Año II, N.° 2
Noviembre 2024
ISSN: 2961-2853

La responsabilidad agravada civil ¿o administrativa? de los bancos frente al consumidor. Un breve contraste con la tutela que ofrecen nuestros países vecinos*

Civil or administrative aggrieved liability? of the banks versus the consumer. A brief contrast with the protection offered by our neighboring countries

José Antonio Campos Bermúdez**

Sumario

1. Introducción. 2. La tutela del consumidor bancario: del derecho común a la tutela consumerista. 3. La responsabilidad profesional del banco como experto en su actividad. La *lex artis*. 4. La actividad financiera como sistema experto y el contrato de adhesión con el consumidor como una de sus manifestaciones. 5. La confianza como elemento integrador de la información en el derecho de consumo financiero. 6. El riesgo en la actividad bancaria. 7. La obligación legal bancaria de gestionar los riesgos de su actividad. 8. Los riesgos típicos de la actividad bancaria y su relación con el consumidor. 9. Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil. 10. La responsabilidad civil bancaria por servicios defectuosos en nuestro país. 11. La responsabilidad civil y administrativa de los proveedores bancarios frente al consumidor. ¿Un defecto de tutela? 12. Tutela legal del consumidor bancario en nuestros países vecinos. 13. Conclusiones. 14. Referencias bibliográficas.

* Campos Bermúdez, J. (2024). La responsabilidad agraviada civil ¿ o administrativa? De los bancos frente al consumidor. Un breve contraste con la tutela que ofrecen nuestros países vecinos. Revista especializada en Responsabilidad Civil (2), 43-106.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú, post grado en Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, socio de Campos, Herbozo & Toribio Abogados S. Civil de R.L., presidente de "Sin riesgo asociación de defensa del consumidor bancario, financiero y de seguros". Autor del libro "La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos típicos de su actividad. Daños en las compras financiadas en planos y en las operaciones por internet (phishing)" y de diversos artículos sobre Derecho Civil. Desde 2019 es Adjunto de Cátedra en la Pontificia Uni-

Resumen

Se reflexiona sobre la responsabilidad agravada de la empresa bancaria, el rol de la confianza en el sistema experto que representa y los riesgos típicos de su actividad en el establecimiento de su responsabilidad civil respecto del consumidor, evaluando y calificando de defectuosa la dualidad de tutela jurisdiccional o administrativa que tenemos en nuestro sistema, repasando para ello la experiencia de nuestros principales países vecinos.

Palabras clave: responsabilidad civil, sistema experto, confianza, riesgos bancarios, consumidor

Abstract

The aggravated responsibility of the banking company is reflected on, the role of trust in the expert system that it represents and the typical risks of its activity in establishing its civil liability regarding the consumer, evaluating and classifying the duality as defective of jurisdictional or administrative protection that we have in our system, reviewing the experience of our main countries neighbors.

Keywords: *civil liability, expert system, trust, risks banking, consumer*

versidad Católica del Perú, y lo fue en la Universidad del Pacífico. Correo jose.campos@cccabogados.pe. Código ORCID

1. Introducción

La prédica de la responsabilidad profesional de las empresas financieras no es actual. Tiene escrito Ferri en 1958 (En Anelli 2003: 636) que la concepción subjetiva del banquero como profesional goza de actualidad en Francia, mientras que en Italia se pone un acento mayor en la organización de la empresa bancaria. La profesionalidad de la actividad bancaria es empleada por la doctrina como parámetro de determinación de los niveles de diligencia debida.

Se sostiene que esa responsabilidad agravada por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina tanto nacional como extranjera (Martínez 2005: 15). El viejo patrón del buen padre de familia o del buen hombre de negocios (estándar del derecho civil y comercial respectivamente), han sido superados por el concepto de la *profesionalidad* en el ejercicio de la función de intermediación financiera (Gonzales 2000: 22).

La diligencia exigible a la entidad financiera entonces "es la de un profesional experto… que, en función de su actividad, debido a la especialización de las operaciones que realiza, tiene que guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de su alta cualificación" (Martinez 2005: 15).

Teniendo en cuenta la particular diligencia exigible a los bancos, y el sistema experto que representa, venimos sosteniendo (Campos 2018) que el juicio de su responsabilidad civil debe tomar en cuenta la tutela de la confianza del consumidor y la gestión de los riesgos de su actividad, instituidos estos en la legislación especial y que vigorizan el estándar de su culpa profesional. El contenido de su deber de diligencia por eso, proponemos, debe estar integrado por los postulados de su *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, su obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito instituidos en la disciplina financiera.

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es una manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho Civil, de esa estrategia de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies (1991: 313-332), de esa estrategia eficiente del conocimiento del "conjunto de la realidad" a la que el derecho debe adaptarse.

Tras esa reflexión sostenemos que, en nuestro país, los bancos no

están cumpliendo sus obligaciones legales, no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores bancarios. Ello a partir de una deficiente tutela del consumidor como vamos a empezar a dar cuenta en este trabajo.

Con la creación del Indecopi en 1992, se instauró en nuestro país una justicia administrativa para tutelar al consumidor, pero han transcurrido más de 20 años, y, si uno contrasta las herramientas legales e institucionales con las que cuentan los consumidores en nuestros principales países vecinos, no parece en perspectiva que haya sido buena idea mantener la dualidad de tutela, que representa por un lado la jurisdicción y por otro la administración.

Como sabemos, para reconocer la responsabilidad civil del proveedor por los daños ocasionados al consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que ello corresponde al Poder Judicial, lo que puede ocurrir, sin embargo, sin perjuicio de que el Indecopi haya reconocido también la responsabilidad administrativa y en consecuencia sancionado al proveedor con el pago de una multa y ordenado el cumplimiento de determinadas medidas correctivas reparadoras y complementarias.

Más allá del carácter administrativo y jurisdiccional de uno u otro, sostenemos aquí que el resarcimiento que bajo el rótulo de medidas correctivas concede el Indecopi no representa una tutela integral sino apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, por eso, en caso el consumidor padeciera daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial.

Esta dualidad, sin embargo, genera un problema de tutela porque el consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra, pues costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de reclamos de poca cuantía como lo son en la gran mayoría de los casos.

Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en

Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor para consolidar la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias, nos pueden servir como punto de partida, países que, como se apreciará seguidamente, ofrecen una mejor tutela, pues cuentan con mejor desarrollo de la tutela supraindividual (intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos), los daños punitivos, la responsabilidad por riesgo, la inversión de carga de la prueba, la conexidad contractual, etc.

Un interesante fallo de la justicia argentina que recogemos aquí, podrá dar cuenta *grosso modo*, del estado de la cuestión en dichos países, pues reconoce la responsabilidad profesional agravada del banco como experto en la actividad, alude a los riesgos que se presenten en ella como generadores de una actividad riesgosa más aun en entornos de contratación digital en el que se adiciona a la vulnerabilidad natural del consumidor, la provocada por las nuevas tecnologías inescrutables para él que el banco le impone para la prestación de sus servicios; da cuenta de la insuficiencia de la información bancaria respecto de la gravitación de los riesgos y la prevalencia de la tutela de la confianza del consumidor y; analiza la *lex artis* en el juicio de responsabilidad, esto es, la regulación financiera sobre riesgos operativos que es compatibilizada con los criterios y reglas de la responsabilidad civil.

2. La tutela del consumidor bancario: del derecho común a la tutela consumerista

El reconocimiento del consumidor bancario no es de larga data. Alpa (2004: 323) da cuenta de cómo salvo en el ámbito del crédito al consumo (precisamente en el que nuestro código guarda silencio), las medidas de tutela del consumidor bancario en sede comunitaria no tienen muchos años. Él advierte que las razones del retardo se debieron a: (i) la falta de conciencia de la situación de inferioridad del consumidor; (ii) la idea formada de que el

mercado financiero como construcción jurídica es indiscutible e inmodificable; (iii) el poder económico y político de los bancos; (iv) la prioridad de las políticas públicas en materia de salud y de seguridad antes que en los intereses económicos de los consumidores y; (v) la prioridad en materia de producción y distribución de bienes antes que en los servicios.

Tras ese entendimiento, a nivel regulatorio en Europa por ejemplo se mantiene aún la idea de que los servicios financieros forman parte de un sector específico alejado del núcleo básico de la protección de los consumidores. Por ello, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, no se aplica a los servicios financieros, no obstante, como anota Zunzunegui (2013: 4) el Tribunal Supremo español ha reconocido que la inexistencia de una normativa bancaria de transparencia y protección de los consumidores no es óbice para que sea aplicable la legislación general de protección de los consumidores.

