible apreciar que al mes de marzo de 2022 el Boletín estadístico de Banca Múltiple de la SBS reporta 6,178,534 tarjetas de este tipo vinculadas solo a créditos de consumo. Asimismo, en cuanto a las tarjetas de débito, ya en el mes de marzo de 2022 se reportan en el mercado 29,324,220 tarjetas de débito (SBS, 2022).

La tendencia de crecimiento se acentúa en un contexto de emergencia por el Covid-19, donde la necesidad de distanciamiento entre usuarios y proveedores determina un natural crecimiento de operaciones no presenciales, así como pagos electrónicos vinculados a las tarjetas. Al respecto, el BCR relaciona este crecimiento con las innovaciones, la seguridad y la eficiencia de este entorno de medios de pago, refiriendo el notable incremento de pagos digitales minoristas refiriendo que en setiembre de 2021 se han triplicado respecto a lo apreciado en el año 2015 (Banco Central de Reserva del Perú, 2021).

La Política Nacional de Inclusión Financiera aprobada por Decreto Supremo N° 255-2019-EF, refiere la necesidad de promoción de medios de pago alternativos al dinero, y en particular al identificar entre otros objetivos prioritarios la generación de mayor confianza en todos los segmentos de la población respecto del uso de los servicios financieros (Ministerio de Economía y Finanzas, 2020).

Así, las ventajas de promover la aplicación de este medio de pago determinan la necesidad de asegurar su desarrollo con la implementación de medidas de seguridad, permitiendo salvaguardar los intereses de los consumidores frente a los riesgos propios de la actividad.

2.1.2 Riesgo de operaciones fraudulentas.

Siendo por supuesto lamentable, no deja de ser sorprendente la diversidad y novedad de las modalidades de fraude en este mercado, así como la frecuencia con la cual los usuarios acusan y cuestionan ante los Bancos cargos no autorizados vinculados a sus tarjetas de pago.

Mas allá de la respuesta penal que pudiera aplicarse frente a delitos en este contexto, también el DAS representa una manifestación del *Ius Puniendi* del Estado, y en el ámbito que nos ocupa,

cuando se aprecian infracciones a la debida aplicación de medidas de seguridad cuyo cumplimiento los proveedores deben asegurar, respecto a los riesgos vinculados al producto ofrecido en el mercado.

El riesgo aludido puede manifestarse en un entorno físico, y también en uno no presencial, y en ilícitos cuya casuística aludimos de modo referencial (Gallarreta, 2015):

- *Skimming* o clonación, realizada en un punto de venta o un cajero automático a través del robo de datos de la banda magnética, y con esa información se genera una tarjeta falsa. Requiere en este caso también la falsificación de la firma del titular.
- «Cambiazos», por el cual un tercero, logra apoderarse de una tarjeta cuya clave ha observado, y realiza retiros de dinero no autorizados por el usuario. Suele presentarse cuando el titular permite la participación de extraños al realizar operaciones en cajeros automáticos.
- *Phishing*, por el cual se envían correos con enlaces a páginas web falsas, usando el nombre de Bancos o proveedores de tarjetas, engañando al cliente para obtener datos personales y de la tarjeta.
- *Malware*, a través del uso de programas que se instalan en la computadora del usuario para extraer sus datos. Suele accederse a estos programas peligrosos a través de correos que son enviados desde cuentas falsas, siendo los principales tipos de programa: gusano, virus y troyano.
- *Pharming*: táctica que consiste en cambiar contenidos del DNS (Domain Name Server – Servidor de Nombres de Dominio), para inducir a error al usuario al teclear la dirección web de su entidad bancaria, determinando que en realidad ingrese a falsa muy parecida a la original, y como consecuencia de ello proporcione indebidamente sus datos (Res. 404-2018/SPC, Indecopi, 2018).

A través de mecanismos fraudulentos como los aludidos, bandas criminales especializadas encuentran de este modo diversas formas de apropiarse de fondos, siendo necesario que se pueda implementar mecanismos de seguridad para minimizar este riesgo.

Actualmente, los Bancos por ejemplo a través de mecanismos de difusión y educación alertan a los usuarios de nuevas modalidades de fraude como: las visitas a domicilios para ofrecer beneficios, y aprovechar el descuido de los usuarios para obtener sus tarjetas y robar información (Infobae, 2022). Asimismo, nos encontramos en un contexto donde la seguridad de la información de los usuarios ante las entidades públicas se ve constantemente amenazada, conforme reciente alerta comunicada por la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc) a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) (El Comercio, 2022).

Existe una significativa estadística en nuestro país en cuanto a reclamos y/o denuncias sobre operaciones no reconocidas por los titulares de las tarjetas pago, planteadas a través de canales de autorregulación establecidos por los proveedores de servicios financieros (Alo Banco y Defensoría del Cliente Financiero), y también ante el procedimiento implementado por el Indecopi.

Así, el Informe Anual desarrollado por la Autoridad Nacional de Consumo (Indecopi, 2020) señala que en el 2020 el 64.8% de los reclamos presentados ante las entidades del sistema financiero reguladas por la SBS correspondían a tarjetas de crédito y cuentas de ahorro, reportándose que el 52% de estos casos se resolvió en favor del consumidor. Según el motivo de reclamo, 499,018 corresponden a operaciones no reconocidas (entre consumos, disposiciones, retiros, cargos, abono y sobregiros). Ante el Indecopi y por operaciones no reconocidas, podemos observar que el número de denuncias asciende a 3021 reclamos, lo que representa el 7.8% de casos presentados por servicios financieros ante la entidad. (Indecopi, 2021).

La información previa permite sostener que la intensidad del riesgo de fraude en esta actividad económica es importante, y requiere verificar que medidas son idóneas para salvaguardar los intereses, en particular, el de los consumidores del producto. Así, reconociendo que las operaciones no autorizadas son una seria contingencia en las relaciones de consumo del sector financiero, es pertinente verificar que roles deben corresponder tanto al proveedor del producto como al propio consumidor, para que de modo eficiente y razonable puedan ser aplicadas las medidas de seguridad para eliminar o mitigar los riesgos, y posteriormente establecer que omisiones son reprochables desde un enfoque del DAS, y deben ser objeto de persecución sancionatoria.

2.1.3 Roles asignados para la aplicación de medidas de seguridad en operaciones con tarjetas de pago.

Es pertinente iniciar reconocimiento que en el ámbito de provisión de productos y servicios financieros se aprecia con mayor énfasis un marcado desequilibrio entre el proveedor y el consumidor, tanto en la negociación (asimetría negocial) de las condiciones como en la información y conocimientos que sobre el mismo pueda este último tener sobre el producto o servicio (asimetría informativa) (Viguria, 2012).

Siendo la inclusión financiera una tarea pendiente en el Perú, su impulso no puede desvincularse de mecanismos que otorguen garantías suficientes y adecuadas para la protección de los intereses de los consumidores ante los nuevos riesgos, generando confianza y seguridad (Reyes, 2008).

Desde esta perspectiva, entendemos razonable que en el marco normativo aplicable se asigne obligaciones para implementar medidas de seguridad a los proveedores, no sólo por su disponibilidad de recursos para asumir los riesgos, sino también por el acceso y control de la información para verificar que las operaciones cuenten efectivamente con la autorización del titular del medio de pago, garantizando la idoneidad del producto financiero, conforme a lo señalado en el artículo 19° del Código de Protección y Defensa del Consumidor (art. 19, Ley 29571, 2010).

En ese sentido, esta atribución de responsabilidad corresponde a la garantía que existe en la relación proveedor – cliente financiero, respecto a que el servicio cumple con los fines previsibles para los que ha sido adquirido por el consumidor, en el caso concreto, que el producto financiero cuenta con las medidas de seguridad pertinentes para aplicar la tarjeta de crédito o débito solo a operaciones que son autorizadas debidamente por el cliente (Mora, 2020), y que un consumidor razonable entiende que las transacciones que se realizan se ven protegidas de la manera más eficiente (Rojas Klauer, 2018).

Así, siendo que conforme a los principios de conducta del mercado (art. 3°, Resolución SBS, 2017), las prácticas aplicadas por los Bancos respecto a sus productos debe ser adecuada e involucrar un respeto a los derechos de los usuarios cumpliendo los procedimientos

establecidos, corresponde que el Banco proporcione las medidas tecnológicas que permitan la seguridad en las operaciones y una adecuada autenticación de las operaciones, asumiendo los costos que requiere una constante renovación de estos procesos. Constantemente se aprecian modificaciones normativas por parte de la SBS como organismo regulador del sector (SBS, 2019), la que puede incluir el impulso de nuevas experiencias de transformación digital supervisadas en el marco del *sandbox* regulatorio (SBS, 2021). Por ello, por ejemplo, no resultará razonable que el proveedor por ejemplo no actualice el software de seguridad con el cual sus clientes desarrollan operaciones electrónicas, o por el contrario use para tal fin programas piratas sin las licencias respectivas (Rojas Klauer, 2018).

Dentro de estas medidas de seguridad, el ordenamiento sectorial impone el deber de monitorear las operaciones de los clientes con tarjetas de pago, a efectos de determinar patrones de consumo basados en la información histórica, y de este modo se pueda bloquear preventivamente operaciones subsiguientes a la identificada como riesgosa (SBS, 2013). El éxito del monitoreo dependerá de la información, así como la precisión sobre lo que el proveedor debe entender como habitual, a efectos de poder implementar las reglas o parámetros en sus plataformas de seguimiento, las mismas que deberán recurrir frecuentemente al soporte tecnológico que puede implicar el procesamiento de una vasta cantidad de operaciones, con el recurso necesario de algoritmos adecuadamente diseñados, así como inversiones en herramientas de inteligencia artificial, cuyo uso es cada vez más frecuente en las operaciones bancarias.

Este tipo de medida asignada al proveedor no asegura sin embargo la inexistencia de consumos no autorizados, si bien permite reducir su incidencia. Ello en la medida que no supone un análisis predictivo, sino que requiere la previa existencia de una operación que pueda considerarse como no habitual. La mitigación de los efectos se reflejará en el bloqueo de los consumos subsiguientes, conforme se ha predispuesto en el Reglamento (SBS, 2013).

Así, también es relevante el rol del consumidor frente al riesgo, siendo que un uso no adecuado del producto puede determinar la existencia de operaciones no autorizadas. Así, un consumidor razonable comprende en base a la información existente en el mercado que existe un riesgo si no tiene especial cuidado en la gestión de su tarjeta respectiva (Patrón, 2011).

Podemos apreciar en múltiples pronunciamientos del Indecopi, que se incluye en el análisis de infracciones la verificación del uso de la clave personal de usuario, reconociéndose que el uso fraudulento de la tarjeta se vería limitado si el titular custodia adecuadamente esa información, siendo además frecuente y constante la educación financiera al consumidor sobre los riesgos derivados de un uso negligente del producto.

La variedad de situaciones donde se puede apreciar infracciones al deber de cuidado por parte de consumidor es diversa. Actualmente puede incluso verificarse en situaciones donde normalmente no debiera existir riesgos, como en entornos familiares o amicales, como en un reciente caso en Argentina donde una persona fotografió las tarjetas de crédito de sus amigas y se realizó consumos no autorizados con ellas en la red («Escándalo por una estafa en el grupo de amigas de Yanina Latorre, la hija de una de ellas “clonó” tarjetas de crédito y gastó 25 mil dólares», 20.04.2022).

Siendo una de las medidas de seguridad y no la única que debe observarse en las operaciones con tarjetas de pago, y teniendo presente su complejidad, trataremos de verificar si es válido omitir un análisis de responsabilidad subjetiva en el incumplimiento de las obligaciones vinculadas al monitoreo de operaciones, analizando para ello el estado de la cuestión del principio de culpabilidad en nuestro ordenamiento.

2.2 Fundamentos dogmáticos y marco normativo sobre el principio de culpabilidad aplicables a la protección de los intereses de los consumidores.

2.2.1 *Ius puniendi* estatal y principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad puede ser entendido a su vez en cuatro principios derivados: (i) de *personalidad de las penas*, según el cual solo deben ser sancionados los que realizan la conducta infractora, siendo imposible desvincular las categorías de autoría y responsabilidad; (ii) de *imputación por el hecho*, según el cual es insuficiente la tentativa, debiendo existir una acción u omisión para que en el DAS pueda sancionarse; (iii) de *tipicidad subjetiva*, que determina la exigencia de dolo o negligencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, cuya aplicación solo se justifica si el sujeto pudo haber actuado de otro modo (juicio de reproche); y (iv) la culpabilidad en sentido estricto o *reprochabilidad subjetiva*, que determina que un

administrado pueda probar que no es imputable en relación al hecho infractor, por alguna condición subjetiva que pueda probar (Baca Oneto, 2018).

Dada su extensión, en el presente trabajo nos referimos solo al **principio de tipicidad subjetiva**, buscando establecer si en las actividades de monitoreo es suficiente imputar un incumplimiento de la actividad al proveedor, sin analizar si al mismo se le puede reprochar el no haber actuado de otra forma.

La pertinencia de un análisis de exigibilidad de dolo (conocimiento y voluntad de efectuar la acción u omisión imputada como infracción) o negligencia (verificación de omisión de deberes de cuidado en el desarrollo de la actividad) en el ámbito del DAS es un tema con un subsistente debate en la doctrina nacional y extranjera². En nuestro país, si bien en los últimos años hay una tendencia hacia un mayor reconocimiento del principio de culpabilidad, sectores importantes de la doctrina sostienen que no se puede descartar per se la responsabilidad objetiva en determinados ámbitos, siendo esta entendida como «(...) aquella que no requiere el análisis de algún factor subjetivo del sujeto infractor. Esto quiere decir que se prescinde de referencia alguna de los elementos de intencionalidad o imprudencia» (Morón, 2020, p. 459).

Tal discrepancia se aprecia también en un reciente pronunciamiento del TC, verificándose posiciones que reconociendo el principio de culpabilidad, también admiten espacios en los cuales el aplicable la responsabilidad objetiva. Tal admisión conjunta se realiza señalando que los principios garantistas del Derecho Penal —incluyendo el principio de culpabilidad— correspondientes al Derecho Penal pueden también ser aplicados al DAS, pero con matices. De este modo, si bien con votos discrepantes, el Tribunal termina validando la constitucionalidad de la disposición establecida en el numeral 10° del artículo 238° del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con la emisión de 3 votos que admitían la responsabilidad objetiva, frente a un mismo número que sostenía la inconstitucionalidad de la norma (Sentencia Exp. 00002-2021-PI/TC, TC; 2022).

Esta controversia corresponde a un debate doctrinal sobre las relaciones existentes entre el Derecho Penal y el DAS, como manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado, de modo tal que,

²En la presente investigación ponemos énfasis en las posiciones referidas en España, en atención a la influencia que ha desarrollado la normatividad de este país en la dación de la norma administrativa nacional.

si se entiende una identidad entre ambas, también pueden ser objeto de aplicación de principios y garantías, incluyendo el principio de culpabilidad.

Al respecto, nos referimos brevemente a las percepciones existentes en la doctrina sobre la identidad o diferencias entre delito o infracción, y estando a lo señalado sobre la materia por Gómez y Sanz en España (Gómez y Sánz, 2013) y Rojas (Rojas, 2015) exponemos tres tendencias sobre la materia:

- La **tesis unitaria**, según la cual solo hay diferencias cuantitativas entre ambas, siendo claro el ejemplo del delito de contrabando respecto la infracción administrativa señalada en la Ley de Delitos Aduaneros, teniendo esta última tal categoría si es que la cuantía supera un valor establecido en función a la unidad impositiva tributaria vigente (Ley 28008, 2003).

Rojas, citando a Bajo Fernández, refiere que la finalidad de la sanción administrativa y penal es la misma: «castigar la conducta de un sujeto que infringe el ordenamiento jurídico» (Rojas, 2015, p. 112), siendo esta visión compartida por Baca al señalar que sin importar que se trate de los Jueces o la Administración pública, en ambos casos se trata de un *castigo* (Baca, 2018)

- La **tesis diferenciadora**, que propone que la potestad administrativa sancionadora se encuentra dirigida a un ámbito distinto al del Derecho Penal, aplicándose a los actos de desobediencia de los mandatos emitidos por la Administración y no a la protección de derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados.

Así, conforme señala Silva Sánchez, mientras el Derecho Penal persigue proteger bienes concretos y recurre a criterios de lesividad o de peligro concreto, en el Derecho Administrativo sancionador se persigue ordenar un sector de actividad, reforzando a través de sanciones el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los actores de la actividad. (Silva, 2011).

- La **tesis ecléctica**, postula que la delimitación se da en términos cuantitativos y cualitativos. Al respecto, citando a Roxin, Rojas refiere que, si bien la diferencia es predominantemente cuantitativa, «hay un límite más allá del cual la cantidad se

transforma en cualidad» (Rojas, 2015, p. 116). Así, se identifica en el análisis un ámbito nuclear en el Derecho Penal vinculado a delitos de gran lesividad (aspecto cualitativo) como por ejemplo el homicidio y el robo agravado cuya respuesta por parte del ordenamiento jurídico no puede ser abordada desde el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. En sentido inverso, existirán otros tipos tradicionalmente penales como el hurto simple, el cuál desde un enfoque cuantitativo pueda llevar a soluciones que no corresponden a una represión típica o propia de este campo, tal como se puede apreciar en delitos de bagatela como el hurto famélico.

De los fundamentos de la reciente sentencia del TC correspondientes al voto de Ledesma Narváez (Sentencia Exp. 00002-2021-PI/TC, TC; 2022. pp.26), se puede desprender que la adopción que el ordenamiento tenga sobre alguna de estas propuestas será relevante, en tanto determinará si principios garantistas propios del derecho penal como el de culpabilidad, son aplicables al también al DAS.

En este contexto, podemos apreciar también posiciones como la de García Cavero quien refiere una diferencia cualitativa en el ejercicio del *ius puniendi* estatal entre infracción administrativa y delito, sosteniendo que en el primero es posible prescindir de la motivación individual de los administrados en sectores sociales especialmente complejos y donde es necesario únicamente una asignación eficiente de los riesgos (García, 2016).

Tal prescindencia también es verificada por Guzmán Napurí al atribuir a la intencionalidad del infractor un rol secundario, refiriendo que el solo hecho de cometer la infracción implica ya una violación a un deber de cuidado, considerando además que es imposible que el administrado pueda acreditar que ha actuado con la diligencia requerida al cometer una infracción administrativa (Guzmán, 2016).

En un sentido favorable a la tendencia unitaria del *ius puniendi*, podemos identificar la posición expresada por Gómez y Sanz (Gómez & Sanz, 2013), según la cual, siendo la facultad sancionadora otorgada a la autoridad estatal por medio de un contrato social con la finalidad de tutelar bienes jurídicos, en ambos ámbitos se afectan bienes jurídicos concretos y perfectamente identificables (Baca, 2010) como la vida, la salud, y en nuestro caso propuesto vinculado a la protección al consumidor, la idoneidad y la calidad del producto ofrecido al

usuario de tarjetas que en sus efectos se vincula directamente a la protección del patrimonio de los usuarios de tarjetas de pago.

Un enfoque adicional importante es el que recoge Rojas citando a Bajo Fernández, según el cual lo que determina el carácter de delito o infracción administrativa es una opción de política criminal que finalmente es desarrollada por el legislador, a partir de valoraciones en función a la realidad social, cultural e histórica existente (Rojas, 2015).

Asumiendo posición, nos parece interesante constatar peculiaridades distintivas vinculadas al objeto de protección según se trate de infracciones o delitos como sostiene Silva, pero que no es necesariamente determinante al explicar una justificación distinta en la aplicación de la facultad sancionadora. Así, incluso es posible advertir supuestos en el ámbito del DAS en los que fácilmente es apreciable la protección de bienes jurídicos (fácilmente apreciable en cuanto al patrimonio de los consumidores) y no sólo la mera infracción de dispositivos de un sector del ordenamiento (peligro abstracto).

En ese sentido, compartiendo la visión sobre la identidad de delito e infracción administrativa y la reacción del Derecho Penal y el DAS en la naturaleza afflictiva del castigo, nos adherimos a una posición unitaria sobre la aplicación de los principios. Sin embargo, y entendiendo que la transferencia de la aplicación de principios tradicionalmente desarrollados en el primero debe adecuarse a la realidad y particularidades específicas de los sectores específicamente regulados por el DAS compartimos un enfoque según el cual, resultará necesario identificar en esta actividad económica concreta, y verificar cuál es la opción de política normativa sectorial válida y a la vez eficiente que siendo garantista (en la aplicación del principio de culpabilidad), permita una adecuada protección de los intereses de los consumidores.

Respecto a la aplicación del principio de culpabilidad en el DAS, también apreciamos que la doctrina, señalando pronunciamientos del Tribunal Supremo español (Ramírez, 2008), establece referencias respecto a una necesaria inclusión de un análisis de culpabilidad, determinando su carácter punitivo en la existencia de una «acción u omisión imputable por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable (...)» (Rojas, 2015, p. 172).

Asimismo, Rebollo Puig también ya hacía referencia expresa al análisis del dolo y la negligencia para determinar las infracciones administrativas en materia de consumo (Rebollo, 2001), existiendo cada vez menos oposición en la doctrina española para su inclusión, precisando en su denominación que debe considerarse como una manifestación del principio de responsabilidad subjetiva, en contraposición a la responsabilidad objetiva (Gómez y Sanz, 2013).

Tal admisión del principio es sin duda relevante al verificar el contexto complejo en el cual se desarrolla la aplicación de la medida de seguridad consistente en el monitoreo de transacciones con tarjetas de pago. En efecto, es de suma importancia la claridad y precisión de los términos en los cuales deben configurarse las medidas de seguridad para que resulten efectivas y puedan plasmarse en una efectiva reducción de riesgos en la actividad. En ese sentido, solo en la medida que el proveedor puede razonablemente conocer cuando se presenta un consumo no habitual para poder activar las medidas de seguridad, y le será reprochable la omisión del bloqueo preventivo de consumos, sea a título de dolo o negligencia.

Un aspecto relevante a considerar es la calidad de personas jurídicas que tienen los proveedores del ámbito propuesto, existiendo en la doctrina dos tendencias referidas por Baca en el análisis de imputación de su responsabilidad: una que considera que solo es posible atribuir culpabilidad a las personas jurídicas a través de la imputación de las personas naturales que cuentan con facultades o están legitimadas para su representación, y solo en la medida que le sean imputadas conductas a estos es posible entender una responsabilidad administrativa de los entes; y una segunda según la cual, es posible atribuirla directamente a la persona jurídica en función a los defectos de la organización que puedan verificarse (Baca, 2010).

Respecto a la segunda, es pertinente referir lo señalado por Gómez Tomillo y Sanz Rubiales respecto al juicio de reproche, quienes citando a Tiedemann señalan que debe hablarse de culpabilidad de las personas jurídicas por defectos de organización. Esta posición, es compartida también en el ámbito nacional por el profesor Baca (Baca, 2018) y también por Morón (Morón, 2020).

Para el desarrollo de un análisis de culpabilidad, compartimos esta segunda posición, en la medida que las actividades de monitoreo suponen la implementación de medidas de seguridad que involucran al proveedor en la organización de sus operaciones. En ese sentido adoptamos

un enfoque de riesgos vinculados a la organización defectuosa de la persona jurídica, que no limita el análisis al dolo o culpa de las personas físicas que actúan en su representación, teniendo en consideración además la capacidad de la persona jurídica para cometer infracciones.

2.2.2 Sobre el principio de culpabilidad y su recepción en la jurisprudencia constitucional y el ordenamiento administrativo sancionador nacional.

El TC ya ha admitido la aplicación del principio de culpabilidad en el DAS, determinando como un límite a la potestad sancionadora del Estado la necesaria comprobación de la responsabilidad subjetiva³, no resultando constitucionalmente aceptable sancionar a un administrado por un acto u omisión que no le pueda ser imputable (Sent. 2868-2004-AA/TC, TC, 2004); así como el recurso a la aplicación de principios aplicables en el derecho penal con ciertos matices, la inclusión de la necesidad de imputación a título de dolo o culpa y proscripción de la responsabilidad objetiva (Sent. 1873-2009-PA/TC, TC, 2009).

En efecto, en la sentencia emitida por el TC en el caso planteado por Álvarez Rojas (Sent. 2868-2004-AA/TC, TC, 2004⁴), vinculado a su solicitud de reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional del Perú, y a su pase a retiro como parte de un proceso administrativo disciplinario por falta contra el decoro y la obediencia, se determinó que un límite de la potestad sancionadora propio de un Estado constitucional de derecho está representado por el principio de culpabilidad, determinando que la sanción penal o disciplinaria solo puede sustentarse en la responsabilidad subjetiva del infractor. En tal sentido, al accionante no le podía ser imputado el acto u omisión de un deber jurídico que debía ser cumplido por un tercero.

Asimismo, en los seguidos por Walde Jauregui (Sent. 1873-2009-PA/TC, TC, 2009⁵) referidos a una demanda de amparo para la restitución de sus derechos para continuar ejerciendo como Magistrado de la Corte Suprema, se desarrolla pautas respecto al trámite del procedimiento administrativo sancionador, incluyendo un enfoque de los derechos de los administrados. Si bien se acepta diferencias entre sanciones penales y administrativas, se

³ Si bien la referencia de la sentencia del Tribunal Constitucional se da en el ámbito penal y disciplinario, es asimilable válidamente al derecho administrativo sancionador

⁴ Nos remitimos en este punto a los fundamentos 20 y 21 de la sentencia.

⁵ Nos remitimos en este punto a los fundamentos 12, 42, 43, y 44 de la sentencia señalada.

admite que los principios del derecho penal como el de legalidad, de tipicidad, de proporcionalidad de la sanción y en el caso que nos ocupa, el de culpabilidad, son aplicables «con ciertos matices» al DAS, siendo que, en el caso concreto, se determinó que no incurrió en infracciones y se dispuso la reposición del magistrado.

Por otro lado, si bien de la redacción de nuestra Constitución (art. 3, Const., 1993) no se aprecia una referencia expresa al principio de culpabilidad, dado que aceptamos que el mismo corresponde a la configuración de un Estado Democrático de Derecho y a una correcta aplicación del *Ius Imperium*, y estando a la cláusula abierta establecida en su artículo 3, podemos sostener que el principio es constitucionalmente aceptado.

Es pertinente, sin embargo, verificar que concurre con otros principios de naturaleza tuitiva como podría apreciarse en la casuística que nos ocupa. En efecto, el TC también ha determinado un especial ámbito de protección en el artículo 65° de la Carta Magna, referido al principio de protección del interés de los consumidores y usuarios, asignándose al Estado el deber de «(...) contrarrestar la conducta de terceros que ponen en peligro o lesionan esos derechos constitucionales» (Sent. 2868-2004-AA/TC, TC, 2004).

En la legislación nacional también se verifica la inclusión del principio, admitiendo también la responsabilidad objetiva. Así, el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativa General —En adelante, la Ley 27444—, si bien actualmente establece como principio de la potestad sancionadora administrativa al de culpabilidad, determinando que la responsabilidad administrativa es subjetiva, también admite como válida la responsabilidad objetiva, siempre que sea establecida por ley o decreto legislativo (D.S. 04-2019-JUS, 2019).

En el ámbito nacional, la admisión de la responsabilidad objetiva no ha estado exenta de controversia, la cual ha sido reconocida incluso en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272 (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, 2016, p. 50), disposición normativa que determinó la inclusión del principio de culpabilidad en el TUO de la Ley N° 27444. Como resultado de ello, una interpretación aplicada en ámbitos específicos como el de protección del consumidor postula que no es necesario incluir un análisis de dolo o negligencia en el análisis de responsabilidad administrativa por incumplimiento de la medida de seguridad (identificación de operaciones no habituales), restringiendo la evaluación a la constatación del tipo objetivo de la infracción.

Sin embargo, también en el ámbito descrito reconocemos una evolución de las normas de protección al consumidor, la que viene avanzando progresivamente hacia la proscripción de la responsabilidad objetiva, en el marco de la necesidad de evitar una sobreprotección innecesaria del consumidor no razonable o poco diligente que no determine como objetiva la responsabilidad del proveedor (Espinoza, 2008).

Adicionalmente, en relación con el tratamiento del error que pudiese ser apreciado en las infracciones, el literal e) del artículo 257° del TUO de la Ley 27444 establece que su verificación puede constituir una causal eximente de responsabilidad. Así, en un análisis de cumplimiento de deberes de cuidado y existencia de indicios de negligencia, su verificación debiera excluir de responsabilidad al proveedor del producto financiero. Este análisis, sin embargo, no es considerado como eximente de responsabilidad en la normatividad especial aplicable al ámbito de protección al consumidor, sino sólo como atenuante.

2.2.3 Sobre el deber de protección de los intereses de los consumidores.

El artículo 65° de la norma constitucional establece el carácter tuitivo del ordenamiento hacia la defensa de los intereses de los consumidores. Esta pauta se puede advertir desde dos enfoques que pueden desprenderse de jurisprudencia del TC (Sent. 1865-2010-PA/TC, TC, 2010): como un principio rector de la actuación del Estado en la materia, así como un derecho personal y subjetivo que favorece a los consumidores, para ejercer su defensa en caso de transgresión de sus intereses legítimos (Alvites, 2018).

Asimismo, también conforme al TC, el principio de protección de los intereses de los consumidores y usuarios ha sido desarrollado imponiendo un deber especial de protección al Estado, para salvaguardarlo no solamente de la actuación de los entes estatales, sino de la afectación que pueda ser ocasionada por terceros, debiendo tenerse presente que es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como fin supremo de la Sociedad y el Estado, (Sent. Exp., 0858-2003-AA/TC, 2004).

Como correlato, una de estas manifestaciones puede apreciarse en el establecimiento de procedimientos accesibles, sencillos, rápidos y eficaces que permitan adecuadamente la defensa de estos derechos e intereses (Thorne, 2010). La Ley 29571 y sus modificaciones, han

determinado la implementación de nuevos procedimientos que apuntan a esa finalidad (procedimientos sumarisimos en materia de protección al consumidor, arbitraje, entre otros).

El aspecto central en la aplicación de estos mecanismos debiera estar a una solución directa efectiva respecto de estos intereses. En el ámbito de estudio que proponemos (monitoreo de operaciones de tarjetas de pago) este interés se ve determinado por la eliminación o mitigación de la afectación patrimonial que se ha producido con los consumos no autorizados, así como la aplicación efectiva de medidas de seguridad que mitiguen los riesgos vinculados a este tipo de operaciones. En este contexto, sin descartar una finalidad preventiva o disuasoria de las sanciones, es pertinente analizar si la forma en la cual se ejerce el *ius puniendi* es adecuada y tiene los efectos necesarios para la protección de los intereses señalados en el marco de un Estado democrático de derecho, y en el cual puedan aplicarse garantías como las que implica el principio de culpabilidad.

Actualmente el marco normativo proporciona **reglas** en materia de responsabilidad administrativa sancionadora (art. 104, Ley 29571, 2010), debiendo entenderse a estas como normas que exigen un cumplimiento pleno y como tales «solo pueden ser cumplidas o incumplidas» (Atienza, 2004, p. 263), siendo su forma característica la subsunción. Sin embargo, observamos que las reglas existentes postulan la aplicación de la responsabilidad objetiva en la materia, al omitir la inclusión de un análisis de responsabilidad subjetiva del proveedor, lo que podría ser observado como una afectación inválida de los derechos que favorecen a los administrados respecto a un ejercicio adecuado de la facultad sancionatoria del Estado.

Asimismo, en cuanto a los **principios**, entendidos como mandatos de optimización o normas que ordenan se realice algo en función a las posibilidades fácticas o jurídicas (Atienza, 2004), describimos anteriormente una tendencia existente respecto a una progresiva admisión del principio de culpabilidad «con matices», lo que determina a su vez una concurrencia con el principio de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, puede afectar la validez de la aplicación de las reglas referidas. Al respecto, proponemos una evaluación de la concurrencia a través de un análisis de ponderación en el siguiente capítulo.

La defensa de los intereses señalados coincidirá en su aplicación con la determinación de la pertinencia del principio de culpabilidad, a efectos de establecer, si ello fuera viable, si en la

infracción a los deberes de cuidado en las actividades de monitoreo y detección de operaciones no habituales que deben tener los proveedores de tarjetas de crédito o débito, es necesario evitar un análisis de responsabilidad y reprochabilidad subjetiva.

2.3 Marco normativo aplicable a las operaciones no habituales con tarjetas de pago.

2.3.1 Incumplimiento del deber de idoneidad en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Los elementos del tipo de la infracción aplicables a las actividades de monitoreo de operaciones no habituales con tarjeta se determinan a través de las disposiciones establecidas en los artículos 18°, 19° y 104° de la Ley N° 29571, Ley de Protección y Defensa del Consumidor (En adelante, *El Código o la Ley 29571*) (Ley 29571, 2010), siendo objeto de desarrollo a partir de las disposiciones establecidas en el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito establecido por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (Resolución SBS N° 6253-2013, 2013) y sus modificaciones (Resolución SBS N° 5570-2019-SBS) —en adelante, el *Reglamento*—.

Por otro lado, la tarjeta de crédito es entendida como instrumento de pago con soporte físico o representación electrónica o digital, está asociada a una línea de crédito otorgada por una empresa emisora (art. 3°, Res. SBS 6253-2013, 2013), corresponde a un contrato plurilateral (emisor, usuario y afiliado), y que tiene vocación de permanencia en tanto no se agota en una sola prestación (Figuroa, 2010). Asimismo, la tarjeta de débito se distingue, en cuanto las operaciones se realizan con cargo a depósitos previamente constituidos por el usuario en la empresa emisora (art. 4°, Res. SBS 6253-2013, 2013).

Respecto a ambos productos financieros, en el marco de las relaciones jurídicas existentes entre el proveedor y el consumidor, el artículo 18° del Código determinando en el primero un deber de idoneidad, es decir, la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a la naturaleza del producto, las condiciones acordadas, la publicidad e información transmitida entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. Así, conforme a este deber, el cliente espera que el proveedor desarrolle las medidas de seguridad correspondientes a estos productos financieros.

En ese sentido, el artículo 19° atribuye al proveedor la responsabilidad por la calidad e idoneidad del producto o servicio ofrecido en el mercado refiriendo que debe aplicar las medidas de seguridad correspondientes a las operaciones, atendiendo a la regulación sectorial aplicable, y que, en nuestro ámbito de estudio, se encuentran establecidas en el Reglamento de Tarjetas de Crédito.