En la Unión Europea no existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. Dentro de las normas principales se encuentra la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, referida a los mercados de instrumentos financieros, pero esta no cumple el rol de tutela del consumidor financiero.

La que sí contiene reglas de protección al consumidor financiero es la Directiva N° 2008/48/CE de crédito al consumo, la misma que recientemente ha sido derogara por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea a través de Directiva (UE) 2023/2225 del 18 de octubre de 2023, cuyo objetivo es mejorar la protección de los consumidores europeos que solicitan créditos, ahora en un entorno digital, procurando una mejor información, incluyendo dentro de ámbito de aplicación a todos los contratos de crédito hasta 100.000 EUR. Asimismo, la Directiva 2014/17/UE sobre préstamos hipotecarios y la Directiva 2015/2366 sobre servicios de pago.

Alpa (2004: 330-331) explica sobre como los programas comunitarios, impulsados por el principio de subsidiariedad, se adhirieron a la orientación liberal, dejando de lado la orientación intervencionista anterior. Ello a partir de considerar al consumidor ya no como el sujeto a "tutelar" sino el sujeto a "informar".

Se sostenía que siendo el consumidor un *homo economicus* era necesario colocarlo en una posición de paridad con su contraparte el banco y ello se lograba a través de la información, elemento con el cual el consumidor podría realizar elecciones libres y conscientes.

Este modelo de regulación, sin embargo, fue puesto en cuestión por la crisis financiera. Antes de ella se confiaba en el incentivo de las propias entidades interesadas en proteger su reputación mediante buenas prácticas financieras, pero luego los abusos y comportamientos oportunistas de los bancos forzaron la revisión del modelo.

La reunión del G-20 de noviembre de 2008 dejó claro que estábamos ante una crisis de confianza y que, además de reforzar la solvencia del sistema, era necesario aprobar medidas de protección del cliente financiero. Esta es la dirección que se ha tomado, un cambio hacia la intervención directa en la protección del consumidor financiero y un mejor control del diseño de servicios, reformas que buscan alinear los intereses de los bancos con los de la clientela, en una relación fiduciaria. Se pasa así de hacer responsable al cliente a través de la educación financiera y el suministro de información técnica, a la protección directa del cliente como consumidor (Zunzunegui 2013: 10).

Con la irrupción de las tecnologías digitales y la inteligencia artificial, se plantean nuevos retos en la tutela del consumidor financiero. La industria financiera, bastante proclive a su empleo (banca por internet, aplicaciones en los smartphones, etc.), seguirá sometida a las poderosas fuerzas de cambio y se adaptará bien como lo ha venido haciendo hasta ahora, pero el reto es que estas nuevas tecnologías representen una mejora en la tutela del consumidor financiero y no a la inversa.

3. La responsabilidad profesional del banco como experto en su actividad. La *lex artis*

En las siguientes líneas pretendemos dar cuenta como es que la empresa bancaria tiene que ser apreciada ahora, más que profesional, de experta. Ya no basta el mero esfuerzo, se viene afirmando desde hace bastante tiempo y es importante que los operadores jurídicos lo reconozcan también en nuestro país, que "se requiere que tales esfuerzos sean idóneos, adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis;* por consiguiente, el grado de diligencia y cuidado que debe observar es y debe ser más exigente

que el que se exige a un profesional común" (Baena 2013: 23).

Como se sabe el término *lex artis* proviene del latín que significa ley del arte, o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate y debe ser "entendida como el conjunto de saberes acumulados en una actividad profesional, con los cuales se define la habilidad técnica necesaria para el ejercicio de la correspondiente prestación profesional" (2013:25). Ha sido empleada para apreciar si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse, noción que desde luego es aplicable a las empresas bancarias.

Ya Alpa (2001: 272) había advertido con acierto que hoy son dos los perfiles relevantes de la culpa profesional: (i) el de la organización de medios y personas de los que se vale el profesional para desarrollar la actividad y (ii) el de los profesionales individuales sujetos a estatutos que regulan su actividad. En el caso del primero advierte también nuestro autor, que estaría operando un deslizamiento del área de la culpa al área de la responsabilidad de la empresa.

En ese sentido, implicando la diligencia en las prestaciones profesionales, la observancia de las normas técnicas que informan la actividad del profesional o la empresa, y siendo la pericia una especificación de la diligencia y la impericia una de la negligencia, es posible afirmar que quien, a pesar de su buena voluntad y esfuerzo, ejecuta su prestación apartándose de los dictados de la *lex artis* (impericia), le es imputable la responsabilidad.

Ya en relación con tal especial exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones, D'Amico (2015: 196) apoyándose en una cita de Cannata, afirma que, en las obligaciones con carácter técnico, aquellas ejecutadas de conformidad con las reglas del arte, únicamente la culpa-impericia, aunque no sea grave, deviene en inexcusable. Martí (2009: 59) señala que la jurisprudencia española denomina *lex artis* a los niveles de calidad en la prestación de servicios y en particular con respecto a la actividad bancaria, también la jurisprudencia de ese país ha establecido la responsabilidad en varios casos cuando la conducta de los bancos no se adecuó al cumplimiento de la *lex artis*[1].

1 Casos de inversores españoles que habían comprado, a través de los bancos, productos financieros emitidos y garantizados por Lehman Brothers que quebró en 2008; quiebra de las cajas de ahorro por haber acumulado en su activo, volúmenes de riesgo crediticio inmo-

La *lex artis* se erige entonces como un criterio valorativo de la corrección de la actuación del profesional, en este caso de la empresa bancaria, que debe tener en cuenta no solo las circunstancias y riesgos que rodean el desarrollo de su actividad, sino también que debe adecuarlas al cumplimiento de las reglas técnicas que rigen la misma.

4. La actividad financiera como sistema experto y el contrato con el consumidor como una de sus manifestaciones

En la línea de lo expresado, se reconoce que la actividad financiera conforma un sistema experto, aquello a lo que Giddens 1994: 37) describe como sistemas técnicos que organizan el ámbito social y material en el que transcurre nuestra vida. Compartiendo esta definición, agrega Lorenzetti (2001: 82) que la organización económico-social en una economía global tiende a configurarse como un sistema experto en numerosas actividades, en la medida que a) son sistemas en que el individuo no se relaciona con otro individuo, sino con un sistema de individuos; b) son expertos ya que presentan características tecnológicas inescrutables y el individuo sólo se relaciona con su presentación externa y simplificada.

Ello se hace más patente si nos referimos al desarrollo tecnológico y la irrupción de la inteligencia artificial, en el que un individuo se relaciona ya no con un sistema de individuos sino con una máquina que ejecuta tareas, toma decisiones y realiza un aprendizaje, gracias a una base de datos y los algoritmos que emplea.

Resaltando la relevancia de este tipo de sistemas para el derecho, agrega Lorenzetti (2000: 14) que los modelos de comportamiento racional y los estándares de "contratante medio" deben reformularse, puesto que la conducta del individuo se basa ahora en la confianza y ésta se construye a partir de la "apariencia" que crea el "sistema experto". Y es que sería imposible de vivir y se elevarían los costos de transacción si el consumidor tuviera que verificar y entender razonablemente cada acto del sistema con los cuales se relaciona. Esto lo llevaría hacia un agotamiento psicológico.

Esto también ha sido advertido por Fukuyama (1996), quien

biliario incompatibles con lo que la lex artis de la gestión bancaria consideraría prudentes en tiempos de burbuja inmobiliaria, etc. (Confrontar: Bergel 2012 y Castilla 2015).

aprecia que el valor económico de la confianza se hace patente cuando consideramos cómo sería un mundo carente de ella, un mundo en el que se tuviera que contratar suponiendo que la otra parte tratará de estafarnos en cuanto tenga la oportunidad y para evitarlo, deberíamos invertir mucho tiempo y energía en asegurarnos de que eso no ocurrirá, introduciendo todos los recursos legales, generando contratos tremendamente extensos detallando cada contingencia posible, especificando hasta la más mínima obligación. Todo tendría que resolverse a través de medios legales con todas sus engorrosas regulaciones y metodologías, hasta potencialmente, llegar a los tribunales de justicia.

Pues bien, consideramos que son expresión de la característica técnica y simplificada de ese sistema experto frente al consumidor, los contratos de adhesión, aquellos en los que el consumidor solo tiene la opción de aceptar o no el servicio o producto, es decir contratos en donde no existe negociación de modo que uno se pregunta si realmente se puede denominar contratos a este tipo de negocios jurídicos. Esto no es baladí pues hemos tenido ocasión de leer con asombro varias resoluciones del Indecopi por ejemplo en las que se destaca la fuerza vinculante del contrato que las partes pactaron, para avalar claros abusos de la parte que predispone el contrato.