El artículo 104° del Código determina las reglas aplicables respecto a la responsabilidad administrativa señalando que, una vez acreditado un defecto, le corresponde al proveedor acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que determina la ruptura del nexo causal por caso fortuito, fuerza mayor, por hecho determinante de un tercero o por imprudencia del propio consumidor afectado, siendo responsable por la falta de idoneidad y calidad (art. 104, Ley 29571, 2010).

Conforme al marco normativo descrito, podemos desprender las siguientes reglas aplicables al establecer la responsabilidad administrativa en esta materia:

- Aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, con una referencia expresa a la necesidad de una causa objetiva que determine la ruptura del nexo causal, así como la omisión de una referencia expresa sobre la necesidad de un análisis de responsabilidad subjetiva en la actuación del proveedor (dolo o negligencia).

- El monitoreo de operaciones habituales, medida de seguridad vinculada al deber de idoneidad que debe ser asegurada por el proveedor para mitigar los riesgos propios de este tipo de productos, son configurados a partir del desarrollo normativo establecido en las normas sectoriales (Reglamento SBS N° 6523-2013, Reglamento de tarjetas de crédito y débito). Sin embargo, respecto a lo que debe entenderse como habitual, si bien se han realizado referencias a factores que pueden ser aplicados, no se ha establecido o regulado norma expresa que determine el modo o la forma de su aplicación. Al respecto, sin perjuicio de eventuales observaciones al cumplimiento del principio de tipicidad, la inexistencia de una norma que establezca los parámetros y procedimientos para la determinación de la habitualidad puede determinar que el proveedor no esté en la posibilidad de contar con la información necesaria para determinar la medida de seguridad exigida por el ordenamiento. En estos casos, la determinación de infracciones y consecuentes sanciones sin asegurar la acreditación de un adecuado conocimiento de

la conducta que constituye infracción resultaría ser una manifestación de la responsabilidad objetiva.

- En aplicación del marco normativo, y conforme desarrollamos en el siguiente capítulo, existen criterios de habitualidad que son desarrollados (si bien en mayoría, sin unanimidad) por la jurisprudencia administrativa de la SPC del Tribunal del Indecopi. No obstante, estos criterios no tienen la calidad de precedente de observancia obligatoria, y pueden ser incluso objeto de impugnación a nivel judicial, con resultados que determinan la invalidez de criterios adoptados por el Tribunal (Sent.16, Exp. 10564-2017, 5° SCA, CSJ Lima, 2019). La falta de predictibilidad puede también reflejarse como una manifestación de un régimen de responsabilidad objetiva aplicada en esta materia.

- Un aspecto sin duda relevante, y que concuerda con el régimen de responsabilidad objetiva establecido en el artículo 104 del Código, es la inversión de la carga de la prueba que favorece al usuario consumidor del producto financiero (contraria al principio de presunción de licitud). En función a ella se atribuye directamente al proveedor la responsabilidad, a menos que pueda acreditar que no le es imputable por: «(...) *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*» (art. 104, Ley 29571, 2010).

Este aspecto es muy relevante, y se refleja en múltiples pronunciamientos de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Indecopi, justificando tal excepción al principio de presunción de licitud que regularmente favorecería al sujeto a procedimiento sancionador, en la especial posición que tiene el proveedor de este tipo de productos financieros, tanto respecto al aseguramiento de las medidas de seguridad frente al riesgo de este tipo de operaciones, como también en lo concerniente a la información correspondiente a los medios probatorios. Incluso en este punto, es posible plantear como cuestión relevante si el Banco o entidad financiera, aportando los medios probatorios pertinente respecto al cumplimiento de las medidas de seguridad podrá incluir un análisis de responsabilidad subjetiva para eximirse de la imputación de responsabilidad administrativa.

Sobre esta configuración, postulamos que es necesario tener presente que la determinación de infracciones en el caso propuesto se encuentra estrechamente vinculada a la verificación de una afectación patrimonial reflejada en consumos no autorizados por el consumidor. Conforme a ello, consideramos que la respuesta sancionadora no se determina en función a un peligro abstracto o concreto derivado de su incumplimiento, o la mera constatación de la infracción a una norma sectorial, sino que debe concretarse una efectiva lesión de un bien jurídico, vinculado a la afectación real de los intereses patrimoniales de los consumidores. Esta apreciación, es relevante para analizar la idoneidad de incluir un análisis de responsabilidad subjetiva, y no limitar la evaluación a la mera constatación de la infracción de una norma sectorial (responsabilidad objetiva).

Es pertinente agregar que, referida la inexistencia de normas que precisen la forma de aplicación de los factores de habitualidad, y en un contexto en el cual los proveedores no cuentan con criterios predecibles para configurar la medida de seguridad requerida por el ordenamiento sectorial, el artículo 112 del Código no incluye al error como una posibilidad eximente de responsabilidad a diferencia de lo establecido en el TUO de la Ley 27444. Es pertinente además agregar que, si bien una reciente modificación admite la aplicación de la sanción de amonestación en caso de allanamiento y reconocimiento de responsabilidad (Decreto Legislativo N° 1390, 2018), subsiste por otro lado la necesidad de una evaluación en casos en los que sean necesarias sanciones preventivas y disuasorias (acreditada la responsabilidad subjetiva del proveedor), en atención a un mayor grado de reproche de las conductas verificadas. El código también admite atenuación de responsabilidad en caso de verificación de un adecuado programa cumplimiento normativo (Ley 29571, 2010).

2.3.2 Reglamento de tarjetas de crédito y débito: sobre medidas de seguridad de monitoreo de operaciones no habituales.

El Reglamento de tarjetas de crédito y débito aprobado por Resolución SBS 6253-2013. ha sido objeto de sucesivas modificaciones, entre ellas las referidas en la Resolución SBS N° 5570-2019. determinando características de las medidas de seguridad que mínimamente deben adoptar las empresas proveedoras respecto a las operaciones con tarjetas (art. 17°, Res. SBS 6253-2013, SBS, 2013), entre las cuales podemos señalar:

- Contar con un sistema de monitoreo de operaciones, para detectar operaciones no habituales de consumo del usuario.
- Implementar procedimientos complementarios para gestionar alerta en aplicación del sistema de monitoreo.
- Identificar patrones de fraude, a través del análisis sistemático de la información histórica de las operaciones de cliente, las cuales son incorporadas en el sistema de monitoreo.
- Establecer límites y controles en los diversos canales de atención para mitigar las pérdidas por fraude.
- Exigencia de la presentación de documento nacional de identidad cuando sea necesario, o utilizar un mecanismo de múltiple factor.

Dada la mejor capacidad, posición del proveedor y la relación asimétrica en cuanto al acceso a la información de esta actividad, es razonable asignar esta carga a las entidades financieras que brindan este producto, buscando reducir en mejor medida el riesgo de operaciones no autorizadas ni reconocidas por los usuarios.

Dentro de este contexto, es pertinente tener presente que el sistema de monitoreo no es predictivo, sino que tal como se señala en el dispositivo, recurre a la información generada por el usuario y que es registrada por la empresa proveedora del servicio.

Conforme se señaló con anterioridad al referirnos a los roles frente a los riesgos de estas operaciones, no hay una exoneración absoluta de responsabilidad al usuario consumidor debiendo cumplir con medidas de seguridad que le corresponden por su posición en estas operaciones. Debe evitarse por ejemplo aquellos casos en los que el administrado no cumple diligentemente con comunicar a la empresa proveedora el extravío, sustracción, robo, hurto y uso no autorizado de la tarjeta o la información que contiene, y se verifican operaciones que no reconoce. En tales casos, el Reglamento ha establecido que la empresa no está obligada a asumir las pérdidas asociadas a estas operaciones (art. 23°, Res. SBS 6253-2013, SBS, 2013).

Respecto a nuestro objeto de estudio, el Reglamento establece una lista abierta de factores que pueden utilizarse para determinar la existencia de un comportamiento habitual de consumo del usuario de la tarjeta, y que son aplicados en el análisis de la información histórica de sus operaciones, refiriéndose como ejemplo en la norma los siguientes: el país de consumo, los

tipos de comercio, la frecuencia de su realización, el canal utilizado, entre otros. (art. 2°, Res. SBS 6253-2013, SBS, 2013).

No obstante, la norma no determina un orden o método para aplicación de estos factores, por lo que en función a la interpretación que puedan realizar los operadores de derecho, podrá llegarse a diferentes resultados respecto a lo que debe entenderse como operación de consumo habitual. Este aspecto es a nuestro criterio muy importante para dotar de predictibilidad a la determinación de conductas de habitualidad.

En esa misma línea, teniendo presente que el Reglamento incluye la obligación de desarrollar acciones para bloquear la tarjeta, así como la implementación de mecanismos de comunicación inmediata sobre operaciones fraudulentas (art. 22°, Res. SBS 6253-2013, SBS, 2013), la aplicación de los factores que determinan habitualidad adquiere suma trascendencia para calificar incumplimiento y establecer la existencia de infracciones al deber de idoneidad al cual están sujetas las empresas proveedoras de este tipo de productos. Como apreciaremos en el planteamiento del problema que se desarrolla en el siguiente capítulo, no existe unanimidad en los criterios de aplicación de estos factores en los pronunciamientos desarrollados por la autoridad administrativa competente.

La ejecución de este mecanismo de seguridad determina asimismo la aplicación de recursos humanos y además tecnológicos, en la búsqueda de una eficaz respuesta frente a ilícitos que impliquen un fraude con las tarjetas de pago de los usuarios. Así, el procesamiento de la inmensa cantidad de información sobre operaciones con tarjetas de pago de sus clientes, y sobre todo la construcción de modelos o patrones basados en la información histórica individual de cada uno de ellos, puede implicar la existencia un significativo éxito en la reducción de la ocurrencia de estas contingencias, pero puede implicar a su vez, pese a la existencia de una plataforma de monitoreo y el compromiso e inversión constante del proveedor con la misma, un número de operaciones en las cuales se puede considerar la ocurrencia de consumos no autorizados.

La inversión en la implementación de medidas de seguridad por parte de los proveedores para mitigar los riesgos, a través de algoritmos o herramientas de inteligencia artificial, debe implicar el reconocimiento de su imperfección, siendo esta variable de relevancia al analizar la

existencia de negligencias en el proveedor, más aún si no está en la posibilidad de aplicar información sobre parámetros de habitualidad en las operaciones.

Es pertinente por ello brindar a los proveedores la información necesaria ya adecuada para poder implementar el mecanismo de seguridad, y en este punto será relevante la implementación de mejoras en la regulación sectorial de la habitualidad, así como el desarrollo que se pueda apreciar en la jurisprudencia administrativa, a través de criterios vinculantes y predecibles.



CAPÍTULO III: EL PROBLEMA DE INTRODUCIR EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL ANÁLISIS DE INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO A DEBERES DE MONITOREO DE OPERACIONES NO HABITUALES CON TARJETAS DE PAGO.

Desde un enfoque propio de un Estado social y democrático de derecho, cuyo fundamento se encuentra en la armonización del interés particular con el de la sociedad en su conjunto (Hakansson, 2012), analizaremos la concurrencia de los principios de culpabilidad y de protección de intereses de los administrados, para determinar si en el contexto del monitoreo de operaciones con tarjetas de pago, resulta válida la aplicación del primer principio, debiéndose descartar la responsabilidad objetiva.

Nos interesa desde esa perspectiva constitucional, tomar posición sobre el ejercicio del poder represivo del Estado en este ámbito. Entendemos para ello a dos principios constitucionales, entendidos como postulados expresos o tácitos incluidos en la Carta magna, destinados a asegurar la proyección normativa o los valores ético-políticos, y a orientar determinativamente la relación entre el Estado y los ciudadanos (García Toma, 2003).

Respecto a este punto es pertinente señalar que entendemos a los principios como «mandatos de optimización», es decir como normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible (Alexy, 1978/2017, p. 458), considerando posibilidades fácticas y jurídicas, siendo estas últimas determinadas por reglas o principios, que pueden ir en sentido contrario.

Existen reglas sobre la aplicación de un análisis de tipicidad subjetiva (dolo o negligencia) para la determinación de responsabilidad administrativa, tanto en el marco general del DAS (art. 230°, núm. 10°, TUO Ley 27444, 2017), si bien en el ámbito específico se verifica su exclusión (protección al consumidor). Sostenemos la necesidad de un análisis constitucional, para verificar los fundamentos que subyacen en nuestra materia propuesta (monitoreo de operaciones con tarjeta de pago) y que se encuentran vinculados a los principios constitucionales referidos.

Como se desprende de los pronunciamientos del TC la admisión del principio de culpabilidad en el DAS no es un tema pacífico. Habiendo acogido la tesis unitaria respecto a

los fines de la pena y sanción administrativa, y los principios del *Ius Puniendi* en el DAS, apreciamos la concurrencia de los principios descritos, y analizaremos si existe una relación de precedencia, aplicando el modelo de Alexy, basado en un enfoque de proporcionalidad que determine si, la protección de los intereses de los consumidores justifica desde una perspectiva constitucional la aplicación de responsabilidad objetiva en la materia.

En ese mismo sentido, y a través de un análisis de jurisprudencia administrativa, revisamos las resoluciones emitidas por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi (En adelante la *SPC*), incidiendo en la diversidad de criterios para establecer los factores de habitualidad, aspecto esencial en la determinación de infracciones por incumplimiento en el deber de monitoreo de operaciones, y la forma en la cual puede afectar a la imputación de responsabilidad subjetiva a los proveedores.

3.1 Principio de culpabilidad y principio de protección de los intereses de los consumidores. Aplicación de un análisis de ponderación.

Siendo nuestro objetivo validar desde una perspectiva constitucional la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito de estudio, nos hemos adherido a la tesis unitaria, según la cual tanto en el Derecho Penal como en el DAS son aplicables principios como el de culpabilidad.

Sin embargo, esta aplicación se da con matices en el ámbito concreto de la relación proveedor-consumidor financiero, debido a una situación de desequilibrio, tanto en su acceso a recursos económicos como también en la información y medios para controlar los riesgos propios de cada actividad. Por ello, es natural y necesario que el Estado establezca normas que nivelen esa situación de desequilibrio.

Conforme al principio constitucional de protección de los intereses de los consumidores establecido en el artículo 65°, puede considerarse que la responsabilidad objetiva puede constituir un mecanismo eficaz y expeditivos para satisfacer ese fin. En esa dirección, la **inversión de la carga de la prueba** puede cumplir tal finalidad, verificándose que el proveedor, debido a su acceso a la información de las operaciones de sus clientes, mayor especialización, mejor posición económica para asumir los costos de prevención del riesgo y asumir sus consecuencias tiene una mejor posición para enfrentar los riesgos referidos.

Sin embargo, más allá del establecimiento de una mejora en la posición del usuario para hacer valer sus derechos a través de la inversión referida, cabe preguntarse si el mismo debe determinar la exclusión definitiva de un análisis de dolo y culpa en la infracción imputada. Hemos referido que, respecto a las operaciones de monitoreo de la habitualidad, no existen parámetros suficientemente precisos para aplicar la medida de seguridad de monitoreo, siendo cuestionable considerar que esta circunstancia sea imputable al proveedor. La responsabilidad objetiva en este aspecto ¿se encontraría justificada también en la vigencia del principio constitucional de protección de los intereses de los consumidores?

Conforme a ello proponemos a continuación un análisis de ponderación que determine si nos encontramos ante una relación de precedencia entre ambos principios, determinando si desde un enfoque constitucional existe una relación de precedencia entre ambos. La ponderación, entendida como una alternativa para la solución entre conflictos de normas, similar a los mecanismos clásicos de solución de antinomias normativas como los que corresponden a la aplicación de jerarquía o especialidad de normas, determina según el modelo de Alexy el establecimiento de una relación de precedencia entre ambos (Martínez, 2007).

Basados en criterios de justicia que corresponden a un Estado Social y Democrático de Derecho, pretendemos en este punto desarrollar un ejercicio de ponderación entendiendo que la facultad sancionadora del ente estatal debe procurar conforme al principio de proporcionalidad el servicio a los ciudadanos, «(...) evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona» (Sent. Exp. 12-2006-PI/TC, TC, 2006).

El enfoque de proporcionalidad se base en el desarrollo de tres subprincipios que exponemos a continuación:

3.1.1 Subprincipio de idoneidad o adecuación.

Citando a Bernal, el profesor Martínez señala que conforme este subprincipio, la intervención en derechos fundamentales debe tener un fin constitucionalmente legítimo, y que además sea adecuada para la consecución de tal fin. Teniendo presente que en

pronunciamientos del TC se ha admitido el principio de culpabilidad en el marco de los que concebimos como un Estado Democrático de Derecho, la exclusión del análisis de dolo o culpa vinculada a normas que mantienen la vigencia de un régimen de responsabilidad objetiva, se sostienen en una finalidad legítimamente reconocida en el ámbito constitucional.

Desde el Análisis Económico del Derecho, dada la relación asimétrica proveedor – consumidor financiero, puede entenderse que probar la culpa es muy costoso para el último, validándose que la responsabilidad administrativa en este tipo de conflictos sea determinada conforme a la responsabilidad objetiva. (Cárcamo, 2018). La eliminación del análisis de culpa puede en ese sentido percibirse como una manifestación de un régimen de responsabilidad objetiva que puede tener un fin constitucionalmente legítimo, entendiendo como tal a la protección de los consumidores.

Más allá de que pueda cuestionarse si la aplicación de sanciones tiene un impacto real y directo en la situación patrimonial del usuario afectado (aplicación de multas administrativas), así como la existencia de un mensaje disuasorio a los agentes del mercado, es innegable que el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva permite omitir un procedimiento de análisis sobre la culpabilidad de los proveedores, representando una reducción de tiempos que puede favorecer la solución del conflicto.

En esa misma dirección, y desde un *segundo enfoque* más preciso, observamos a la inversión de la carga de la prueba, que determina que en primera instancia se asuma que los proveedores son responsables del hecho imputado como infracción, trasladándoles la carga de probar lo contrario, es una manifestación de responsabilidad objetiva que resulta válida en aplicación del principio de protección de los intereses de los consumidores, que no excluye de modo definitivo un análisis de dolo o culpa.

Verificando que en la jurisprudencia de la SPC se aplica la inversión de la carga de la prueba establecida en el Código, apreciamos que las mismas buscan como fin legítimo evitar que la carga recaiga en la parte más débil de la relación asimétrica, y sea asumida por el proveedor.

3.1.2 Subprincipio de necesidad.

El TC ha señalado que para establecer que una injerencia en los derechos fundamentales es necesaria, no debe existir un medio alternativo que tenga por lo menos la misma idoneidad y

además sea menos gravoso para el derecho afectado. (Sent. Exp. 12-2006-PI/TC, TC, 2006. P. 20).

Citando a Alexy, Martínez refiere que puede concebirse como la aplicación en el ámbito jurídico del óptimo de Pareto, determinando como solución justa al conflicto normativo a aquella en la que «(...) no es posible mejorar la posición de uno de los elementos en conflicto sin empeorar la posición del otro» (Martínez, 2007, p. 242).

Lo necesario está determinado a nuestro parecer por lo imprescindible para la real satisfacción de los intereses de los consumidores, debiendo reservarse un espacio para la aplicación del principio de culpabilidad en el DAS, la cual resulta pertinente en un contexto de un Estado democrático de derecho.

Así, podemos justificar como necesaria la aplicación de la responsabilidad objetiva que se manifiesta a través de la inversión de la carga de la prueba, para equilibrar la situación asimétrica existente entre el proveedor y el consumidor financiero. No existe un medio alternativo que permita superar las limitaciones que existen para que el titular de una tarjeta de pago pueda proporcionar respecto a la aplicación de las medidas de seguridad en el monitoreo de tarjetas de pago, incluyendo el análisis de habitualidad. El acceso a estas fuentes de información si está disponible y es controlada por el proveedor, no existiendo otra posibilidad.

Por ello, en cuanto a este aspecto, no existe en consecuencia una alternativa distinta ni menos gravosa, resultando necesario el traslado de la carga de la prueba hacia el proveedor.

Sin embargo, la inversión de la carga de la prueba no implica la necesaria exclusión de un análisis de responsabilidad subjetiva para la determinación de infracciones. En ese sentido, si el proveedor es quien debe garantizar los productos o servicios que ofrece, y desarrollando un correcto seguimiento e implementación de medidas de seguridad, puede otorgar los medios probatorios que determinen un adecuado nivel de diligencia, ¿Cuál es la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad objetiva que elimine la posibilidad de evaluar estos elementos? Es por ello por lo que debemos ratificar en este punto que no existe necesidad de excluir un régimen de tipicidad subjetiva.

3.1.3 Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Conforme a este subprincipio, es importante determinar si el «(...) *si el grado de satisfacción del derecho o bien constitucional que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro bien o derecho*» (Martínez, 2007, p. 244).

Así, siendo que aún puede justificarse una relación de precedencia del principio de protección de intereses y usuario, al constatarse la *necesidad* de la inversión de la carga de la prueba, aplicando esta manifestación de la responsabilidad objetiva, es pertinente también determinar si el grado de satisfacción de los intereses de los consumidores es de tal magnitud que justifica el menoscabo de las garantías que corresponden al proveedor conforme al principio de culpabilidad.

Pasamos a continuación a desarrollar un examen de proporcionalidad conforme al modelo de Alexy, citado por Martínez, el mismo que en sentido estricto se desarrolla en 3 fases consecutivas:

a. Determinación del grado de lesión al principio de culpabilidad que favorece al proveedor.

La inversión de la carga de la prueba implica una afectación al principio de presunción de licitud que en principio favorece a cualquier administrado. Este principio cuyo reconocimiento legal se encuentra establecido en el numeral 9 del artículo 248° del TUO de la Ley 27444, tiene reconocimiento constitucional vinculado al principio de culpabilidad, en tanto determina que no sea el imputado quien deba probar su inocencia (Sent Exp. 2192-2004-AA/TC, TC, 2004), y constituye una protección inicial y relativa, imponiendo al órgano administrativo el cargo de acreditar la responsabilidad del imputado (Baca Merino, 2020).

En el ámbito concreto del monitoreo de operaciones con tarjetas de pago, sin embargo, el grado de lesión no debiera implicar un sacrificio relevante que no pudiera ser interiorizado por el proveedor en un contexto de actividad riesgosa, en la cual resulta razonable la asignación de determinadas medidas de seguridad a sus usuarios.

De modo concreto, y conforme las regulaciones específicas establecidas en el Reglamento, para sus operaciones debe contar una plataforma o sistema de monitoreo y procesos que

desarrollen información sobre las operaciones de sus clientes, para poder identificar patrones de fraude (Reglamento SBS, 6523-2013, SBS, 2013), debiendo estar la misma disponible en cualquier momento conforme a los requerimientos de los clientes, siendo incluso materia de reportes a la SBS en cuanto a las operaciones no reconocidas (Circular N° B-2334-2016, SBS, 2016). En ese sentido, la información sobre la acreditación del cumplimiento de las medidas de seguridad y su disponibilidad no son controladas por el cliente, sino por el proveedor, el cual, al estar en la obligación de contar con la información disponible no debiera ver lesionado seriamente sus intereses.

Respecto a un enfoque general de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) que no se limite a la inversión de la carga de la prueba descrito, y sin perjuicio de reiterar que no superó el análisis del subprincipio de necesidad, también observamos que la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva podría no afectar de modo relevante al proveedor si la graduación de las sanciones es leve o no resulta significativa, debiendo considerarse la típica solvencia que tienen este tipo de empresas.

En efecto, podemos sostener que estas entidades tienen una natural característica de solvencia y rentabilidad que se ha venido recuperando en el reciente contexto de emergencia, tal como se puede verificar en el Reporte del Banco Central de Reserva del Perú (BCR, 2021, p. 9). En tal sentido, el efecto de la imposición de sanciones puede verse mitigado en función a la posibilidad de estos agentes de interiorizar este tipo de costos, más aún si en pronunciamientos emitidos por la SPC se puede advertir que respecto a estas infracciones, recurriendo al principio de predictibilidad, han venido aplicando monto estándar de la sanción de 2 UIT (Res. 176-2022/SPC, Indecopi, 2022)⁶, siendo que en función a este dato objetivo podríamos en considerar esta afectación como leve.

Sin embargo, es necesario considerar que las infracciones al monitoreo no se dan de modo idéntico y no debiera ser omitido un análisis más preciso en cuanto a los fundamentos de

⁶ La Resolución N° 176-2022/SPC-Indecopi, del 31 de enero de 2022, establece en su fundamento 64 que: «si bien este Colegiado estima correcta la apreciación de los criterios escogidos por la primera instancia, deviene necesario tener en cuenta que, en previos pronunciamientos la Sala ha impuesto multas de 2 UIT a entidades financieras por infracciones afines a la acreditada en este procedimiento¹⁴. Por consiguiente, en virtud del Principio de Predictibilidad que orienta el procedimiento administrativo, la sanción impuesta por dicho órgano al denunciado, por infracción de los artículos 18° y 19° del Código, debió ser de menor cuantía.». Tal posición puede verse también en los antecedentes constituidos por las Resoluciones 550-2019/SPC-Indecopi y 922-2019/SPC-Indecopi.

cuantificación de las sanciones a imponer. En tal sentido, si bien somos conscientes de la necesidad de difundir criterios predecibles, los mismos debe incluir una adecuada casuística que diferencie los tipos de incumplimiento y desarrolle los criterios de aplicación de los factores. Así, por ejemplo, no tiene el mismo grado de reprochabilidad la conducta negligente de un proveedor A que suspende sin justificación el monitoreo de operaciones de sus clientes y adopta medidas de seguridad respecto a un número importante de operaciones en un lapso relevante de tiempo, respecto de aquella que le es imputable a un proveedor B respecto del error en la interpretación de una operación no habitual por un monto no significativo.

Consideramos que la predictibilidad no debiera implicar una renuncia a una adecuada sanción y prevención de incumplimientos, con montos significativos y disuasorios, que correspondan a la gravedad de la omisión, y con la aplicación efectiva de factores en la motivación, como las variables vinculadas al daño resultante y la naturaleza del perjuicio causado al usuario. Sólo así, en nuestro parecer, tiene sentido la aplicación de sanciones en el marco del DAS, y como tal, puede apreciarse en adecuada medida una lesión al principio de culpabilidad.

En ese sentido, por ejemplo, no es lo mismo determinar una multa conforme a una operación no reconocida por un monto que no supera las 2 UIT, es decir S/. 9 600,00 (art. 1, Decreto Supremo N° 398-2021-EF, 2021), a operaciones que puedan superar significativamente ese monto⁷. Un cambio en la tendencia jurisprudencial del Tribunal podría modificar la precepción sobre la levedad de la lesión que señalamos.

En este contexto propuesto de sanciones altas, si verificamos que el grado de afectación omitiendo la aplicación del principio de culpabilidad se transforma en nuestro análisis de leve a **moderado**. En efecto, la aplicación de multas significativas basados en un régimen responsabilidad objetiva puede determinar estos efectos negativos: (a) una afectación patrimonial mayor constituida por el costo del pago de una mayor multa, (b) se pueden generar eventuales efectos negativos al trasladarse los costos de encarecimiento del producto a los consumidores, desincentivando de modo indirecto las operaciones, y c) una percepción negativa respecto a la inversión en la implementación de medidas de seguridad que mitiguen

⁷ Así, si se considera el daño efectivo que pueda importar al consumidor en su patrimonio, se debiera permitir la aplicación de montos que correspondan a esta variable, más allá del tope que se ha establecido conforme a la aplicación del principio de predictibilidad efectuada por la Sala.

los riesgos en el desarrollo del producto, más aún cuando su aplicación diligente no necesariamente determinará la exclusión de la aplicación de sanciones.

b. Determinación del grado de satisfacción del principio de protección de los intereses de los consumidores.

Apreciamos que implica una ventaja procesal muy importante a favor del consumidor, quien solo debe plantear un consumo con tarjeta de pago que imputa como no autorizado, para trasladar la carga de la prueba al proveedor, el cual debe acreditar que la causa de la infracción no le es imputable. Ello corresponde a una aplicación práctica del principio de protección de los intereses de los consumidores establecido en el artículo 65° de la Constitución, y una manifestación del rol del Estado al establecer esta posibilidad en el marco de un procedimiento apropiado y disponible para los consumidores (Thorne, 2010).

Así, también conforme al principio de corrección de la asimetría establecido en el Título Preliminar del Código (Numeral 4, artículo V, Título Preliminar, Ley 29571, 2010), se aprecia que el marco normativo específico busca corregir distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o desequilibrio existente que coloca a los consumidores en una situación de desventaja frente a los proveedores en su actuación en el mercado.

Siendo que el artículo 104° del Código establece la inversión de la carga de la prueba en materia de procedimiento administrativo sancionador, mejorando la posición del consumidor financiero en el trámite de sus pretensiones en el procedimiento administrativo sancionador, desde una perspectiva de balance ¿puede justificarse la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva los derechos del proveedor omitiendo un análisis de dolo o culpa?

c. Comparación de estas magnitudes para determinar si la afectación al principio de culpabilidad se encuentra justificada.

Teniendo presente el modelo de Alexy (Martínez, 2007), y la estructura de la fórmula de peso:

$$G_{pi.jC} = I_{piC} / W_{PjC}$$

Donde:

Pi: es el elemento lesionado o sacrificado: principio de culpabilidad.

Pj: el elemento o principio que se satisface: principio de protección de los intereses de los consumidores.

C: son las circunstancias del caso

IpiC: importancia o grado de afectación del principio PI en las circunstancias C

WPjC: importancia o grado de satisfacción del principio PJ en las circunstancias definidas como C.

Figura 1. Fórmula del peso (Adaptado de: Martínez, 2007)

Asimismo, consideramos para el cálculo que el valor l (leve) puede contar como 1, el valor m (moderado) puede contar como 2, y el valor g (grave) puede contar como 4. Aplicados a la fórmula descrita, si el cociente es superior a 1, el principio de culpabilidad precederá al principio de protección de los intereses de los consumidores, en el caso concreto descrito (C). Si por el contrario el cociente es menor a 1, se procede a estimar que el principio de protección de los intereses de los consumidores aplicado al caso concreto, precede al principio de culpabilidad. En todos los casos de empate, el cociente es 1.

Proponemos, conforme las consideraciones previas que: (i) el grado de afectación al principio de culpabilidad (Pi) es moderado, solo si las sanciones son significativas y disuasorias, reflejando una más real aplicación de los factores de determinación en la motivación de las resoluciones. Como tal, en ese escenario hipotético, proponemos un valor 2.

Asimismo, consideramos que, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, si existe un efecto directo y real sobre los intereses de los consumidores, en tanto al establecerse esta manifestación inicial de responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador, se le favorece con una mejor posición para hacer valer sus derechos en esta vía, el beneficio efectivo a los consumidores. No se le podrá en tal sentido, exigir pruebas sobre la responsabilidad del usuario, logrando un mecanismo más directo para conseguir la satisfacción de sus reales intereses.

En la graduación de este beneficio es pertinente considerar que, su aplicación de determina por sí misma la exclusión de un análisis de responsabilidad subjetiva, y en efecto el proveedor debiera con los medios probatorios probar conforme al principio de culpabilidad que la infracción no le es reprochable. Asimismo, deberá el cliente financiero considerar que le corresponde un rol respecto a las medidas de seguridad propias del ámbito donde se desarrollan

las operaciones con tarjetas de pago, por lo que la inversión de la carga de la prueba no determina necesariamente una cobertura de su imprudencia en el manejo del producto (art. 104, Ley 29571. 2010). Conforme a ello, consideramos que, para efectos de la fórmula del peso, podemos considerar un valor moderado (2) para esta variable.

Conforme a ello, consideramos que aplicando la fórmula:

$$\mathbf{G_{pi,jC} = I_{piC} / W_{PjC}}$$

$$\mathbf{G_{pi,jC} = 2/2 = 1}$$

Figura 2. Fórmula del peso aplicada

Siendo iguales a 1, en la circunstancia específica planteada el principio de culpabilidad no precede al principio de protección de los intereses de los consumidores, y es admisible su concurrencia.

Cierto es que, en el contexto actual, atendiendo a la práctica jurisprudencial administrativa del Tribunal del Indecopi que referimos respecto a la aplicación de una multa estándar, el grado de afectación del principio de culpabilidad será cuantificado con un valor 1, siendo en este caso el cociente de la fórmula: 1, verificándose una relación de precedencia en favor del principio de protección de los intereses de los consumidores.

Sin embargo, en atención al análisis de proporcionalidad efectuado, reiterando la necesidad de revisar el marco de sanciones de modo tal que establezcan de modo efectivo sanciones disuasorias en los proveedores del mercado, y que correspondan a los diferentes grados de incumplimiento que se puedan verificar en la actividad, proponemos que es viable y necesario incluir un análisis de responsabilidad subjetiva, aplicando el principio de culpabilidad en el monitoreo de operaciones con tarjeta de pago, sin perjuicio de admitir la viabilidad de mantener la responsabilidad objetiva en cuanto a la inversión de la carga de la prueba. Tal desarrollo es efectuado a continuación a través del análisis de una muestra de resoluciones de la SPC del Indecopi, en la que se podrá distinguir algunos criterios aplicados para distinguir la habitualidad en las operaciones de los clientes, y su aplicación al establecer responsabilidad administrativa en los proveedores, verificando en particular la circunstancias y problemas respecto a la práctica jurisprudencial administrativa.

3.2 Criterios de habitualidad establecidos en la jurisprudencia administrativa del Indecopi.

Hace unos años, la SPC del Tribunal del Indecopi ha establecido la necesidad de un único análisis que incluya no sólo la apreciación de la validez de las operaciones (autenticación con empleo de clave de seguridad), sino de modo previo, la efectiva aplicación de medidas de seguridad frente a los riesgos (monitoreo de operaciones) para determinar la existencia de responsabilidad administrativa en los proveedores (Res. 2063-2018/SPC, Indecopi, 2018). Este criterio implicaba un cambio en la práctica jurisprudencial emitida por la Sala, en tanto que previamente, cuando los usuarios cuestionaban la validez de los consumos, no se hacía un análisis del cumplimiento de las medidas de seguridad (Pantigoso, 2019).