Lamentablemente no es reconocida por toda la administración de justicia civil y administrativa, la diferencia que denota la cualidad de los agentes que suscriben esos contratos. No se advierte con rigor que el contrato moderno del derecho común es casi marginal frente a otras formas contractuales presentes en el mercado, uno de los cuales es precisamente el contrato con el consumidor, contrato que en la idea de Monateri (2004: 43-44) representaba incluso, antes que una especialidad respecto del contrato en general, un verdadero paradigma alternativo con su propia lógica, una categoría coordinada y paralela a la del contrato en general.

En esta materia, en la doctrina argentina, Sobrino y Shina (2024: 9), comparten la posición disruptiva que sugiere reconocer la desaparición del contrato tradicional paritario y que el contrato de adhesión no es un acuerdo sino un *formulario* repleto de obligaciones y que el de consumo, tampoco es un verdadero contrato, sino una relación jurídica que denominan vínculo de consumo del siglo XXI.

Benedetti (En Schiesaro 2016: 114-115) propone al contrato del

derecho común como aquel "completamente negociado por los contratantes *expertos* (o, por lo menos en teoría, igualmente en experiencia) que aspira al máximo de libertad, y reivindica la intervención minimalista del legislador"; mientras que a los contratos de mercado, a los contratos no solo con el consumidor sino también a otras formas de contratante débil (usuarios, empresas débiles, etc.); es decir, como anota Roppo clientes que suele ser *outsiders* que carecen de los conocimientos específicos y las capacidades técnicas y organizativas [representativos del sistema experto], que le permitan controlar la prestación característica que le es destinada, las cuales están concentradas en la empresas proveedoras *insiders* que dominan el contrato.

En un reciente trabajo Roppo (2024: 77-85), tras la reflexión sobre si debe existir una o varias partes generales del contrato dada la especialidad de diversos tipos contractuales regulados en diversos cuerpos normativos, prefiere referirse a *contextos* contractuales antes que ha tipos contractuales, siendo uno de esos *contextos* el contrato de consumo o de mercado asimétrico, dentro del cual se pueden encontrar diversos tipos contractuales como el de compraventa, arrendamiento, de seguros, bancarios, etc. Contratos estos que según este autor pertenecen al *nuevo sistema del contrato* en contraposición con el *sistema del contrato del derecho privado clásico* donde confluyen residualmente todos los otros contratos que no son contratos de mercado dado que una de las partes no es una empresa que contrata en función de su actividad empresarial, ni tampoco la contraparte es un agente de mercado que sufre de una asimetría estructural respecto de la otra parte.

Lo que nos resulta resaltante de esta distinción de Roppo es que los remedios de los contratos del derecho privado clásico no tienen la centralidad absoluta que poseen en el contrato asimétrico de mercado, debido a que en los primeros los remedios responden a las fallas de la autonomía privada, de manera ocasional y por lo tanto patológica (vicios de la voluntad, estados de peligro o de necesidad), mientras que en los segundos obedecen a fallas permanentes del mercado que por ser fisiológicas tienen una clara perspectiva de *policy*, destinada a reequilibrar la asimetría mediante normas orientadas a proteger/favorecer a la parte estructuralmente débil, en el ámbito que suele llamarse derecho privado regulatorio.

Luego de establecer la exigencia de mayor tutela que merece el consumidor que se adhiere a un sistema empresarial experto, corresponde precisar que se conoce que los bancos emplean sistemas expertos en sus operaciones, principalmente en las que se generan en su plataforma de banca por internet, a la que se añade ahora el uso de la inteligencia artificial. Pues bien, en ese sistema experto que supone seguro, tiene que confiar el consumidor que desconoce los detalles de su funcionamiento y se limita a realizar actos parciales de la cadena total de acciones que implica.

Ese sistema experto bancario insondable para el consumidor crea una apariencia de seguridad que genera confianza, de modo que ésta deber ser tutelada. Esta tutela recae también en quien la doctrina argentina ha considerado *productor aparente* que a decir de Alterini (1994: 85-94), es quien pone su marca en el producto (y se beneficia de tal publicidad) y por tanto genera confianza en el público, siendo esta razón suficiente para hacerlo responsable.

Ahora bien, dada la complejidad de las operaciones bancarias y los riesgos que entraña, ya no es posible echar mano de la coartada de la *información* para librar al banco una vez que en apariencia se pruebe que haya cumplido con tal deber. El deber de información, cuya infracción no dudamos da pie a supuestos de responsabilidad de los bancos, no es lo único que debe relievarse. Tras los riesgos de la modernidad, de la tecnología y de la ciberdelincuencia, se debe optar por no perjudicar al consumidor. Así lo ha hecho por ejemplo el legislador chileno, quien, frente a un fraude por internet o phishing, ya no es el consumidor quien debe pagar los platos rotos de la ciberdelincuencia, sino que lo es el banco, quien solo se libera de su responsabilidad si prueba que fue el consumidor el que actuó con dolo o culpa inexcusable[2].

5. La confianza como elemento integrador de la información en el derecho de consumo financiero

Peter Ducker (Estados Unidos) y Gelinier (Francia) sostienen que

2 Ley 21.234 Ley de Fraudes (2020) no solo invierte la carga de la prueba a favor del consumidor financiero cuando se presenta un supuesto de fraude, sino que además ordena que el banco deba restituir los fondos perdidos en breves plazos al consumidor, de modo que si el banco estima que la responsabilidad en el fraude fue del consumidor pues tiene que probarlo a nivel judicial.

las empresas deben ser micro sociedades de confianza. La confianza es un activo intangible, un recurso productivo que permite ahorrar costos, al disminuir la inversión en publicidad, en la negociación y en la información. Por eso el Banco Mundial ha señalado que el capital tradicional, aquel compuesto de los recursos financieros, comercial y recursos naturales, sólo explica una parte del crecimiento económico y que la mayor parte está dada por el factor confianza y el capital social (En Weingarten 2020: 47-55).

En la línea de lo expresado acerca de la necesidad de tutelar la confianza cuando nos encontramos ante un sistema experto como la actividad bancaria, es importante destacar la transformación que sobre el tratamiento de la noción de la confianza se viene desarrollando, entendida ahora como un elemento no ajeno o separado de la información sino integrado a ella.

Y es que, como sostiene Celia Weingarten (2020: 24-26), el consumidor suple la ausencia o déficit informativo con la confianza que es su equivalente funcional. En ese sentido, las relaciones de confianza resuelven problemas de información pues la confianza cumple una función comunicacional. De ella se genera la expectativa que orienta el comportamiento y guía las decisiones del consumidor. Y es la marca o nombre comercial de una empresa lo que garantiza que el servicio o producto será confiable, que el consumidor no sufrirá daño alguno.

Ello se compatibiliza con la exigencia de mayor celo en el cumplimiento de las prestaciones de las empresas profesionales porque de ellas se espera un comportamiento acorde a las pautas de la profesión o actividad, esto es, de su lex artis.

Es importante para los propósitos de este trabajo, destacar, como lo ha hecho la citada jurista argentina, que la protección a la confianza es uno de los pilares fundamentales del Derecho privado alemán (incluso con reconocimiento constitucional), y la ha regulado en supuestos, tales como la responsabilidad por la apariencia, por los acuerdos tácitos o promesas, por las declaraciones, y también abunda un interesante desarrollo jurisprudencial que vincula las consecuencias jurídicas de la confianza con la formación de roles profesionales (2020: 36).

En el caso de los bancos cuya responsabilidad nos ocupa, se hace una elección por el valor, reputación y desempeño de su marca institucional, antes que por el análisis riguroso de su información finan-

ciera y de los diversos servicios que ofrece. La confianza está puesta en su nombre, en la seguridad de su capacidad organizativa que le permitirá mantener el dinero de los consumidores a salvo de los riesgos de la actividad (los conocidos y desconocidos) antes que en la lectura de la letra chica de las condiciones de contratación y en sus complejos procedimientos.

Como sabemos el banco proyecta su prestigio y fuerza corporativa cuando interviene en las operaciones propias de su actividad. Son estos valores los que se transmiten al consumidor al buscar captarlos. Su publicidad en distintos medios da cuenta de ello. Por eso correctamente se afirma que con tal "accionar el consumidor puede ser traicionado por creer de buena fe en lo que ve en la publicidad y considerar como cierto lo que realmente puede no serlo" (Ordoqui 2014: 601).

De lo que se trata como vemos es que los bancos cumplan con tutelar la confianza que sus clientes depositan en ellos, que cumplan lo predican en su *web site* acerca de que el cliente es lo más importante de su corporación. Así, la confianza merece tutela. Nuestro código de consumo sustenta esa tutela en varios de sus dispositivos. La confianza del consumidor es un valor jurídico en una relación de consumo. Una revisión detenida de dicho código nos permite señalar que sí hay elementos que pueden apoyar el reconocimiento de la tutela de la confianza que emana de sistema experto.

Se reconoce que del principio de buena fe derivan los valores de confianza y lealtad, aquellos que mucho menos pueden dejar de estar presentes en la relación con una entidad financiera, por ser consustanciales a ella. Tal principio es recogido por el código de consumo, de modo que podemos acumular aquí tanto la interpretación a partir de la buena fe del 168 del Código Civil, como la buena fe que regula el código de consumo.

Tal es la relevancia que ha adquirido este principio que últimamente, como medio de interpretación de carácter objetivo se dice que, "asume la función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, pues permite integrar el contenido contractual de manera dinámica, según un criterio de justicia, a fin de reequilibrar las posiciones de los contrayentes, que pudieran encontrarse eventualmente en una situación de desventaja" (Manrique 2007: 5).

Como habíamos señalado antes, el consumidor que suscribe el

contrato con el banco solo puede aceptarlo o rechazarlo en su conjunto, sin poner reparo a los alcances de alguna de las cláusulas. Esta condición es demostrativa del poder de los bancos, poder que tiene que ser reequilibrado con apego a la buena fe para obtener lo que se viene denominando un instrumento de la justicia contractual (Merino 2016: 223).

No olvidemos que el Art. 18 del código de consumo define la idoneidad como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe y que ella es evaluada "en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado". Pues bien, lo que espera el consumidor es que el banco no desampare la confianza que se deposita en él.

El Art. 20 por su parte regula la garantía implícita y se refiere también a la funcionalidad y los fines previsibles del acto de consumo, así como los usos y costumbres del mercado, como aspectos a tener en cuenta. El Art. 21 de manera especial reconoce la tutela de las expectativas del consumidor, al señalar que "A falta de garantía explícita, la garantía implícita vincula al proveedor". Agrega más adelante que "21.2 Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acude a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes".

Todo lo expuesto representa el sustento de la obligación de las entidades financieras de contar con adecuados procedimientos y metodologías para la gestión de los riesgos de su actividad, así como de contar con una adecuada estructura organizacional, capacidad operativa y soporte tecnológico para asegurar una eficaz prestación de sus servicios.

Es claro que la financiera es una industria que se ha venido adaptando con mayor éxito a todos los retos que han supuesto las distintas tecnologías y la innovación digital que conocemos, pero es claro también que debe diseñar productos y servicios que estén a salvo de los riesgos que se presentan con ellas, lo que estimamos no está ocurriendo del todo.

6. El riesgo en la actividad bancaria

Frente a la culpa y el riesgo se viene ahora hablando de una tercera

vía, que consiste en consagrar la culpa como principio de responsabilidad, pero inmediatamente definirla con criterios objetivos en su evaluación. El proyecto de los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil está en esa línea al consagrar en su Art. 4:101 la culpa como principio general de la responsabilidad civil, pero limitando a criterios objetivos las posibilidades de interpretación de lo que debe entenderse por "conducta exigible" (Art. 4:102).

Tales criterios, se refiere (Aramburo 2008: 30-31), son la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate (con lo que parece permitirse un sistema de múltiples niveles de objetividad o subjetividad, y aún la atribución de la función preventiva de la responsabilidad civil y que incluso atiende a una clasificación realizada en el mismo documento); la peligrosidad de la actividad (con lo cual se está incluyendo directamente la noción de riesgo); la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo (con lo que se deja abierta la puerta para cualquier objetivación posible), de la previsibilidad del daño (lo que haría muchas veces inviable la alegación de la causa extraña como forma de exoneración); la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas y la disponibilidad y; el coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos (criterio eminentemente objetivo y evidentemente vinculado con la noción de riesgo).

Haciendo un repaso de los criterios que tienden a objetivar la culpa, pero sin negar su condición de tal, y aplicarlos a la actividad bancaria, veremos cómo todos ellos pueden estar presentes en el juicio que nos formulemos de la responsabilidad civil bancaria. En efecto, en cuanto primero, el de la relevancia del interés protegido, se reconoce que el consumidor es un sujeto que merece una tutela especial, tutela que alcanza a sus intereses económicos, tales como sus ahorros, su patrimonio, etc.

En cuanto a la peligrosidad de la actividad bancaria, los múltiples daños que nos muestra la cada vez mayor casuística en torno a ella, revelan, en esta sociedad del riesgo, que en tanto como ninguna otra actividad, el dinero es su elemento principal, queda ella expuesta a la delincuencia tradicional y no tradicional como la delincuencia cibernética. Los hurtos, los robos, las estafas son un constante riesgo de la actividad bancaria, y como veremos más adelante, riesgos típicos de ella que deben ser rigurosamente gestio-

nados para evitar los daños al cliente bancario o consumidor. La banca en su condición de experta tiene que estar un paso más allá en la prevención de los daños, daños además que tiene la obligación de conocer, medir y gestionar.

En cuanto a la pericia exigible a los bancos, ya está dicho que ellos son agentes expertos que tienen el conocimiento técnico para desarrollar sus actividades, cumpliendo las reglas de su profesionalidad, de modo que le son reprobables las conductas que suponen una ausencia del empleo de esos cuidados mínimos para realizar su actividad.

En cuanto a la confianza que merece tutela, ésta no puede dejar de estar presente en una relación bancaria. Los clientes tienen que confiar en su banco, éste les ha garantizado a través de su publicidad vinculante que es confiable, que su dinero está en buenas manos, que respaldan las operaciones en que participan. La confianza es quizá el valor principal de una relación cliente-banco.

Finalmente, en cuanto al costo de las medidas de precaución, es el banco el mejor ubicado para, primero, identificar el riesgo de daños, segundo, gestionarlos y tercero, trasladarlos a los precios de sus servicios. Su condición de experto lo lleva a asumir los costos de precaución e incorporarlos al mercado a través de sus precios, es decir llevar a cabo lo que como proceso de socialización de los costos de los daños como apunta Franzoni (2009: 38) o colectivización de las perdidas como apunta Alpa (2001: 93), lo cual se realiza directamente, emparejando la responsabilidad civil con el seguro obligatorio para algunas actividades o, indirectamente, a través de criterios de imputación de responsabilidad que prescindiendo de la culpa, permiten colocar el costo de los daños en cabeza del sujeto que esté en mejor condición de redistribuirlos sobre la colectividad, ya sea aumentando el precio de los bienes y servicios o recargando en el mismo, los costos de las primas de seguros.

7. La obligación legal bancaria de gestionar los riesgos de su actividad

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal que se incorpora al juicio de su diligencia profesional. No forma parte de una política de buenas prácticas de carácter voluntaria. Dicha gestión constituye una obligación legal que no debe ser ajena a los operadores del derecho, constituye una

conducta típica exigida por la ley y exigible desde luego por el consumidor, y la verificación de la omisión o cumplimiento inadecuado de esta obligación, tiene la aptitud de fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo que no corresponde a nuestro sistema de responsabilidad contractual por defecto del servicio bancario, sino como parte del juicio gobernado por la culpa, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco.

En este punto, compartimos la posición del profesor Fernández (2004: 617), acerca del alcance de la obligación y el valor de la utilidad del acreedor como medida de control de ella, la posición que plantea que la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad de modo que solo ella libra al deudor. Así, el banco sólo podrá liberarse del cumplimiento de sus obligaciones, una de las cuales es la gestión de los riesgos de su actividad, si prueba el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles le impidieron cumplir sus obligaciones.

Lo que planteamos es que tan solo verificando que se omitió cumplir o se cumplió defectuosamente la obligación de gestionar los riesgos de la actividad bancaria en cada caso, podremos encontrar el fundamento para establecer la responsabilidad de los bancos.

Ahora bien, para establecer esta responsabilidad, podríamos incluso prescindir de la interpretación por el principio de la buena fe y de la tutela de la confianza y ello porque sostenemos que la responsabilidad civil de los bancos puede estar bien asentada en su diligencia profesional y consiguiente obligación legal de gestionar los riesgos de su actividad.

Y es que para exigir la obligación de gestionar sus riesgos no se requiere apelar a la buena fe o a la corrección del banco, si podemos recurrir precisamente al carácter vinculante de dicha obligación e incorporarla en su diligencia. Nos preguntamos si no estamos asistiendo a un escenario en el que los riesgos y obligación de su gestión, nos haga abandonar la tibia y hasta, a decir de Fernando de Trazegnies (2004: 31) bomba de tiempo destructora de la voluntad acordada de las partes que representa la buena fe.