Esta modificación es sin duda relevante, porque implica un análisis sobre la actuación preventiva del proveedor, el cual, en caso de verificación de incumplimiento, puede determinar su responsabilidad administrativa, siendo posible aplicar sanciones, aun en aquellos casos en los que en la determinación de las causas del consumo no autorizado se aprecie la autenticación de la operación con el uso de la clave de seguridad respectiva.

Siendo ello así, el incorrecto monitoreo de operaciones habituales puede determinar la aplicación de sanciones a los proveedores, y ello se puede sustentar en la medida que de modo injustificado haya omitido el cumplimiento de la actividad referida. Así, justificada conforme al enfoque de ponderación la aplicación del principio de culpabilidad desde un enfoque de responsabilidad subjetiva que desarrollamos en el capítulo previo, proponemos que no basta por si sola la imputación de consumos no autorizado vinculado a la omisión de alertas y bloqueos de operaciones sucesivas, sino que también, la incorrecta configuración de la medida de seguridad debe ser reprochable a los proveedores de este tipo de productos.

La habitualidad, siendo una variable fundamental para poder establecer imputaciones válidas sobre la aplicación de la medida de seguridad asignada al usuario, no cuenta actualmente con criterios que resulten lo suficientemente precisos, predecibles y vinculantes, siendo susceptible de diversas modificaciones en función a la preferencia que puedan tener los integrantes del órgano decisor respecto a un factor específico del Reglamento (art. 2º, Res. SBS 6523-2013, 2013). En tal sentido, desarrollamos a continuación algunas consideraciones sobre las tendencias resolutivas verificables en la jurisprudencia emitida por la SPC:

3.2.1 Aplicación de un solo factor de habitualidad.

En el periodo 2020 a 2022, verificamos una tendencia en las resoluciones de la SPC, a través de la cual, en el análisis de la información histórica de los clientes y la habitualidad, existiría un factor preponderante determinado por el monto de consumos de los meses previos a la operación que el usuario del producto imputa como no reconocida.

Esta posición, que, si bien no es unánime, se basa en:

- (i) determinar los montos mensuales de consumo aplicados por el usuario antes de la operación que no reconoce;
- (ii) identificar cuál de estos ha sido el monto máximo mensual,
- (iii) usar el monto máximo determinado para compararlo con el generado en el mes de las operaciones observadas;
- (iv) considerar que a partir de aquella operación agregada con la cual se excede el mayor monto máximo mensual previamente identificado, tiene la calidad de no habitual; y
- (v) considerar la existencia de una obligación de bloqueo del producto financiero a partir de las subsecuentes operaciones.

El uso exclusivo de tal factor —En adelante *consumo total mensual*— es apreciada en los diez pronunciamientos de la SPC que se refieren en la siguiente tabla:

Resolución	Expediente	Fecha	Fundamentos
Resolución N° 550-2019/SPC- Indecopi	10-2018/CC1	27/02/2019	22 a 24
Resolución N° 924-2020/SPC- Indecopi	440-2019/CC1	26/06/2020	34 y 35
Resolución N° 1239-2021/SPC- Indecopi	355-2020/CC1	02/06/2021	30 a 40
Resolución N° 1284-2021/SPC- Indecopi	204-2020/CC1	07/06/2021	35 a 36
Resolución N° 2163-2021/SPC- Indecopi	713-2020/CC1	29/09/2021	37 a 39
Resolución N° 29-2022/SPC- Indecopi	724-2020/CC1	05/01/2022	40 a 42

Resolución N° 54-2022/SPC- Indecopi	25-2021/CPC- Indecopi-SAM	11/01/2022	22 a 24
Resolución N° 65-2022/SPC- Indecopi	304-2020/CC1	12/01/2022	39 a 42
Resolución N° 176-2022/SPC- Indecopi	1195-2020/CC1	31/01/2022	32 a 40
Resolución N° 177-2022/SPC- Indecopi	967-2020/CC1	31/01/2022	72 y 73

A modo descriptivo, en el primer caso que es planteado por el Sr. Mercuriali Porto con el BBVA Banco Continental, se imputa al proveedor no haber adoptado la medida de seguridad de monitoreo de habitualidad, permitiendo una operación no reconocida con cargo a su tarjeta de crédito en México por un monto ascendente a US\$ 4 240,09. Al respecto, la SPC desarrolla una revisión del movimiento histórico de transacciones aplicando el factor de consumo total mensual, sin sustentar expresamente una motivación que en la resolución que determine su aplicación exclusiva, en detrimento de otros factores como el lugar geográfico. (Res. 550-2019/SPC-Indecopi, Exp. 10-2018/CC1, SPC, 2019).

Así, en el fundamento 22, la resolución refiere los consumos totales mensuales del usuario que se detallan en la siguiente tabla:

Tabla 2	
Caso Mercuriali Porto – BBVA Banco Continental: Consumos totales mensuales periodo ago-nov 2017	
Periodo de Facturación	Total de operaciones US\$
Al 10 de agosto de 2017	1478,00
Al 10 de setiembre de 2017	94.21
Al 10 de octubre de 2017	975.41
Al 10 de noviembre de 2017	5268.25

Siendo el monto mayor mensual US\$ 1 478,00, el consumo observado ascendente a US\$ 4 240,09 es mayor y por tanto no habitual. En el caso, la SPC señala que el Banco debió realizar el bloqueo preventivo de la tarjeta evitando el perjuicio patrimonial del usuario. En el caso observamos que no existe una motivación en el pronunciamiento que determine fundamentos para optar por uno de los factores, siendo en nuestro parecer notorio el carácter inusual que

puede representar la realización de operaciones fuera del ámbito o jurisdicción que le corresponde a un consumidor.

La insuficiencia en la motivación determina que existan menores condiciones y herramientas para que el proveedor pueda implementar adecuadamente el monitoreo de operaciones, y en nuestro planteamiento puede afectar el carácter reprochable de una omisión. En el caso descrito, por ejemplo, se aprecia que el Banco plantea como argumento de defensa que su sistema informático de seguridad no determinó la operación como fraudulenta al no tener un patrón de fraude. Tal escenario de indeterminación y complejidad determina la necesidad de un análisis de reprochabilidad de la conducta del proveedor, en base a la responsabilidad subjetiva.

En un segundo caso, en los seguidos por Monasterio Tudela con el Banco de Crédito del Perú, la Sala aplicó también el factor de consumo máximo mensual, verificando que en la primera de 6 operaciones no reconocidas por el usuario ascendente a S/. 5 365,00 ya se superaba el monto máximo mensual referido ascendente a S/. 2 339,23. Siendo calificada como no habitual, generaba la obligación de bloquear preventivamente la tarjeta de pago evitando las cinco operaciones restantes, las cuales ascendieron a S/. 28 172,76. (Res. 924-2020/SPC, Exp. 440-2019/CC1, SPC, 2020). Tal como se determinó en el caso previo, si bien se aprecia en la resolución la referencia a los diversos factores de habitualidad establecidos en el artículo 2° del Reglamento, no se precisa la motivación para preferir el consumo máximo mensual.

Más recientemente, en los seguidos por Casas Martínez con el Banco de Crédito del Perú, se imputaba al proveedor el cargo de operaciones que el denunciante no reconocía, y fueron realizadas entre el 5 y 16 de setiembre del año 2019, siendo la primera de ellas una ascendente a S/. 10 000,00. Revisados los cargos realizados en su cuenta, se logró establecer que, durante los meses de marzo a agosto del año 2019, el mayor monto mensual aplicado ascendía a S/. 24,90. (Res. 65-2022/SPC-Indecopi, Exp. 304-2020/CC1, SPC, 2022).

Conforme a lo anterior, se estableció que la entidad bancaria debió considerar la primera operación referida como no habitual, debiendo generar una alerta de consumo inusual y aplicar las medidas preventivas que eviten nuevos cargos fraudulentos como el bloqueo preventivo de la cuenta bancaria vinculada la tarjeta de pago. Tal como se aprecia en los casos previamente

expuestos, la SPC ha aplicado el criterio de consumos máximos mensuales sin un desarrollo en los fundamentos que determine como inidónea la aplicación de otros factores.

Es interesante apreciar como en otros casos como el planteado por el usuario Polo Espinoza con el Banco Interamericano de Finanzas S.A., se aplicó en primera instancia un factor distinto a los consumos mensuales totales (**Res. 176-2022/SPC, Exp. 1195-2020/CC1, SPC, 2022**). El fundamento 22 de la referida resolución señala que el órgano de primera instancia considero como comportamiento habitual las transacciones que la usuaria no reconocía, dado que identificó una operación ascendente a US\$ 9 000,00, la cual excedía ampliamente los consumos cuestionados. En segunda instancia, la Sala aplica el criterio correspondiente al registro de consumos máximos totales efectuados en los meses anteriores con cargo a la cuenta del cliente.

Otro factor es utilizado en el caso seguido por Delgado Zuloeta con el Banco de Crédito del Perú, en atención a que el usuario no registra consumos previos. Dada la imposibilidad de identificar un patrón de consumo, se señala aplicar una referencia al estado de inactividad de la utilización del producto, determinando que existía la obligación de alerta que debió aplicarse con la realización de la primera operación de consumo efectuada por el usuario. Más allá de los cuestionamientos a la predictibilidad que puede aplicarse como resultado de esta interpretación, puede resultar cuestionable determinar la existencia de una obligación de bloqueo cuando precisamente no se puede vincular al usuario operaciones o consumos, siendo este un presupuesto importante para exigir el cumplimiento de la medida de seguridad al Banco (**Res. 383-2022/SPC-Indecopi, Exp. 227-2022/CPC-LAM-Indecopi, SPC, 2022**).

Enfatizando que el uso de un solo factor de habitualidad no ha sido determinado con el voto unánime de los Vocales en el periodo señalado, observamos que esta controversia sobre la pertinencia de los factores utilizados es constante, si observamos resoluciones previas al periodo 2019-2022, siendo que incluso se aplicaba de modo mixto factores distintos. El caso de la señora Guinea con el Banco de Crédito del Perú en 2018 fue resuelto con la aplicación mixta de factores como la naturaleza específica del producto utilizado, si bien descarta en el análisis la modalidad de las operaciones realizadas por ventanilla (Resolución 2063-2018/SPC-Indecopi, Exp. 630-2016/CC1, 2016, SPC, Fdtos. 63-65).

Cabe agregar que, en estos casos, la SPC ha determinado la aplicación de una multa ascendente a 2 UIT, realizando una referencia a criterios de graduación de las sanciones como

el daño resultante de la infracción, beneficio ilícito, efectos generados en el mercado, probabilidad de detección. Sin embargo, pareciera a continuación exonerarse de un análisis que precise en cada caso específico la forma en la cual los factores citados influyen en la determinación de la sanción, estableciendo un estándar vinculado a las multas impuestas en procedimientos previos, sustentando esta decisión en la aplicación del principio de predictibilidad.

3.2.2 Aplicación mixta.

En el periodo propuesto observamos que las controversias resueltas por la Sala se resuelven por mayoría de votos, presentándose de modo regular el voto singular de una de sus integrantes, basado en una percepción distinta de la aplicación de los factores habitualidad⁸, en tanto considera que no debe restringirse a los consumos totales mensuales previos, sino que de verificarse una **combinación de factores** como el monto, la frecuencia y el canal, entre otros posibles, para poder detectar operaciones sospechosas de fraude. A tales efectos, se plantea el recurso de medios tecnológicos para poder crear un perfil de cada cliente en función a su información histórica que registre la entidad, planteando aplicar las reglas utilizadas en la prevención de lavado de activos con el modelo «*conoce a tu cliente*».

Así, en los seguidos por Casillas Esquivel con el Banco BBVA Perú S.A, si bien se aplicó en mayoría el criterio referido al mayor consumo mensual, se dejó constancia a través del voto singular que la habitualidad no debe restringirse al mismo, debiendo utilizarse otros criterios de modo conjunto como: el importe de operaciones anteriores e individualizadas, su frecuencia, y el canal en el cual se efectuaron las mismas, calificando al análisis incluido en el voto en mayoría como incompleto. (**Resolución N° 177-2022/SPC-Indecopi, Exp. 967-2020/PS1, SPC, 2022**).

Pueden encontrarse casos en los cuales la aplicación mixta de factores ha sido aplicada por la Sala sin restringir el análisis al factor de consumos mensuales máximos, si bien son anteriores al periodo de estudio. En efecto, en los seguidos por Bahamonde Córdova con el BBVA Banco Continental S.A., se aprecia que el órgano realiza el análisis señalando

⁸ Votos singulares emitidos por la señora Vocal Roxana María Irma Barrantes Cáceres y registrados en decisiones de los años 2021 y 2022.

referencias expresas al cargo mensual promedio (no total, fundamento 55) de las operaciones, al canal utilizado (fundamentos 57 y 58, refiriendo el canal utilizado por compras en internet no se encontraban conforme al comportamiento habitual del cliente en el uso de la tarjeta de crédito), al número de operaciones establecidas en un periodo de tiempo (fundamento 60, que incluye como parámetro que el número de operaciones efectuadas en un periodo de tiempo objeto de cuestionamiento, fue mayor que a los que el consumidor realizaba habitualmente en un mes) y la aplicación total o parcial de la línea de crédito en las operaciones (fundamento 63, si bien en este último caso se precisa que su concurrencia no era determinante, en tanto los otros factores incluidos en el análisis ya determinaban su no habitualidad). (Res. N° 404-2018/SPC-Indecopi, Exp. N° 392-2015/CC1, SPC, 2018, Fdtos. 55, 57, 58 y 60).

Es posible también encontrar criterios de aplicación mixta en sentencias judiciales, como la establecida en la Resolución emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual utiliza y determina un patrón de consumo que determina la habitualidad en función a su realización en establecimientos afiliados, la aplicación del producto para retiros con moneda extranjera, y la plaza en la cual fue realizada la operación. (Res. 16, Exp. 10564-2017, 5° SCACCSJL, 2019).

Dado este panorama, ¿es posible considerar que los proveedores encargados de la aplicación de la medida de seguridad puedan tener de modo predecible un criterio vinculante sobre la habitualidad, si no existe un consenso claro y vinculante en la normatividad ni en las decisiones de las autoridades administrativas en la materia? Si bien en el periodo propuesto (2019-2022) es posible apreciar una tendencia hacia la aplicación del factor del monto máximo mensual previo a la operación no reconocida, podemos sostener que el mismo es insuficiente por la complejidad de la casuística, no es vinculante, y puede ser objeto de modificación en su aplicación.

El análisis de esta contingencia se ha evitado en principio por la conciencia de aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva (art. 104, Ley 29571, 2010), de cuya aplicación es posible omitir una constatación de la posibilidad del proveedor de poder implementar la medida de seguridad de monitoreo con criterios que se consideren predecibles, así como su reprochabilidad a título de dolo o negligencia.

Finalmente, una percepción de la validez del sacrificio del principio de culpabilidad en este caso para la admisión de la responsabilidad objetiva, argumentada en función a la necesidad de

protección de los intereses y usuarios de estos productos financieros, quizás no puede satisfacer los fines referidos, si se concreta en sanciones que no son lo suficientemente disuasivas, incluso en los casos en los cuales un Banco omite gravemente el cumplimiento de la medida de seguridad de monitoreo.

3.3 Impactos de la diversidad de criterios y aplicación del principio de culpabilidad.

Desarrollada la revisión de la jurisprudencia administrativa, es evidente que no existe un criterio suficientemente determinante y vinculante, que establezca la forma de aplicación de los factores de habitualidad, elemento importante para establecer la medida de seguridad determinada por el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito.

Así, se generan diversos impactos producidos a partir de la indeterminación referida:

- a. No existe suficiente predictibilidad en las decisiones emitidas en los procedimientos sancionadores, pues sea a partir de la aplicación individual de factores distintos (montos mensuales máximos, canal de pago, tipo de producto o la jurisdicción donde se realiza, tal como se identifica en los casos descritos) o la aplicación de una combinación de factores, es apreciable de modo permanente una controversia en la forma de aplicación, lo que puede afectar incluso la percepción de los encargados de implementar las medidas de seguridad de monitoreo: los proveedores. Siendo además que la fundamentación de las decisiones de la SPC en este ámbito no ha sido siempre la aplicación individual del factor de montos máximos mensuales, e incluso a nivel judicial ha sido objeto de una aplicación distinta de factores.
- b. Existiendo una limitación en la predictibilidad, se afecta la posibilidad de imputar al administrado el conocimiento sobre lo que constituye la habitualidad, y en consecuencia un elemento importante del tipo del injusto administrativo: sin la determinación precisa de lo que es habitual, no necesariamente puede reprocharse un incumplimiento en su detección.
- c. El tercer impacto se encuentra vinculado a los dos anteriores, y se constituye en la imposibilidad de implementar la medida de seguridad de monitoreo, al no contar el

proveedor con el parámetro que de modo vinculante pueda utilizar para aplicar a la información histórica de sus clientes y construir los patrones de habitualidad.

En la práctica, existirán casos en los cuales lo no habitual será más evidente que en otras situaciones, como aquellos con aplicación mixta de factores que excedan cualitativa y cuantitativamente los parámetros —por ejemplo, un número significativo de operaciones en corto tiempo, en un país distinto, por un usuario que solo realiza retiros mínimos de efectivo por ventanilla de Banco en su localidad—, en comparación con aquellos en los cuales se determina la habitualidad en aplicación de un solo factor cualitativo. En ese sentido, el análisis de la complejidad de la aplicación de factores puede incidir en la reprochabilidad de su omisión, en el contexto de la imputación de un deficiente cumplimiento de la medida de seguridad asignada al proveedor.