Dada su posición de preeminencia lograda por su experiencia y conocimientos en el campo de sus

operaciones, los bancos a diferencia de los consumidores gozan de la suficiente capacidad para administrar los riesgos inherentes a su actividad profesional y precaver los daños que la misma conlleva. Por eso, pensamos que la culpa (grave o leve) de ellos, como criterio de imputación, debe analizarse dentro de las posibilidades de actuación con que cuentan.

En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos operacionales y de crédito, de los que brevemente nos ocuparemos en las siguientes líneas.

8. Los riesgos típicos de la actividad bancaria y su relación con el consumidor

Es propósito de este trabajo, insertar los conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional (dentro del cual se encuentra el riesgo de ciberseguridad) en el juicio de responsabilidad de los bancos; es decir comunicar estos conceptos del derecho financiero que han sido reconocidos y regulados por todas las legislaciones del mundo incluyendo la nuestra, con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación. Consideramos que ambas aproximaciones no son incompatibles sino por el contrario pueden armonizarse y justificar o dar explicación a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos en el ejercicio de su actividad.

Se reconoce que en la actividad bancaria se presentan varios tipos de riesgos determinados por las distintas facetas o aspectos de su desarrollo (Perez y Calvo: 2007), tales como el riesgo de reputación, riesgo operativo u operacional, riesgo de mercado, riesgo de liquidez o estructural, riesgo regulatorio, riesgo medioambiental, riesgo legal, riesgo comercial y riesgo de crédito. De estos riesgos nos interesa resaltar los riesgos operaciones y de crédito por su incidencia en las relaciones con los consumidores financieros.

El Comité de Basilea II definió el riesgo operacional como "el riesgo de pérdidas que resultan de procesos internos fallidos o inadecuados, personas, sistemas o eventos externos. La definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y el riesgo reputacional", y si bien las decisiones de dicho comité no son vinculantes, el prestigio y poder con que cuenta ha hecho que los ordenamientos jurídicos las

adoptaran como parte de sus legislaciones.

Eso pasó también en nuestro país, el que mediante Resolución SBS N° 37-2008 del 10 de enero de 2008 aprobó el Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos, estableciendo que las empresas supervisadas deben contar con una gestión integral de riesgos adecuada a su tamaño y a la complejidad de sus operaciones y servicios; y mediante Resolución SBS N° 2116-2009 del 02 de abril del 2009, aprobó el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional[3], cuyo Art. 3 lo define como "la posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos… Las empresas deben realizar una gestión adecuada del riesgo operacional que enfrentan, para lo cual observarán los criterios mínimos indicados en el presente Reglamento".

Los especialistas relatan que este riesgo ha adquirido una creciente importancia en la comunidad financiera internacional debido al colapso de ciertas instituciones, financieras y no financieras, generadas en parte a problemas de tipo operacional (Rodríguez y Corbetta 2007: 7) y (Jimenez y Martín 2005: 59)[4].

3 La Resolución SBS N° 2116-2009 en su Art. 4º reconoce que el riesgo operacional se origina en los procesos internos implementados para la realización de sus operaciones y servicios, relacionados al diseño inapropiado de los procesos o a políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes que puedan tener; en el personal de la empresa, relacionados a la inadecuada capacitación, negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible, entre otros; en la tecnología de información, relacionados a fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, los errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas y la compatibilidad e integración de los mismos, problemas de calidad de información, la inadecuada inversión en tecnología, entre otros aspectos; por eventos externos al control de la empresa, relacionados por ejemplo a fallas en los servicios públicos, la ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos, entre otros factores.

4 El caso del Daiwa Bank (1985), con pérdidas de 1.000 millones de USD por la debilidad en el control interno de actividades no autorizadas; el caso del Banco Barings (1995), en el que un Trader del banco ante la falta de separación de funciones y control, estuvo acumulando a lo largo de dos años pérdidas no reportadas 1,300 millones de USD y negociando contratos de derivados desde la sucursal en Singapur; el caso del Sumitomo Bank (1996), fraude en el que un Trader de la entidad negoció en el mercado de metales de Londres, contratos de cobre que acumularon pérdidas de 2.600 millones de USD no registradas a lo largo de tres años; el caso de Allied Irish Bank (2002), en el que un Trader del mercado de divisas ocultó tres años de pérdidas de 691 millones de USD, en

Estas pérdidas crearon una mayor conciencia sobre la importancia del riesgo operacional y un gran interés por la mejora de los sistemas de control interno en las entidades financieras. Lo novedoso del nuevo acuerdo es considerar la gestión del riesgo operativo como una práctica integral comparable a la gestión de otros riesgos (como riesgo crediticio o de mercado) y exigir capital regulatorio para afrontarlos. En este sentido, son cada vez más las instituciones convencidas de que los programas de gestión integral del riesgo operativo proporcionan seguridad y solidez al banco (Biagosch 2007: 20).

Finalmente, como resulta previsible en la moderna gestión de riesgos, la norma recientemente citada contempla su posibilidad de transferencia a través de los seguros a partir del perfil de cada entidad.

Por su parte el riesgo de crédito es definido en la Resolución SBS N° 3780-2011 del 31 de marzo del 2011 por el que se aprobó el Reglamento de Gestión de Riesgo de Crédito, como "La posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales registradas dentro o fuera del balance".

De este reglamento es pertinente resaltar a los efectos de este trabajo, que su Art. 20 establece que, en la evaluación crediticia, los bancos deberán consultar todas las fuentes de conocimiento de la reputación y de la posición crediticia de la contraparte (incluyendo accionistas y administradores). Deberán, asimismo, tener en cuenta el total de exposiciones afectas al riesgo de crédito con una misma contraparte considerando la vinculación por riesgo único. Deberán además establecer en sus políticas los elementos de juicio que faciliten evaluar la viabilidad de operaciones que financian y finalmente, deberán establecer las condiciones necesarias para que la evaluación de las inversiones se efectúe mediante el análisis de la calidad crediticia del emisor y del instrumento.

operaciones sobre el tipo de cambio del yen/dólar; el caso Worldcom (2002) en el cuyo presidente realizó una serie de fraudes contables que llevaron a la quiebra de la compañía y Citigroup tuvo que llegar a un acuerdo extrajudicial con los accionistas por montos que superaban los provisionados (2650 millones de USD) a cambio de que éstos retiraran la demanda colectiva que planteaba el involucramiento del banco en el fraude por recomendar títulos de Worldcom a sabiendas de su frágil situación.

En relación al seguimiento de los créditos el Art. 31 agrega que las empresas bancarias deberán seguir entre otros, los siguientes lineamientos: Identificar señales de alerta temprana, tanto cuantitativas como cualitativas, que indiquen una evolución negativa del deudor o del mercado en el que opera para anticipar los riesgos asociados a los deudores, contrapartes o terceros asociados a las exposiciones afectas a riesgo de crédito. Asimismo, efectuar un seguimiento de la evolución del nivel de cobertura (relación préstamo/garantía) proporcionado por las técnicas de mitigación de riesgo de crédito; definir criterios prudenciales para identificar y reportar exposiciones crediticias en problemas, que aseguren que sean revisadas regularmente, así como constituir provisiones cuando ocurra un deterioro de los créditos, valor de sus inversiones y demás exposiciones sujetas a riesgo de crédito.

Tras lo obsoleto que resultó por el devenir de los riesgos de la tecnología, el Reglamento de tarjetas de crédito y débito aprobado por Resolución SBS N° 6523-2013 (del 2 de noviembre de 2013), se emitió posteriormente la Resolución SBS N° 504-2021 que aprobó el Reglamento para la gestión de la seguridad de la información y la ciberseguridad (19 de febrero de 2021). Hasta antes que ello ocurra, como habíamos advertido (Campos 2018) se forzaba incorrectamente la aplicación del reglamento anterior para solucionar nuevos problemas como el phishing.

En estos casos, los bancos solían alegar con la venia del Indecopi que las medidas de seguridad aplicadas a las tarjetas de débito o crédito del consumidor se materializan con el bloqueo preventivo de ellas luego de efectuado el reporte de las operaciones no reconocidas, para evitar que dichas tarjetas sigan utilizándose; que las alertas o monitoreo de tales transacciones se realizaba tomando como referencia la línea de crédito del cliente; y se resaltaba el carácter vinculante de los contratos de "Términos y Condiciones Generales para el Uso de las Tarjetas" suscritos por el cliente, que establece la responsabilidad de éste respecto a la utilización de su tarjeta de débito y claves secretas, siéndole imputable cualquier operación realizada con ellas al encontrarse bajo su cuidado la información de su tarjeta y de las claves secretas, lo cual excluye de cualquier tipo de responsabilidad al Banco. Para el Indecopi, el parámetro de idoneidad del banco en este tipo de operaciones era simplemen-

te, la verificación de la sola digitación de los datos y claves.

Como si el problema de seguridad tuviera que ver solo con las computadoras de los consumidores, la posición del Indecopi era que no se podía responsabilizar al banco de la seguridad de ellas ni de las conexiones que establece para ingresar a la página web del banco. Y respecto de su obligación de monitoreo, consideraba el Indecopi que la finalidad de tal sistema no era que el cliente autorice una operación ya ejecutada, en la medida que no se pueden anticipar operaciones, sino que, una vez generada una alerta, éste procede al bloqueo de la tarjeta para evitar que se pudieran realizar más operaciones fraudulentas. Finalmente, con la misma visión parcial del problema, consideraba el Indecopi, que el fraude en todo caso es obra de un tercero ajeno al banco, quien, aprovechándose de un descuido del cliente, lograba acceder a su información financiera, hecho en el cual el banco no participa.

Este escandaloso sistema de tutela ha venido cambiando, aunque todavía no a un nivel adecuado. Parte de este se dio con la emisión del indicado Reglamento de Ciberseguridad, que forma parte también de la *lex a*rtis de la banca. En este punto deseamos destacar un reciente fallo[5] en el que, tras el cuestionamiento de la competencia del Indecopi para pronunciarse sobre los aspectos técnicos del aludido reglamento o para determinar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en él, dicha entidad expresó que:

> "23. (…) en materia de productos y servicios financieros, el Código dispone una serie de obligaciones –contenidas entre los artículos 82° y 90° del mencionado cuerpo legal– que deben ser cumplidas por las empresas supervisadas por la SBS teniendo en cuenta las normas que dicha entidad emita en el marco de sus facultades regulatorias (…)
>
> 25. El artículo 19° del Reglamento de Sanciones señala que será la SBS la entidad competente para conocer los incumplimientos de las disposiciones que rigen a las empresas supervisadas en su relación directa con el cliente cuando consti-

5 Resolución Final N° 1288-2024/CC1Lima del 5 de junio de 2024 emitida en el Exp. 2390-2023/PS2.

tuyan un patrón de conducta, conforme a las atribuciones que le han sido conferidas por su ley orgánica; asimismo, establece que los casos individuales que contengan materia amparada por las normas de protección al consumidor serán derivados al Indecopi (…)

27. Por tanto, se aprecia que los bienes jurídicos tutelados por ambas entidades difieren, en tanto persiguen finalidades distintas, pues la SBS, no se encarga de velar por la afectación de los intereses particulares de los consumidores, lo cual *sí* es competencia del Indecopi.

28. En tal sentido, el Indecopi resulta ser la entidad competente para conocer la conducta cuestionada… en tanto, el hecho discutido se encuentra vinculado con una afectación a los intereses particulares del consumidor (…)

30. (…) En esa medida, cuando un consumidor denuncie ante esta institución que se realizaron operaciones no reconocidas en su perjuicio, el Indecopi está obligado a constatar lo que establece el Reglamento de Ciberseguridad para determinar si el proveedor denunciado cumplió con las exigencias que le ha impuesto tal norma, lo contrario sería desconocer lo que la autoridad en la materia ha reglamentado y regulado (…)".

El mencionado reglamento tiene por finalidad fortalecer las capacidades de ciberseguridad y procesos de autenticación por parte de las empresas supervisadas por la SBS para la realización de operaciones en un entorno seguro y confiable. Para ello contempla obligaciones relacionadas con el enrolamiento del usuario para el uso de canales digitales (verificación de la identidad, medidas necesarias para reducir la posibilidad de suplantación, uso de dos factores independientes de categorías diferentes, generación de credenciales, etc.); asimismo, plantea la exigencia de una autenticación reforzada para aquellas acciones que puedan generar operaciones fraudulentas u otro abuso del servicio en perjuicio del cliente como las operaciones a través de un canal digital que impliquen pagos o transferencia de fondos a terceros, registro de un beneficiario de confianza, modificación en los productos de seguro ahorro/inversión contratados, la contratación de un producto o servicio, modificación de límites y condiciones.

Asimismo, la SBS a modo de ejemplo, fijas ciertas consideraciones sobre los factores de autenticación: (i) Si se utiliza el reconocimiento del DNI como factor de autenticación que solo el usuario posee, la entidad debe demostrar con evidencia razonable el éxito de autenticación del uso de este factor; (ii) los singulares datos del CVV, número de tarjeta, nombre del titular y fecha de vencimiento, constituyen en conjunto un único factor de autenticación que demuestra la posesión de esta, por lo que se debe complementar con otro factor para aplicar la autenticación reforzada; (iii) la contraseña de un solo uso (OTP) enviada mediante mensaje SMS no es considerada como un factor de autenticación válido, pues su transmisión no es segura y expone a los usuarios a incidentes de seguridad de la información; (iv) las alternativas seguras que pueden considerarse como un factor de autenticación de posesión son las notificaciones push y el uso de tokens digitales; y, (v) respecto al uso de factores de autenticación biométricos, como el escaneo de la huella digital o del rostro, las entidades preverán el uso de tecnologías con alto ratio de fiabilidad, donde se minimicen falsos positivos y falsos negativos.

9. Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil

Si bien para los operadores financieros, Basilea II significó una mejora en la seguridad y solvencia del sistema financiero al permitir una mayor sensibilidad al riesgo en la adecuación del capital e incentivar que los bancos mejoren sus capacidades de gestión y control de riesgos, para los operadores del derecho, dicho acuerdo, incorporado como está en la legislación de los países, nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* que nos propone De Trazegnies, para quien la construcción de un nuevo derecho civil supone precisamente abrir las ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales (1991: 324-325).

El tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de las entidades financieras es un manifestación concreta de la visión estratégica del Derecho, de esa estrategia de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies (1991: 313, 329 y 332), de esa estrategia eficiente del conocimiento del "conjunto de la

realidad" a la que el derecho debe adaptarse, y esto es así porque "el Derecho de nuestro tiempo debe reivindicar la justicia desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva".

No tenerlos en cuenta esta información sobre los riesgos bancarios, sería zanjar la integración cada vez más fuerte que se da en el conocimiento. Esos conceptos son también jurídicos y solo falta conectarlos o retroalimentarlos en la casuística nacional como se ha venido haciendo en otros paises.

Como hemos dejado sentado líneas atrás, el nuevo régimen de protección especial al consumidor financiero debe tener claro que las entidades financieras son expertos en el ejercicio de su actividad, son profesionales que gestiona sus riesgos de un modo particularmente rigurosos cumpliendo normas especiales, de modo que la valla de su diligencia es alta y debe contrarrestar las múltiples situaciones de daños provocadas por ella, estirando para ello su vocación preventiva, que jugará un rol fundamental.

Por su parte, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades financieras en materia de gestión de sus riesgos y en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros.

Sostenemos con lo expresado, que son las reglas expedidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y de riesgo de crédito, incorporadas a nuestra legislación, las que resultan aplicables en materia de responsabilidad de la empresa experta bancaria, responsabilidad aplicada a las actuaciones del personal a su servicio y a las fallas originadas en su infraestructura y en sus procesos tecnológicos (riesgos de la ciberseguridad).

Ejemplos de pérdidas que deben ser asumidos por los bancos con los consumidores, identificados por la jurisprudencia y la doctrina principalmente, son los derivados de pagos de cheques falsos, de hurto de valores en cajas de seguridad, de hurtos en agencias por una vigilancia deficiente, de transacciones electrónicas por internet, de operaciones efectuadas por suplantadores, de reportes indebidos a centrales de riesgos, de créditos abusivos, etc. Todas ellas son pérdidas que se presentan en el desarrollo de la actividad bancaria, por la indebida ges-

tión de los riesgos inherentes a ella y por la defraudación de la confianza que engendra su sistema experto.

Son los bancos los que están en mejores condiciones de prevenir los daños, gestionando como una organización empresarial experta, todos los riesgos típicos de su actividad para evitar que aquellos se verifiquen, y eventualmente de asegurarlos como lo plantea la doctrina civil moderna y la propia legislación financiera, trasladando los costos de las primas a los precios (los intereses y comisiones).

Nosotros sostenemos que, en nuestro país, los bancos no están cumpliendo sus obligaciones legales y que si ellos han registrado un crecimiento en sus utilidades esto se debe a que en parte no están asumiendo pérdidas que se están quedando hoy en la esfera de los consumidores o clientes bancarios.