Sin embargo, en la jurisprudencia administrativa propuesta en el punto anterior, en aplicación de un marco normativo especial que habilita la responsabilidad objetiva (art. 104°, Ley 29571, 2010), los pronunciamientos de la SPC omiten desarrollar un análisis respecto a la existencia de un efectivo conocimiento de parámetros vinculantes sobre habitualidad, para la imputación de una infracción al deber de cuidado.

El marco normativo aplicable refleja además rasgos adicionales vinculados a la responsabilidad objetiva:

- a. Se establece que el proveedor deba acreditar el cumplimiento de las medidas de seguridad (inversión de la carga de la prueba), que incluye la necesidad de acreditar que se identificó adecuadamente los consumos no habituales.
- b. Las herramientas que otorga la regulación sectorial para determinar la habitualidad resultan insuficientes para precisar la forma en la cual se aplican los factores referidos en el numeral 5 del artículo 2° del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (país de consumo, tipos de comercio, frecuencia, canal utilizado, entre otros). Si bien en mayoría la Sala aplica el factor de **consumos máximos mensuales del cliente**, no necesariamente este criterio es vinculante y puede entenderse como suficiente para resolver la complejidad de supuesto vinculados a denuncias por consumos no autorizados —por ejemplo, cuando no hay consumos previos, tal como se verifica en el

caso de la señora Delgado Zuloeta correspondiente a la Resolución N° 383-2022/SPC-Indecopi.

Nuestra postura sobre esta insuficiencia propone la aplicación del principio de culpabilidad, a efectos que, conforme una adecuada aplicación de factores, suficientemente motivada, se establezca el nivel de reproche que debe aplicarse respecto al incumplimiento de la medida de seguridad ordenada por el ordenamiento. Sin embargo, asistimos a un contexto en el cual la tendencia resolutoria de la SPC determina criterios ex post sobre la habitualidad, y no fijadas en una disposición normativa que permita conocer ex ante los parámetros de su determinación (principio de tipicidad),

Consideramos asimismo posible el riesgo de errores en la aplicación de las medidas de seguridad por parte del proveedor como consecuencia de la indeterminación y ausencia de predictibilidad en la aplicación de los factores. Entendiendo que no sería razonable imputar objetivamente responsabilidad administrativa a un proveedor que pueda acreditar la aplicación de acciones para el cumplimiento de medidas de seguridad basados en una aplicación razonable de los factores del Reglamento, pero sin coincidir necesariamente con la tendencia interpretativa actual del Tribunal, sostenemos que es razonable aplicar un criterio de responsabilidad subjetiva basada en el principio de culpabilidad. Tal es el caso que podemos apreciar cuando no hay consumos previos, y aun así se aplican factores no establecidos expresamente en el Reglamento para determinar responsabilidad administrativa **Res. 383-2022/SPC-Indecopi, Exp. 227-2022/CPC-LAM-Indecopi, SPC, 2022.**

Conforme al análisis de ponderación establecido en el primer punto del presente capítulo, hemos establecido que en un escenario como el actual, donde las sanciones son leves y puede sostenerse que son asumibles por los proveedores en atención a su capacidad y solvencia, pareciera que no es relevante la aplicación preferente del principio de culpabilidad, y por ello no es relevante incluir un análisis de dolo o culpa. Sin embargo, hemos advertido en el referido análisis de proporcionalidad que la cuantificación de las sanciones puede no incluir como elemento el daño verificado en el usuario (en todas las sanciones se establece un tope de 2 UITs, que puede resultar no significativo ni disuasorio en función a la relevancia de los efectos en el patrimonio del consumidor afectado). En este eventual segundo escenario, en el cual se verifique la aplicación de un monto mayor de sanciones, hemos considerado posible la preferencia de aplicación del principio de culpabilidad.

No deseamos dejar de enfatizar que, el enfoque propuesto se desarrolla considerando cuál es la real afectación a los intereses de los consumidores con la aplicación del principio de culpabilidad. Dejando a salvo la relevancia de mantener el traslado de la carga de la prueba al proveedor dada su particular posición en la relación y acceso a la información sobre las medidas de seguridad a aplicar, consideramos que desarrollar un análisis de cumplimiento de medidas de seguridad que permita excluir de responsabilidad administrativa al proveedor del servicio cuando las cumple razonablemente, no tiene por qué necesariamente afectar sus intereses, distinguiendo en estos casos la responsabilidad civil u otro tipo de medidas restitutorias de sus derechos que si puedan aplicarse.



CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN: PROPUESTA PARA UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD CON MATICES.

Al igual que en otros ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador, de la revisión de la jurisprudencia administrativa apreciamos que no se aplica en sentido estricto un análisis de dolo o culpa conforme al principio de culpabilidad. Ello, pese a la tendencia general a reconocer su aplicación en el DAS. Verificando que en el caso propuesto apreciamos una concurrencia con el principio de protección de los intereses de los consumidores (establecido en el artículo 65° de la Constitución), consideramos pertinente un examen de proporcionalidad, para establecer la existencia de una relación de precedencia que justifique esta restricción del principio de culpabilidad.

El análisis busca confirmar si pese al marco normativo del TUO de la Ley 27444, y el Código (Ley 29571), desde una perspectiva constitucional influida por los principios que corresponden a un Estado Democrático de Derecho, incluye válidamente aspectos de responsabilidad objetiva en la conducta imputada a los proveedores de tarjetas de pago.

Realizado el análisis procedemos a continuación a una confirmación parcial de la hipótesis, en tanto consideramos un doble enfoque de lo que significa incluir a la responsabilidad objetiva, uno referido a la inclusión del análisis de dolo o culpa al determinar la existencia de infracciones, y un segundo referido a la inversión de la carga de la prueba. Finalmente, pasamos a exponer diversas propuestas desde cuatro perspectivas: constitucional, legal, reglamentario y jurisprudencial administrativo, las que estimamos pueden establecer una aplicación del principio de culpabilidad más apropiada en la materia propuesta.

4.1 Tipicidad Subjetiva, con admisión de la inversión de la carga de la prueba.

Sobre la responsabilidad objetiva en el DAS, un reciente pronunciamiento emitido por el TC respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Ica (Exp. 00002-2021-PI/TC, Pleno Sentencia 2021-2022, TC, 2022), ha precisado que no debe descartarse *per se* la aplicación de la responsabilidad, en tanto puede no constituir necesariamente un ejercicio irrazonable del *ius imperium* atribuido a la Administración Pública, implicando un reconocimiento del TC respecto a su aplicación, pese a que en un pronunciamiento previo se había establecido la posibilidad de aplicar principios garantistas del

Derecho Penal al ámbito del DAS, si bien con los matices correspondientes (Exp. 01873-2009-PA/TC, TC, 2010).

Validamos la aplicación de principios propios del *Ius Puniendi* estatal, al inclinarnos por la tesis unitaria, acogiendo la percepción del carácter aflictivo es común al delito y a la infracción (Baca, 2019), y reconociendo que, en el contexto de la actividad de monitoreo de habitualidad de tarjetas de pago, donde la afectación a bienes jurídicos concretos como los que corresponden a los intereses patrimoniales de los clientes protegidos en el Derecho Penal, determinan la razón fundamental para legitimar la persecución administrativa.

Desde una perspectiva constitucional que corresponde a un Estado democrático de derecho, y que toma en cuenta la aplicación del *Ius Puniendi* en su relación con los particulares, no se debe soslayar el relevante papel que, de modo similar a las políticas criminales vinculadas al Derecho Penal, pueda establecer el legislador para el ámbito del DAS para proteger materias específicas de protección al consumidor financiero.

En esa dirección, no debe descartarse *per se* la aplicación de la responsabilidad objetiva, concretándola sin embargo a un ámbito donde se verifica su idoneidad, necesidad y proporcionalidad (ponderación) como es el caso de la inversión de la carga de la prueba, tal como se observa a continuación en el desarrollo de los dos enfoques:

4.1.1 Primer enfoque: validez de introducción de un análisis de tipicidad subjetiva.

Encontrando desde una perspectiva constitucional que debe incluirse el principio de culpabilidad en las infracciones del DAS incluyendo un análisis que no se limite a la constatación objetiva del consumo no autorizado con la omisión de alertas y/o bloqueo de transacciones, apreciamos que ello es posible con la identificación de diversos niveles en la omisión del cumplimiento de las medidas de seguridad y estándares de cumplimiento, estableciendo los casos en los cuales es reprochable y sancionable la conducta del proveedor.

Para ello, es de suma relevancia en estos casos confirmar si el proveedor tenía disponibles los criterios de habitualidad para implementar las medidas de seguridad.

En el ámbito de monitoreo de tarjetas de pago consideramos que con mayor incidencia se apreciará conductas negligentes y no necesariamente dolosas en el cumplimiento de las medidas de seguridad, las cuales tendrán una mayor frecuencia en un contexto de riesgo, en el cual se verifican nuevas modalidades de fraude tecnológico.

Así, nos adherimos a la postura señalada por Gallardo Castillo, citada por Baca, al determinar que es conveniente la inclusión de un análisis de negligencia en el DAS, siendo relevante en este punto incluir estándares de negligencia para su verificación (Baca, 2019). Discrepamos por otro lado con Gómez Tomillo en tanto consideramos que este análisis si pueden constituir fundamentos del tipo de infracción referida, y no sólo en un posterior análisis para determinar la graduación de sanciones (Gómez, 2015).

En el ámbito del monitoreo de operaciones, la revisión de la jurisprudencia administrativa de la SPC evidencia la diversidad criterios para determinar si una operación con tarjeta puede ser habitual y su carácter no vinculante. La tendencia en las resoluciones que son emitidas sin unanimidad acoge con mayor frecuencia el monto máximo mensual previo al consumo no reconocido, uno de los factores establecidos en el artículo 2° del Reglamento aprobado por Resolución SBS N° 6523-2013.

En cuanto al establecimiento de estándares de negligencia en el cumplimiento de medidas de seguridad, sostenemos que es posible. Así, por ejemplo, un mayor grado de incumplimiento se apreciará en los casos en los cuales el Banco no aporta evidencias de la existencia de la actividad de monitoreo; y por otro lado, es posible considerar menos reprochables los casos donde el Banco demuestra la implementación de una plataforma de análisis del comportamiento de sus clientes, con la correspondiente inversión en recurso tecnológicos, su actualización, la permanente capacitación del personal, la revisión constante de criterios de habitualidad reflejados en pronunciamientos de la autoridad administrativa y jurisdiccional, entre otras manifestaciones de diligencia que incluso pueden estar incluidas en un programa de cumplimiento para mitigar los riesgos de esta actividad.

Otro aspecto de relevancia es la predictibilidad que pueden tener los criterios de habitualidad. Apreciando que los pronunciamientos de la Sala no cuentan con unanimidad, se

verifica una mayor complejidad al apreciarse nuevos criterios interpretativos como los que se señalan a continuación:

- En los seguidos por Casillas Esquivel con el Banco BBVA Perú S.A, se aprecia que el proveedor no alertó al cliente la existencia de una operación con su **tarjeta de crédito adicional**, para evitar una transacción posterior. Al respecto, resaltamos que el criterio que establece la SPC, precisando que no cabe una exclusión del análisis de habitualidad de aquellas operaciones realizadas con *tarjetas adicionales* del usuario (Res. 177-2022/SPC-Indecopi, Exp. 967-2020/CC1, SPC, 2022).
- En los seguidos por Delgado Zuloeta con el Banco de Crédito del Perú, la SPC no podía aplicar el criterio mayoritario de monto máximo mensual previo, en atención a que la usuaria no tenía ningún consumo anterior desde la adquisición del producto financiero. Sin consumos previos, determinó que el **estado de inactividad de la cuenta** influía en el carácter no habitual, debiendo alertar la primera operación (Res. 383-2022/SPC-Indecopi, Exp. 227-2022/CPC-LAM-Indecopi, SPC, 2022). Así, el usuario no debe limitarse a la valoración de operaciones verificadas respecto a la tarjeta, sino también al estado de inactividad de dicha cuenta, es decir, al periodo en el cual no se efectuaron transacciones con el producto (nuevo criterio).

En ambos casos, la inclusión de nuevas formas de determinar habitualidad se da de modo posterior, en el marco de procedimientos sancionadores y no de modo previo. Un banco pudo haber configurado su plataforma de seguimiento considerando para el análisis de seguridad solo las operaciones vinculadas a la tarjeta del titular, y no agregando a las adicionales. Asimismo, al no existir operaciones como en el segundo caso, un Banco pudo válidamente considerar que no correspondía desarrollar el análisis.

No teniendo estos criterios de forma previa y vinculante a la actividad de monitoreo, no es posible imputar **conocimiento** de estas variables que resultan imprescindibles en el análisis de responsabilidad subjetiva y reprochabilidad, conforme el principio de culpabilidad.

Apreciamos como compleja la casuística, y los diversos factores para determinar la habitualidad, es posible construir válidamente reparos a la disponibilidad de criterios

suficientes y predecibles para implementar la medida de seguridad exigida al proveedor, siendo este un aspecto trascendente en el análisis de la tipicidad subjetiva.

Conforme a ello, desde una perspectiva constitucional enmarcado en un correcto ejercicio del *Ius Puniendi* estatal en un Estado Democrático de Derecho, sostenemos que en el ámbito propuesto corresponde incluir un análisis de tipicidad subjetiva para determinar la existencia de infracciones por el incumplimiento de la medida de seguridad, verificando cual es el nivel de negligencia o culpa que pueda ser imputado, incluyendo la posibilidad de determinar la inexistencia de infracciones en caso la omisión imputada no sea reprochable.

Coadyuvan a la referida conclusión las siguientes consideraciones:

- a) El Reglamento determina al monitoreo de habitualidad como una medida de seguridad que mínimamente debe cumplir el proveedor, y ello corresponde al riesgo propio de las operaciones con tarjetas de pago y a la idoneidad que debe asegurar, conforme la garantía implícita determinada en el Código, respecto a lo que en condiciones regulares un cliente financiero espera (art. 20°, Ley 29571, 2010).

Si en el análisis, se aprecia que lo más relevante de la responsabilidad objetiva es la satisfacción de los intereses del consumidor, esta se encuentra vinculada a los efectos directos en la reparación de daños vinculados al riesgo, en términos de responsabilidad civil. Sin embargo, respecto al DAS, al ser una manifestación del ejercicio del *Ius Puniendi* estatal, si resulta pertinente y válido desarrollar un análisis distinto incluyendo en la verificación la infracción de deberes de cuidado asignados por el ordenamiento, el cual puede estar basado en estándares de negligencia.

- b) La infracción no implica solo una inobservancia de la norma reguladora de la actividad, como si se aprecia en el clásico ejemplo del sector transporte donde un conductor omite detenerse cuando la luz del semáforo está en rojo y la infracción es determinada sin la necesidad de un efecto concreto en un bien jurídico determinado. En las infracciones al monitoreo, si apreciamos una lesión concreta y no solo un peligro abstracto o la necesidad de fomentar el cumplimiento de la regulación sectorial respectiva.

Así, nos hemos identificado con la tesis unitaria, precisando que la naturaleza tuitiva del marco normativo de protección al consumidor determina un matiz en la aplicación del principio de culpabilidad en este ámbito del DAS. Conforme a ello, y siguiendo a Roxin, en algunos casos mantener un sistema que aplique el *ius puniendi* estatal de modo uniforme y regular debe pasar a segundo plano, debiendo priorizarse soluciones normativas a través de las cuales, la decisión del legislador resuelva problemas concretos, considerando las especiales circunstancias sociales y económicas del ámbito analizado (Rojas, 2015).

- c) Conforme a la aplicación del subprincipio de necesidad establecido en el análisis de ponderación desarrollado en el segundo capítulo, apreciamos que para garantizar la aplicación del principio de protección de los intereses de los consumidores y usuarios no es necesario eliminar el análisis de tipicidad subjetiva, al existir otro mecanismo que puede asegurar esta finalidad de modo más eficiente (inversión de la carga de la prueba).
- d) Considerando en el análisis su especial calidad de personas jurídicas, sostenemos que los proveedores pueden incurrir en infracciones administrativas, las que desde un enfoque de responsabilidad subjetiva puede estar vinculadas a **defectos en su organización**.

Datos verificables, como la existencia de obligaciones para un adecuado seguimiento supervisión las actividades de monitoreo de la habitualidad, la implementación de un programa de cumplimiento que involucre el compromiso de los responsables de la persona jurídica, las evidencias sobre la actualización de parámetros que permitan identificar patrones de conducta, la capacitación que pueda brindarse sobre la materia a los colaboradores del proveedor para poder desarrollar la actividad, entre otros pueden coadyuvar a determinar una postura o perfil de la persona jurídica respecto al riesgo implícito en los productos que ofrece a sus clientes, y determinar la imputación de negligencias en base a la infracciones de un deber de cuidado en la actividad riesgosa.

Respecto a este punto, diferimos incluso con la posición que sostiene que el análisis de la existencia de defectos en la organización solo debe desarrollarse respecto a la graduación de sanciones (culpabilidad), y no en la verificación de elementos de la tipicidad de la infracción. (Gómez Tomillo, 2015). Así, la inexistencia de criterios sólidos y vinculantes respecto a la habitualidad puede en nuestra opinión ser determinante para establecer la existencia de una infracción.

Sin perjuicio de considerar confirmada nuestra hipótesis respecto a este primer enfoque, no se puede dejar de apreciar el carácter tuitivo del marco normativo de protección al consumidor, siendo imposible excluir del análisis los principios garantistas emitidos en este contexto, como el principio pro consumidor, de corrección de la asimetría informativa y de protección mínima, así como las políticas públicas dirigidas a la protección de la seguridad de los consumidores, de reconocimiento de su vulnerabilidad en las relaciones de consumo, y de garantía de mecanismos idóneos para la solución de controversias con los proveedores, todas ellas establecidas en la Ley 29571, y concordantes con el principio de protección de los intereses de los consumidores establecido en el artículo 65° de la Constitución.

En efecto, si bien conforme al análisis de proporcionalidad en el capítulo precedente, consideramos que la inclusión de un análisis de negligencia conforme al principio de culpabilidad no determina una afectación indebida al principio tuitivo, es pertinente verificar un segundo enfoque que corresponde a la inversión de la carga de la prueba, manifestación propia de un régimen de responsabilidad objetiva, remitiéndonos al análisis que se desarrolla a continuación.

4.1.2 Segundo enfoque: necesidad de mantener la inversión de la carga de la prueba.

Para este enfoque apreciamos en primer término la posición de las partes de la operación, en la realidad social y económica del país, verificando que los proveedores son entidades financieras, que acceden a recursos económicos vinculados al ahorro público, y que son protegidos por disposiciones regulatorias (SBS). Así, en principio tienen solvencia suficiente para desarrollar sus actividades, lo que en la mayoría de los casos difiere sustantivamente de aquella posición atribuida al consumidor de tarjetas de pago, lo que es determinante al momento de asignar roles frente a los riesgos.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, podemos señalar que, en relación con los costos de transacción que importan el acceso a la información compleja sobre el riesgo de la actividad, es más eficiente que el proveedor lo asuma, dado que tiene la mejor posibilidad de asumir los referidos costos. (Bullard, 2019). Ello se refleja en el monitoreo de habitualidad, al tener el proveedor permanente acceso a los recursos tecnológicos con los cuales se analiza la información histórica de sus clientes y establece patrones de habitualidad, y hace efectivas las alertas de seguridad y bloqueos preventivos del producto.

Siendo eficiente asignar este rol al proveedor, es importante también generar los incentivos necesarios para la inversión en la implementación de las medidas de seguridad que resulten adecuadas al objetivo. Así, se aprecian cada vez más innovaciones tecnológicas que pretenden asegurar una mayor eficacia, incluyéndose nuevas herramientas que pueden contribuir al fin preventivo, como el análisis del comportamiento de los clientes en el aplicativo, e incluso identificando «los dedos con los que escribe» (Ramírez, Z, 2022), buscando con ello generar confianza al consumidor y a su vez reducir los riesgos y costos operacionales.

La asimetría propuesta en el análisis de proporcionalidad desarrollado en el capítulo segundo determina que no sea posible atribuir este rol al consumidor. Por ello, sostenemos que esta distinción determina un matiz especial en el mercado en el cual se desarrolla la protección al consumidor, y por ende justifica desde una perspectiva de política normativa mantener un espacio para la responsabilidad objetiva.

Lo contrario supondría que, el consumidor afectado deba estar sujeto a la presunción de licitud que, en condiciones normales tienen todos los agentes del mercado, desconociendo que el usuario no tiene acceso a las fuentes y medios que permiten evidenciar el comportamiento diligente del proveedor respecto del cumplimiento de las obligaciones de monitoreo.

¿Podrá sostenerse en ese sentido que un usuario regular puede obtener regularmente información sobre la actualización de la plataforma de monitoreo, sobre la supervisión desarrollada respecto de esta actividad, sobre el mantenimiento del software aplicable, entre otras condiciones? Suponemos que al menos en todos los casos la respuesta no será positiva.

Sobre el particular, es claro que el marco normativo establecido en la Ley N° 29571 ya identifica esta **inversión de la carga de la prueba hacia el proveedor**, tal como se puede desprender del artículo 104°, siendo aplicado por la SPC en sus pronunciamientos. Ello también corresponde a la obligación establecida en el Reglamento de Gestión de Conducta del Mercado del Sistema Financiero aprobado por Resolución SBS N° 3274-2017, norma que en su artículo 4 señala la responsabilidad de los proveedores de implementar una gestión de su conducta conforme al marco normativo, incluyendo las prácticas de negocio, debiendo entre otras actividades desarrollar procedimientos de monitoreo de sus productos, debiendo incluso mantener disponible esta información a sus usuarios.

Propuesto un análisis de ponderación basado en el modelo de Alexy, que incluyó la determinación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, arribamos a una conclusión según la cual la afectación al principio de culpabilidad no importa un sacrificio relevante, en tanto es claro que el proveedor regularmente debe contar con la información y evidencias de cumplimiento de las respectivas medidas de seguridad, incluyendo el monitoreo de la habitualidad.

En contraste, si se aprecia en principio un beneficio de gran relevancia respecto a la protección de los intereses de los consumidores de tarjetas de pago, en tanto que, dada la asimetría existente en cuanto al acceso y disponibilidad de recursos, así como la referente a la información sobre las operaciones desarrolladas por el proveedor para el cumplimiento de las medidas de seguridad, a través de la inversión de la carga probatoria se libera al usuario de la obligación de probar el incumplimiento señalado.

De este modo, y conforme a lo establecido en el artículo 65° de la Constitución, se consigue un impacto relevante para el establecimiento de procedimientos eficaces y eficientes para la solución de conflictos y protección de sus intereses, equilibrando las posiciones existentes en la materia.

4.2 Propuestas para una introducción del principio de culpabilidad en el ámbito de las operaciones de monitoreo de habitualidad.

Considerando el análisis precedente, planteamos a continuación algunas propuestas que consideramos viables en la aplicación del principio de culpabilidad, desde los siguientes enfoques:

4.2.1 En el plano constitucional.

No resulta necesario postular una modificación a las disposiciones constitucionales, en tanto que la vigencia del principio de culpabilidad se desprende válidamente de lo dispuesto en el artículo 3° de la Constitución (entendiendo que el principio corresponde al ejercicio del *Ius Puniendi* estatal en el marco de un Estado democrático de derecho), e incluso del reconocimiento de la aplicación del principio en los pronunciamientos emitidos por el TC.

Sin embargo, debe continuarse con el desarrollo de criterios interpretativos emitidos por el TC, que otorgue herramientas para determinar cuándo debe aplicarse el principio de culpabilidad en los diversos ámbitos vinculados al DAS, descartando la aplicación de la responsabilidad objetiva, de acuerdo a los sectores específicos de regulación, y los valores que debe tomarse en cuenta conforme al modelo constitucional de Estado Democrático de Derecho.

En efecto, somos conscientes que los principios desarrollados tradicionalmente en el Derecho Penal son objeto de traslado con matices al DAS, pero precisamente debe establecerse bajo que parámetros puede admitirse una excepción que valide una aplicación de la responsabilidad objetiva en determinados ámbitos sectoriales. Dejar esa labor a la actividad legislativa e incluso de la que desarrollan los tribunales judiciales o administrativos, puede afectar la coherencia del sistema, así como determinar innecesarios espacios donde prime la incertidumbre en el ejercicio del *Ius Puniendi* estatal.

4.2.2 Desde el plano legislativo.

El reciente pronunciamiento contenido en la Sentencia por el TC (Sentencia Exp. 0002-2021-PI/TC, TC, 2022) refleja una permanente controversia existente respecto a la admisión de la responsabilidad objetiva en el marco legal. En efecto, refiriéndose al numeral 10° del artículo 238° del TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, y determinando la introducción del principio de culpabilidad en el ordenamiento del DAS

peruano, esta disposición legal también admitía adicionalmente la validez de la responsabilidad objetiva cuando una ley o decreto legislativo lo disponga. (D.S. 04-2019-JUS, 2019)

En efecto, actualmente nos encontramos en un escenario donde no existe una posición concluyente y unánime respecto a la validez de esta disposición legal, pese a las que la demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada, y la admisión de la responsabilidad objetiva sigue vigente.

Como resultado del análisis propuesto en los capítulos previos, y confirmada nuestra hipótesis, consideramos que es posible establecer una disposición legal que determinando como regla general el principio de culpabilidad, mantenga la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad objetiva, y que esto sea sustentando en la especial relevancia que los ilícitos de tipo abstracto (no de lesión) se verifiquen en este plano del ordenamiento, así como en las opciones de política normativa pueda disponer el legislador en los ámbitos específicos.

En el ámbito sectorial específico que ocupa nuestro trabajo, el Código no incluye como necesario un análisis del dolo y la culpa al determinar las infracciones. Al respecto, y conforme al análisis de proporcionalidad y los fundamentos planteados en la discusión propuesta en el presente capítulo, proponemos su inclusión en el ámbito de la determinación de infracciones, cuando se encuentre vinculado a la infracción de deberes de seguridad, y no lo restrinja sólo al ámbito de la graduación de infracciones (Ley 29571, 2010).

A modo de ejemplo, proponemos incluir una referencia adicional al segundo párrafo del artículo 104° de la Ley 29571, estableciendo una circunstancia adicional a las establecidas legalmente para exoneración de responsabilidad administrativa: cuando el proveedor acredita que no le es imputable a título de dolo o culpa el incumplimiento del deber de monitoreo⁹.

⁹ **Propuesta de modificación del artículo 104° del TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.**

Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

«(...) 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. *También se procederá a la exoneración en caso el proveedor acredite que no le es imputable a título de dolo o culpa la infracción administrativa.*» (Énfasis agregado a texto adicionado a la modificación propuesta).

Consideramos que una regulación de este tipo, referida a la verificación del cumplimiento de medidas de seguridad que puedan determinar la existencia de actuaciones negligentes en un entorno de riesgo como el verificado en las operaciones con tarjetas de pago, puede determinar a su vez un incentivo en las mejoras que pueda implementar el operador para minimizar o eliminar el riesgo, las que pueden incluir la inversión en mejoras tecnológicas e incluso el desarrollo de programas de cumplimiento que reflejen una tendencia preventiva y no solo represiva.

4.2.3 En el plano reglamentario sectorial.

El Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito aprobado por Resolución SBS N° 6523-2013 establece que la actividad de monitoreo para detectar operaciones no habituales de consumo de los clientes, así como la identificación de patrones de fraude basado en el análisis sistemático de operaciones. Asimismo, en su artículo 2° del Reglamento determina algunos factores para identificar que el comportamiento habitual de consumo el país de consumo, el canal utilizado, la frecuencia, entre otros. (Res. SBS 6523-2013, 2013).

Apreciando que estos son referidos y desarrollados por parte de los órganos resolutivos del Indecopi al establecer la infracción a un deber de idoneidad, consideramos pertinente evaluar la realización de modificaciones que permitan incluir, en base a la experiencia recogida desde la implementación del Reglamento, ordenar la aplicación de factores en base a una prelación, anticipando a los proveedores y usuarios las herramientas para poder identificar lo «no habitual» y facilitar la identificación de consumos no autorizados.

Del mismo modo, la actualización de los factores, y la precisión en el modo de su aplicación, contribuye a la necesaria precisión de las obligaciones que debe cumplir el proveedor, de modo tal que puede ser reprochable su incumplimiento, contribuyendo además a una necesaria predictibilidad.

Como propuesta, mencionamos algunos criterios que a nuestro parecer pueden contribuir a una mejor predictibilidad en la aplicación de los factores establecidos en el artículo 2° del Reglamento:

- a. La verificación de una operación con la tarjeta de pago que sea sustancialmente distinta respecto de un solo factor afecta la consideración de habitualidad, debiendo procederse a la alerta respectiva. El enfoque debe ser preventivo y considerar una alerta permanente hacia el consumidor por diversos canales.
- b. Debe actualizarse la relación de factores, sin que ello implique considerar la lista como taxativa.
- c. En los supuestos donde no existen operaciones previas o antecedentes, debe considerarse a la primera operación como supuesto determinante para la emisión de una alerta.
- d. La posibilidad de utilizar productos financieros distintos a las tarjetas de pago propias para el análisis de información histórica (como en el caso de las tarjetas adicionales).

El rol de la entidad reguladora (SBS) es fundamental en la materia, y apreciamos constantemente la emisión de nuevos instrumentos que permiten impulsar nuevas iniciativas sobre medidas de seguridad en las operaciones con tarjetas de pago. Así son muy relevantes por ejemplo las disposiciones contenidas en los Reglamento para la Gestión de Riesgos Operacionales (Resolución SBS N° 2116-2009 y sus modificatorias), de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos (Resolución SBS N° 272-2017), Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero (Resolución SBS 3274-2017), para la Gestión de la Seguridad de la Información y la Ciberseguridad (resolución SBS N° 504-2021) y para la Realización Temporal de Actividades en Modelos Novedosos —«Sandbox regulatorio»— (Resolución SBS N° 2429-2021), los cuáles reflejan la existencia de una constante regulación en el sector, marcada por la necesidad de establecer protocolos para enfrentar los riesgos existentes en las actividades vinculadas a los productos financieros.

Como observaremos en el siguiente punto, a partir de la experiencia resolutiva vinculada a operaciones no reconocidas por los clientes financieros, persiste la necesidad de actualizar la regulación específica sobre el monitoreo, situación que influye en las exigencias de predictibilidad en el referido mercado.

4.2.4 En el plano de la actividad resolutoria del Tribuna de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

Basados en la propuesta de introducción del principio de culpabilidad, el cual supone la verificación de un deber de cuidado imputable a título de negligencia a las personas jurídicas que ofrecen en el mercado las tarjetas de pago, y la propuesta de una eventual modificación de la Ley 29571, consideramos que podría incluirse un análisis de este tipo en los pronunciamientos del Indecopi.

Reiteramos que nuestra propuesta se dirige a una eventual inclusión del análisis de tipicidad subjetiva, manteniendo la inversión de la carga de la prueba, pero precisando que, el proveedor podrá exonerarse de responsabilidad en caso acredite que no le es imputable la infracción al deber de cuidado, basados en un adecuado desempeño de las actividades de monitoreo, y su ajuste a los criterios de habitualidad establecidos por la regulación sectorial y el propio Indecopi, a través de pronunciamientos de naturaleza vinculante.

Resaltamos en ese sentido que, a nivel jurisprudencial, y tal como se aprecia en el análisis expuesto en el segundo capítulo sobre el estándar existente en las resoluciones de la Sala Especializada en Protección al Consumidor al determinar criterios de habitualidad, no existe una expresa referencia al carácter vinculante de estos pronunciamientos, sino que, por el contrario, apreciamos votos singulares que expresan una motivación distinta sobre la materia. Un importante rol en esta materia es el que puede desempeñar la SBS, al actualizar los factores de habitualidad, y establecer un orden de preferencia entre ellos, así como un procedimiento para determinarlos.

Debemos entender que la propuesta considera que la inclusión del análisis de dolo o culpa no debe restringirse al ámbito de la graduación de sanciones, como actualmente se aprecia al revisar los pronunciamientos del Indecopi, sino que se propone desarrollarlo en el análisis del tipo de la infracción administrativa.

Consideramos también necesaria una mención especial respecto al monto de las sanciones que se han ido verificando por la detección de infracciones al monitoreo de habitualidad, y que vienen fijándose en un monto equivalente a dos UIT (unidades impositivas tributarias), es decir S/. 9 200 soles en el año 2022. En la motivación de estos pronunciamientos se suele incluir una

referencia a los criterios de graduación incluidos en el artículo de la Ley 29571, pero no se desarrolla una motivación suficiente sobre estos, o en qué manera son considerados en la determinación del monto de la sanción, sino que se hace referencia a la aplicación del principio de predictibilidad aplicando una sanción estándar establecida en un anterior pronunciamiento.

Sin perjuicio de manifestar nuestras reservas sobre este tipo de motivación, al identificar casos que no necesariamente tienen las mismas características en cuanto a los factores (daño resultante de la infracción, efectos generados en el mercado, y probabilidad de detección) apreciamos que es recomendable se pueda establecer un desarrollo de estándares de casos tipo, así como definir en qué medida el daño puede estar realmente vinculado a la efectiva afectación lesión patrimonial al consumidor: no será lo mismo aplicar el criterio si una operación no reconocida excede significativamente el monto de la multa estándar referida.

La inclusión de un análisis de dolo o culpa en la graduación que se desarrolla en los pronunciamientos referidos puede asimismo coadyuvar a un mejor establecimiento de sanciones, identificando estándares entre el grado de negligencia en el cumplimiento de los deberes de cuidado atribuibles a las personas jurídicas. Así, no será lo mismo sancionar a un Banco que ha implementado y mantiene una plataforma de seguimiento y monitoreo basada en el procesamiento de información histórica de sus clientes y que pese a que además mantiene actualizados los parámetros de seguimiento de habitualidad respecto a las decisiones establecidas por el Indecopi incurre en un error de procesamiento de información, respecto de aquel proveedor no puede evidenciar una implementación mínima esta actividad.