El hecho es que los propios bancos disciplinaron su gestión de riesgos, la incorporaron a su actividad y no deberían decirnos ahora que no podemos invocar dicha gestión para juzgar sus conductas frente al consumidor. Éstos, nosotros obviamente como tales y operadores del derecho y también la institución de la responsabilidad civil, saludamos que los bancos, tal vez sin quererlo, nos muestren el derrotero para juzgar sus actos. Este camino, consideramos, no tiene retorno, la institución de la responsabilidad civil ya tomó nota de esta herramienta. Hacer eco de ella es nuestro modesto aporte.

10. La responsabilidad civil bancaria por servicios defectuosos en nuestro país

Actualmente y como ocurre en otras legislaciones consumeristas, en vista a que nuestro Código de Protección y Tutela del Consumidor (Artículo IV), define como *servicio* a toda actividad que se presta en el mercado e incluye dentro de ellas a la bancaria y financiera, no existe duda acerca de que su tutela alcanza a los clientes o usuarios de los servicios bancarios.

Ello queda corroborado por el tratamiento especial que el código otorga a estos servicios en el Capítulo V del Título II, denominado *productos o servicios financieros*, en el que existe un elenco de dispositivos legales que se aplican a la relación de consumo bancaria, empero, en vista de que el glosario de términos el código distingue entre producto y servicio e incluye dentro de estos últimos a los financieros y bancarios, y además el primer artículo de este capítulo (Art. 81) habla solo de

"servicios financieros", estimamos que se les debe aplicar a los bancos la responsabilidad por servicios y no la responsabilidad por productos defectuosos. Nos estamos refiriendo, cabe precisar, a la responsabilidad civil y no a la administrativa, de la que nos ocuparemos más adelante.

Respecto de ellas, el profesor Espinoza (2007: 475) distingue la que atañe a los productos defectuosos que señala es tendencialmente objetiva (o semi-objetiva), dado que admite supuestos de ruptura del nexo causal, y la que atañe a los servicios defectuosos que deberá ser evaluada en cada caso atendiendo a la naturaleza de la prestación del servicio.

No obstante, al regular nuestro código de consumo los supuestos de responsabilidad civil y distinguir entre la responsabilidad civil genérica sujeta a las reglas del Código Civil y la responsabilidad civil objetiva[6] aplicable solo para los casos productos defectuosos, estimamos que el legislador favoreció a los bancos, pues en tanto proveedores no de productos sino de servicios, les aplica la responsabilidad civil común.

Y es que los bancos prestan *servicios* de intermediación financiera. En el glosario de términos de la Ley 26702 además, solo se encuentra la definición del "Servicio Financiero" como el *"cualquier servicio de naturaleza financiera… comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera*". El asunto es claro entonces[7], la responsabilidad civil aplicable a la bancaria en su calidad de prestador de servicios es la del derecho civil común.

Ahora bien, como la gran mayoría de las relaciones de consumo

6 Esa calificación de responsabilidad "objetiva" ha sido considerada de errónea por el profesor Leysser León, ya que el Art. 1970 del Código Civil no reglamenta una responsabilidad plenamente objetiva, porque se contempla diversos eximentes de responsabilidad (caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y el hecho de la propia víctima) que vuelven la figura en objetiva-relativa o semi-objetiva, y que incluso podría dejar espacio para leer la norma (Art. 1972), en perspectiva genuinamente subjetiva, como si estuviéramos ante una pura y simple presunción de responsabilidad civil (León 2017: 105).

7 El tratamiento de los servicios como defectuosos se encuentra en construcción. En Europa por ejemplo los productos defectuosos cuentan con una Directiva de seguridad y otra de responsabilidad, pero no ocurre lo mismo con los servicios defectuosos. Esto no quita que haya habido intentos de unificación, pero la diversidad de los servicios y su complejidad no lo ha permitido por ahora.

con las entidades financieras son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse para determinar la responsabilidad de este tipo de agente son las de la responsabilidad contractual. En este punto nos preguntamos ¿existe un criterio de imputación en esta materia distinto al de la culpa? La verdad es que, aun cuando se considere como dogma el que la culpa sea el único criterio de imputación aplicable a este tipo de responsabilidad (Fernández 1997: 258) y podamos afirmar que éste se encuentra en proceso de flexibilización, nos cuesta reconocer que no podemos apartarnos de este dogma y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

Tal constatación crítica fue hecha también por el profesor Leysser León, al señalar que: "Sin perjuicio de mi total convicción sobre la necesidad de plantear, a la vista de los avances de nuestra mejor doctrina, la existencia de un sistema objetivo de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, con la solitaria asistencia inicial del artículo 1315 [caso fortuito y fuerza mayor]…, es palmario que el antedicho criterio subjetivista ha primado" (2017: 759).

El hecho que en esta responsabilidad se presuma la culpa leve no nos puede llevar a pensar que se trate de una responsabilidad objetiva atenuada, porque la prueba girará siempre en torno de la culpa y no del riesgo beneficio o riesgo de empresa, criterios propios de la responsabilidad objetiva. Esto no quita sin embargo que reconozcamos que, en materia de protección al consumidor, algunas legislaciones como la brasilera, ya han pasado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo profesional como criterio de imputación objetivo. Lo ha hecho también jurisprudencialmente Colombia, como veremos más adelante.

Mientras nuestra legislación, la conservadora jurisprudencia y la casi ausente doctrina nacional en esta materia, no pase ese umbral y sostenga que la bancaria es una actividad riesgosa o peligrosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Esto no significa que la actividad bancaria no tenga riesgos, sino únicamente que éstos no han sido determinantes por ahora para fijar una responsabilidad objetiva con base a ellos.

11. La responsabilidad civil y administrativa de los proveedores frente al consumidor. ¿Un defecto de tutela?

En nuestro país con la creación del Indecopi en 1992, existe una

autoridad administrativa facultada a imponer sanciones pecuniarias y ordenar medidas correctivas reparadoras o complementarias a los proveedores de bienes y servicios por la comisión de infracciones que el Estado ha previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Sin embargo, eso no significa que sea únicamente esta entidad la que puede ofrecer una tutela al consumidor.

En efecto, frente a situaciones jurídicas de desventaja del consumidor, pero sin perjuicio de la sanción pecuniaria que se aplique al proveedor que constituyen recursos propios de la referida entidad, el consumidor cuenta con una tutela administrativa y una tutela civil. Ambas son autónomas y no dependen necesariamente una de la otra, pudiendo un consumidor afectado presentar una denuncia ante el Indecopi y simultáneamente una demanda de daños ante el Poder Judicial. Ambas normativas, además, el código civil y el código de consumo, pueden servir de refuerzo para establecer tanto la responsabilidad administrativa como la responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil del proveedor por los daños ocasionados al consumidor, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce que ella debe ser establecida por el Poder Judicial, el único órgano que ostenta la potestad jurisdiccional (dejando a salvo el arbitraje de consumo cuando tenga cabida en nuestro sistema). Esta responsabilidad civil, sin embargo, puede ser reconocida sin perjuicio de que el Indecopi haya establecido también la responsabilidad administrativa del proveedor y en consecuencia lo haya sancionado pecuniaria y consiguientemente ordenado que cumpla determinadas medidas correctivas reparadoras y complementarias:

> Artículo 100.- Responsabilidad civil
>
> El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor.

A primera vista, en el papel, esta amplitud de tutela que osten-

ta el consumidor parece auspiciosa, porque no solo tiene uno sino dos tribunales que lo pueden proteger, sin embargo, veremos más adelante que la realidad ha demostrado que no es así. Esto, que para los operadores jurídicos es conocido y aceptado casi naturalmente, representa sin embargo a nuestro juicio, un defecto de tutela para el consumidor, del que lamentablemente se trata poco en la academia.

Para dar cuenta de esta posición, detengámonos primero en la semejanza en términos de derecho sustantivo que existe entre las *medidas correctivas reparatorias* y el *daño emergente*, pues es lo que ha suscitado dudas sobre su compartida vocación resarcitoria. Veamos entonces cuál es la relación que existe entre ellas y será el derecho procesal el que nos permitirá encontrar sus puntos de intersección, así como sus rasgos diferenciadores.

Una primera diferencia tiene que ver con la concepción privatista o publicista de su otorgamiento. Nos referimos a la posibilidad de que tales medidas correctivas o resarcitorias sean peticionadas por la parte afectada, lo que se insertaría en una orientación privatista o si por el contrario apelando a una concepción publicista, el tribunal las puede conceder así no hayan sido solicitadas.