CONCLUSIONES

1. Hay un creciente uso de tarjetas de pago, y también un incremento del riesgo de fraude de operaciones no autorizadas a través de nuevas modalidades. Corresponde al proveedor aplicar como medida de seguridad el monitoreo de las operaciones de sus clientes, estableciendo patrones habitualidad para detectar estas operaciones y realizar bloqueos preventivos.
2. El incumplimiento de esta medida genera responsabilidad administrativa. En su determinación, consideramos relevante establecer la pertinencia del principio de culpabilidad, siendo que conforme un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, si bien es posible admitir la aplicación de principios garantistas del *Ius Puniendi*, también se ha admitido recientemente que no se puede descartar *per se* la responsabilidad objetiva.
3. Basados en la identidad de la finalidad punitiva que representa el castigo en el Derecho Penal como en el DAS, así como la apreciación de diferencias más cuantitativas que cualitativas entre delito y la infracción administrativa, nos adherimos a la tesis unitaria sobre esta materia. Por ello, consideramos válida la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito del DAS, incluyendo el principio de culpabilidad.
4. En las operaciones con tarjetas de pago, es aplicable el principio constitucional tuitivo de protección de los intereses de los consumidores dirigido en el presente caso a otorgar mecanismos de protección a los usuarios de estos productos financieros, de modo tal que se garantice su seguridad. Así, existiendo una concurrencia con la aplicación del principio de culpabilidad, es pertinente analizar en qué medida puede justificarse desde un enfoque constitucional su inaplicación, aplicando para ello un enfoque de ponderación de principios.
5. El marco normativo específico sobre monitoreo de habitualidad se encuentra en la Ley 29571, Código de Protección de Defensa del Consumidor, y es complementado por las disposiciones del Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito aprobado por la Resolución SBS N° 6523-2013, normas que establecen entre otros aspectos relevantes los factores que determinan el comportamiento habitual del usuario.

6. Realizado el análisis de ponderación, consideramos que no existe la necesidad de excluir un análisis de dolo o culpa en la determinación de la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la medida de seguridad. La exclusión de ese análisis de negligencias en el cumplimiento del deber de monitoreo no es la única forma de alcanzar los fines de protección de los intereses de los usuarios y consumidores. Así, según el modelo de Alexy verificamos una concurrencia de principios sin relación de precedencia, validándose la aplicación del principio de culpabilidad en su variante de tipicidad subjetiva.
7. Desde un segundo enfoque, advirtiendo que la inversión de la carga de la prueba es reconocida como una manifestación de la responsabilidad objetiva, determinamos que desde una perspectiva constitucional hay una relación de precedencia válida que afecta la aplicación del principio de culpabilidad. Ello en tanto actualmente existe un estándar leve de sanción (2 UIT), y que por su acceso a la información puede constituirse en medios probatorios es posible para los proveedores (con una natural posición de solvencia) interiorizar los costos sin impactos significativos, y determinar una relación de precedencia que favorece al principio de protección de los intereses del consumidor financiero. Así, en el balance de proporcionalidad se justifica la responsabilidad objetiva, como un matiz de la aplicación del principio de culpabilidad.
8. Respecto del análisis de habitualidad utilizado por la SPC en los años 2019-2022 existe una tendencia mayoritaria pero no unánime a priorizar la aplicación de uno de los factores habitualidad, que corresponde al monto máximo mensual de las operaciones desarrolladas con la tarjeta respectiva de modo previo a la realización de la operación observada por el consumidor como no habitual, de modo tal que al exceder una siguiente operación el mismo debe determinar la activación de las medidas de seguridad de comunicación y bloqueo. No apreciamos sin embargo una motivación suficiente en las resoluciones respecto a la elección del referido criterio, que sea determinante para descartar otro factor. Agregando a este escenario la inexistencia de decisiones vinculantes, y las posibles mejoras a su predictibilidad para poder implementar medidas de seguridad exigidas por el ordenamiento a los proveedores, la aplicación del principio de culpabilidad puede suponer la inexistencia de responsabilidad administrativa si se acredita el cumplimiento de las medidas de seguridad existentes y que son de conocimiento del proveedor.

9. Desde un enfoque constitucional, apuntamos a la necesidad de avanzar en el desarrollo específico de la admisión del principio de culpabilidad en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, de modo tal que quede claro los supuestos en los cuales es admisible la aplicación de responsabilidad objetiva en el ámbito del DAS. La precisión de los parámetros en los cuales pueda admitirse ésta en ámbitos sectoriales específicos como la protección al consumidor, será determinante para poder implementar disposiciones normativas que proporcionen seguridad jurídica a los operadores de diferentes sectores económicos como el del consumidor financiero.
10. Desde el ámbito legislativo, habiendo tomado posición sobre la validez de la aplicación del principio de culpabilidad, planteamos la introducción de un agregado en el artículo 104° de la Ley 29571, de modo tal que se incorpore la necesidad de incluir un análisis de responsabilidad subjetiva en la determinación de la responsabilidad administrativa del proveedor, sin perjuicio de mantener las disposiciones que establecen la inversión de la carga de la prueba hacia el proveedor del producto financiero.
11. Es pertinente desarrollar mejoras en la regulación de la habitualidad, de modo tal que se permita contar con herramientas más específicas y concretas sobre los factores que determinan una conducta habitual del consumidor de tarjetas de pago. No basta con señalar los factores, sino que, en tanto los mismos constituyen elementos de imputación de infracciones administrativas, debe contarse con herramientas que permitan identificar su prioridad en la aplicación.
12. A nivel jurisprudencial administrativo, es necesario desarrollar pronunciamientos vinculantes que informen a los operadores y consumidores la existencia de criterios de habitualidad predecibles en la realización de actividades con tarjetas de pago. Esta actividad está vinculada a las mejoras en regulación propuestas, y determinarán una mejor predictibilidad en los criterios que deberán utilizar los proveedores para implementar las medidas de seguridad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andina. (2022, 22 de agosto). 2022: Ciberseguridad: ¿Cómo protegerse de las nuevas modalidades de estafa? <https://www.andina.pe/agencia/noticia-ciberseguridad-como-protegerse-las-nuevas-modalidades-estafa-906511.aspx>
- Alarcón, L (2014). Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 195. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40138>
- Alexy, R. (1978/2017). Teoría de la Argumentación Jurídica (3ª ed.). *Derecho y argumentación* (1). Palestra.
- Atienza, M. (2004/2016). Las Razones del Derecho (4ª ed.). *Derecho y argumentación* (2). Palestra.
- Alvites, E. (2018) La Constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Revista Derecho PUCP*, 80. 361-390. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/19960>
- Baca Merino, R. (2020) Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. *Revista Derecho & Sociedad*, 54-1. 267-276. <https://app.vlex.com/#vid/852735991>
- Baca Oneto, V. S. (2010). ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano, https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_sujectiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf
- Bacá Oneto, V. S. (2018). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo Sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21. 313-344. / <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.13>
- Banco Central de Reserva del Perú (2021). *Reporte de Estabilidad Financiera, Noviembre 2021*. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Estabilidad-Financiera/2021/noviembre/ref-noviembre-2021.pdf>
- Bernal, C. (2007). Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los Principios la Base para una Teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española? *Revista Doxa*, 30. 1-19. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf
- Bullard, A. (2019). Análisis Económico del Derecho. *Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 35*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170692/35%20An%C3%A1lisis%20econ%C3%B3mico%20del%20derecho%20con%20sello.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

- Cárcamo Seminario, R. (2018). Análisis Crítico de la Responsabilidad Administrativa en nuestro Derecho de Protección al Consumidor. En: Pando, J; Vargas, E., Vignolo, G (Coord) *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano*. P. 555-574. Universidad de Piura / Palestra. <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE/carcamo+objetiva+indecopi/WW/vid/796458897>
- Clarín.com, (20 de abril de 2022) «Escándalo por una estafa en el grupo de amigas de Yanina Latorre: la hija de una de ellas “clonó” tarjetas de crédito y gastó 25 mil dólares» [Clarín.com] https://www.clarin.com/fama/escandalo-estafa-grupo-amigas-yanina-latorre-hija-clono-tarjetas-credito-gasto-25-mil-dolares_0_OyKXmwFSiB.html
- El Comercio. (2022, 20 de mayo). 2022: PCM: Gobierno avisó a entidades públicas sobre filtración de datos personales de los ciudadanos. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/asbanc-gobierno-alerta-a-entidades-publicas-sobre-filtracion-de-datos-personales-de-ciudadanos-pcm-fraude-electronico-rmmn-noticia/>
- Espinoza Espinoza, J. (2008). ¿La muerte del “consumidor razonable”. Y el nacimiento de la responsabilidad objetiva absoluta del proveedor?. *Foro Jurídico*, (08), p. 106-112. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18499>
- Figueroa Bustamante, H. (2010). *Derecho del mercado financiero*. Grijley.
- Galarreta, A. Medidas de seguridad en las tarjetas de crédito. *Revista Moneda* 164. <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/moneda-164/moneda-164-03.pdf>
- García Toma, V. (2003). Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 190-209. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370>
- Gómez Tomillo, M. & Sanz Rubiales, I. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General* (3ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez Tomillo, M. (2015) *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. (2ª ed.) Thomson Reuters Aranzadi.
- Guzmán Napuri, C. (2016) *Los procedimientos administrativos sancionadores en las entidades de la Administración Pública*. Gaceta Jurídica.
- Hakansson Nieto, C. (2012) *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra. Pág. 193-230.
- Huapaya, R. Huapaya Tapia, R., & Alejos Guzmán, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 52-76. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165>
- Infobae. (2022, 22 de julio). 2022: Alerta por aumento de fraudes mediante el recojo de tarjetas a domicilio. <https://www.infobae.com/america/peru/2022/07/22/alerta-por-aumento-de-fraudes-mediante-el-recojo-de-tarjetas-a-domicilio/>

- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, (2021), *Estudio de Mercado – Sistema de Tarjetas de Pago en Perú*, Indecopi. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+de+Mercado+Sistema+de+Tarjetas+de+Pago+en+Per%C3%BA>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, (2021), *Informe Anual sobre el Estado de la Protección de los Consumidores en el Perú, 2020*. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/Informe+Anual+Consumidor+2020/4ec319de-849c-d209-eb37-56913a098694>
- Landa Arroyo, C. (2021) Constitución, Derechos Fundamentales, Inteligencia Artificial y Algoritmos. *Themis, Revista de Derecho*, 79, Enero 2021, 37-50 / <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE/inteligencia+artificial/WW/vid/897906563>
- La República. (2019, 25 de mayo). 2019: Fraudes en sistema bancario suman US\$ 5 millones en lo que va del año, dice Asbanc. <https://larepublica.pe/economia/882618-fraudes-en-sistema-bancario-suman-us-5-millones-en-lo-que-va-del-año-dice-asbanc/>
- Mora Cabrera, C. (2020) *Criterios para resolver casos de operaciones no reconocidas efectuadas mediante el uso de tarjetas de crédito o débito*. [Artículo jurídico, Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/19164>
- Morón Urbina, J. (2020) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. (15ª ed.) Gaceta Jurídica.
- Nieto García, A. (2011) *Derecho Administrativo Sancionador* (5ª ed.). Tecnos.
- Pantigozo Villafuerte, L. (2019) *La inaplicación del principio de predictibilidad en los procedimientos administrativos por parte del Indecopi ante los riesgos que enfrentan las entidades bancarias* [Artículo jurídico, Maestría de Derecho Bancario y Financiero, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14709>
- Patrón Salinas, C. (2011) *Protección al consumidor de los servicios financieros*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Paz Sefair, A. (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*, 35. 261-289. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7013328>
- Ramírez Torrado, M. (2008) Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. *Revista de Derecho*, 2008. 29. P. 153-177. <https://web-p-ebscohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/detail/detail?vid=2&sid=e35234cc-31b0-4719-a961->

[f0c5d8fd5b9b%40redis&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=34969407&db=a9h](https://www.gestion.pe/tu-dinero/en-agosto-salen-medidas-para-frenar-fraude-digital-a-clientes-de-banca-noticia/)

- Ramírez, Z. (2022, 4 de julio). En agosto salen medidas para frenar fraude digital a clientes de banca. *Gestión*. <https://gestion.pe/tu-dinero/en-agosto-salen-medidas-para-frenar-fraude-digital-a-clientes-de-banca-noticia/>
- Ramírez, Z. (2022, 6 de setiembre) Clientes que hagan movimientos inusuales serán rechazados por aplicativos de banca. *Gestión*. P. 13.
- Rebollo Puig, M. & Izquierdo Carrasco, M. (2001) Responsabilidad por infracciones administrativas intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuario final. *Estudios sobre consumo* 56, p. 99-157. <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#/vid/infracciones-intervinientes-puesta-usuario-50228428>
- Rejanovinschi Talledo, M. (2018) Tutela procesal del consumidor: algunos alcances. En Acosta, G. (Coord.), *Temas de protección al consumidor y regulación financiera*. (p. 97-109). Círculo de Derecho Administrativo.
- Reyes López, M. (2008) Medios de pago electrónicos y protección al consumidor. En Cotino, L. (Coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. (p. 215-235). Tirant Lo Blanch.
- Rojas Klauer, C. (2018) ¿Estamos preparados para un ciberataque? La evolución de la regulación peruana sobre ciberseguridad en el sector financiero, en el marco de la protección al consumidor. En Acosta, G. (Coord.), *Temas de protección al consumidor y regulación financiera*. (p. 298-307). Círculo de Derecho Administrativo.
- Rojas Rodríguez, H. (2015). *Fundamentos del Derecho Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Rubio, M (2021). La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://web-p-ebSCOhost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/ehost/detail/detail?vid=0&sid=93278dfb-caf9-4a5f-87d1-96729e7e38e4%40redis&bdata=Jmxhbmc9ZXMmc2l0ZT1laG9zdC1saXZl#AN=3259169&db=nlebk>
- Silva Sánchez, J. (2011). *Estudios y debates en derecho penal* (Vol. I: La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales). Euros Editores S.R.L.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2022). *Boletines estadísticos de la banca múltiple y empresas financieras*. <https://www.sbs.gob.pe/publicaciones/boletines-estadisticos>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2019). Más protección y seguridad para los usuarios de tarjetas de crédito y débito. En *Boletín semanal SBS informa* N° 26, julio 2019. <https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/74>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2021). Retos y oportunidades de la implementación de los espacios de prueba –sandboxes- en el sector financiero. En *Boletín semanal SBS informa* N° 21, mayo 2021. <https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/1162?title=Retos%20y%20oportunidades%20de%20la%20implementaci%C3%B3n%20de%20los%20espacios%20de%20prueba%20-sandboxes-%20en%20el%20sector%20financiero>

Thorne León, J. (2010). Las Relaciones de Consumo y los Principios Esenciales en Protección y Defensa del Consumidor. Reflexiones en torno al Proyecto de Código de Consumo. *Derecho & Sociedad*, (34), 61-68. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13328>

Viguria Chávez, C. (2012). *El consumidor financiero necesidades de su implementación en el sistema nacional de protección al consumidor*. [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/1679>

Marco Normativo.

Código de Protección y Defensa del Consumidor [Ley N° 29571]. Congreso de la República. (01.09.2010). / <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682697>

Circular SBS sobre reporte de operaciones realizadas con tarjetas de crédito y/o débito no reconocidas por usuarios (Circular N° B-2234-2016). SBS (23.11.2016). / https://intranet2.sbs.gob.pe/intranet/INT_CN/DV_INT_CN/1696/v1.0/Adjuntos/B-2234-2016.pdf

Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General [Decreto Supremo N° 04-2019-JUS]. Ministerio de Justicia. (25.01.2019). / <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1226958>

Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito [Resolución SBS N° 6523-2013]. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (30.10.2013). / <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1089323>

Jurisprudencia:

Sentencia S/N. Expediente 2192-2004-AA/TC. TC. (11 de octubre de 2004) <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

Sentencia S/N, Expediente 00002-2021-PI/TC. TC. (15 de junio de 2022). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00002-2021-AI.pdf>

Sentencia N° 16, Expediente 010564-2017, Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima (4 de Julio de 2019) <https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:PE/10564-2017+chilon/WW/vid/900241648>

Resolución 2063-2018/SPC-Indecopi, Exp. 630-2016/CC1, Sala Especializada en Protección

- al Consumidor – Indecopi. (15 de agosto de 2018)
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 550-2019/SPC-Indecopi, Exp. 10-2018/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (27 de febrero de 2019).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 924-2020/SPC-Indecopi, Exp. 440-2019/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (26 de junio de 2020).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 1239-2021/SPC-Indecopi, Exp. 355-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (02 de junio de 2021).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 1284-2021/SPC-Indecopi, Exp. 204-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (07 de junio de 2021).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 2163-2021/SPC-Indecopi, Exp. 713-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (29 de setiembre de 2021).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 29-2022/SPC-Indecopi, Exp. 724-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (5 de enero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 54-2022/SPC-Indecopi, Exp. 25-2021/CPC-Indecopi-SAM. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (11 de enero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 65-2022/SPC-Indecopi, Exp. 304-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (12 de enero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 176-2022/SPC-Indecopi, Exp. 1195-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (31 de enero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 177-2022/SPC-Indecopi, Exp. 967-2020/CC1. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (31 de enero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>
- Resolución 383-2022/SPC-Indecopi, Exp. 227-2020/CPC-Indecopi-LAL. Sala Especializada en Protección al Consumidor – Indecopi. (28 de febrero de 2022).
<https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>