Pues bien, el Art. 114 del código en mención precisa que las medidas correctivas de la tutela administrativa se pueden dictar tanto ha pedido de parte como de oficio, esto es, sin necesidad de que el consumidor las haya solicitado, en cambio la pretensión resarcitoria jurisdiccional siempre debe ser peticionada en el marco de los principios de iniciativa de parte y de congruencia procesal.

> Artículo 114.- Medidas correctivas
>
> Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias. Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento. Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

Una segunda diferencia es el alcance o cobertura que tienen

ambas, pues, echando mano de la clasificación de los tipos de tutela procesal, encontramos que, por el *contenido específico* de ella, la tutela que ofrece las medidas correctivas es más amplia que la tutela resarcitoria, mientras que por la mayor *satisfacción* que ofrece el tipo de tutela resarcitoria, ésta es más amplia que la primera.

Y es que, en el primer caso, las medidas correctivas de la justicia administrativa, ofrece no solo una *tutela específica* en términos de aquello que exactamente se buscaba al efectuar el acto de consumo, en el sentido que, producida la afectación, el consumidor podrá obtener con ella, la reparación del producto, su reemplazo, la prestación comprometida o una equivalente; sino también una *tutela indemnizatoria* en la medida que el consumidor podrá recibir la devolución de lo pagado, más intereses y los gastos incurridos para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa, lo que se enmarca en la categoría del daño emergente. Así las cosas, por el contenido específico de la tutela, la categoría de las medidas correctivas es más amplia pues comprende a la tutela específica y parcialmente la tutela resarcitoria.

Sin embargo, en función a su carácter satisfactor, que, en este caso, se traduce en el alcance integral de la pretensión resarcitoria, ciertas medidas correctivas están destinadas a dar cobertura o compensar solo una parte de todo el daño producido, pues, dado que el Art. 115 del código de consumo[8], establece que el objeto de las

8 Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras
115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:
a. Reparar productos.
b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación

medidas correctivas reparadoras es *resarcir* las consecuencias directas patrimoniales e inmediatas ocasionadas al consumidor a su estado anterior, esta descripción alude en realidad a la voz de daño emergente, esto es, solo una de las al menos cuatro voces de daños que reconoce nuestra legislación junto con el lucro cesante, el daño moral y el daño a la persona (cinco si admitimos a la pérdida de la chance como lo reconoce la doctrina y ha empezado hacer también la jurisprudencia).

En ese sentido, la tutela resarcitoria que ofrece la jurisdicción es mucho más amplia pues en ella se puede reconocer no solo el daño emergente (insertado en las medidas correctivas de la justicia administrativa), sino también el lucro cesante, el daño moral, el daño a la persona y la pérdida de la chance. Ello sin contar con que ante el Poder Judicial también se puede acumular a la pretensión resarcitoria, una o varias pretensiones propias de una tutela específica.

Remarcando el rasgo sancionatorio de la medida correctiva en tanto es aplicada por parte de la administración y su diferencia con la indemnización que concede el Poder Judicial, afirma el profesor Espinoza (2021: 372) que "la línea divisoria entre una medida correctiva y una indemnización en forma específica por daño emergente es bastante tenue y podría confundirse".

Ahora bien, pese a que el numeral 115.7 del código sostenga, reivindicando su especialidad administrativa, que las medidas correctivas reparadoras buscan corregir la conducta infractora y que no tienen naturaleza indemnizatoria, en realidad al considerar que el monto concedido por este concepto se descuenta de la indemnización patrimonial que pueda conceder el Poder Judicial, es claro que sí la tiene y representa una parte de toda la indemnización que corresponda.

Como podemos apreciar, más allá del carácter administrativo y jurisdiccional de uno u otro, el re-

---

u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.

g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

sarcimiento que concede el Indecopi es apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, por eso, al menos respecto del impacto en la esfera del consumidor, tenemos aquí una relación de género a especie, por lo que en caso el consumidor sufra daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial. La posición que tiene al respecto, el mencionado profesor sanmarquino, es más bien que el Indecopi es un aliado del Poder Judicial, que ambos tienen una relación complementaria y el que se haya establecido así facilita el acceso del consumidor a mecanismos heterónomos de solución de conflictos, abaratando costos y aliviando la carga del Poder Judicial (2021: 375). En perspectiva, tenemos serias dudas de que a la fecha siga siendo así.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, no podemos soslayar por su configuración estatal, que ella es establecida principalmente para sancionar pecuniariamente al proveedor luego de la verificación por parte del Indecopi, de la comisión de una infracción prevista en la ley, y, por tanto, para bien o para mal (creemos que más lo segundo), está sujeta a las normas y principios del derecho administrativo. Y es que, luego que se reconociera al derecho de consumo como uno de derecho público, en ejercicio de un sobrevenido *ius imperium*, el Estado dispuso de su aparato administrativo para regular y sancionar a las empresas que no ofrecen sus productos y servicios de manera idónea y de calidad.

Ello resultaría encomiable si no fuera porque la multa o el dinero que se impone pagar al proveedor no va a parar a manos del consumidor afectado, sino que constituye ingresos propios de la entidad, lo que se está empezando a cuestionar (Priori 2024: 439). En ese sentido, si bien la legislación establece que esta responsabilidad se presume y compete al proveedor acreditar un supuesto de ruptura del nexo causal, termina siendo el Estado el que se beneficia más de ese régimen pues tendrá la potestad de efectuar el cobro de las multas que imponga incluso por la vía coactiva, dejando al consumidor solo con la satisfacción acotada y parcial que ofrecen las medidas correctivas reparadoras y complementaria, que, según hemos observado, no representa una tutela integral.

> Artículo 104.- Responsabilidad administrativa del proveedor

> El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

En cuanto a la incidencia en la esfera jurídica del consumidor entonces, la medida correctiva de la justicia administrativa solo puede disponer la reparación, reposición o cambio del producto o la nueva ejecución del servicio, así como la devolución total o parcial de lo pagado; mientras que la tutela de la jurisdicción ofrece remedios más completos pues puede conceder resarcimientos, restituciones y pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas del contrato.

A nuestro juicio, la dualidad de tutela antes aludida no representa una adecuada herramienta de justicia del consumidor. El problema es que, con la devenida parcelación del derecho privado y la vocación de especialización de los operadores jurídicos, se asumía prácticamente que, como los procedimientos de denuncia que se siguen ante el Indecopi no pertenecen al derecho civil, no merece por ello mayores reflexiones de los procesalistas y civilistas. Empezamos a advertir, sin embargo, que eso está cambiando.

El asunto parecía zanjado con la complacencia o resignación de los operadores jurídicos. El consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra. Costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de un reclamo de poca cuantía o entidad como lo son en la gran mayoría de los casos, y que de por sí, ya lo desincentiva a reclamar pues formularlo le resultará tal vez mucho más costoso de aquello que espera

recibir si la decisión del tribunal del Indecopi, le es favorable. De este aspecto nos ocuparemos por razones de espacio a fondo en otro trabajo, por ahora queremos llamar la atención de cómo la tutela del consumidor se encuentra partida, y cómo a los operadores jurídicos eso parece no incomodarnos o simplemente nos resignamos.

El profesor Renzo Saavedra[9] expresó en una ocasión que esta situación no debería seguir así, que Indecopi hizo un buen trabajo pero que es hora de que sea el Poder Judicial el único que administre justicia al consumidor. Esto parece poco probable cuando existen más bien muchas voces que postulan que el Indecopi se convierta en un organismo constitucional autónomo (Velásquez 2020: 91-115). Este debate sin embargo no se ha dado seriamente, al contrario, el asunto parece zanjado en favor de la parcelación del derecho de consumo pues, a diferencia por ejemplo de la regulación del nuevo Código Civil y Comercial argentino, los proyectos de código civil y procesal civil no apuestan por una vocación integradora del derecho privado, y solo tiene una vocación timorata, poco más que cosmética.

Jaime Delgado (Ius 360 2022) relata en una entrevista como en su oportunidad, cuando empezaba asomar en nuestro país con fuerza la necesidad de tutela especial del consumidor al tiempo que se propulsaba la creación del Indecopi como entidad encargada de la defensa la competencia y la propiedad intelectual, se optó desde el gobierno de Fujimori (1992), simplemente por conferir la tutela del consumidor a este nuevo órgano pese a que no estaba diseñado a tal fin. El nombre mismo de la institución da cuenta de ello[10].

En perspectiva histórico comparatista, el profesor Leysser León en un reciente trabajo que se ocupa de la competencia entre los ordenamientos del Common law y el Civil law, sugiere la idea de que la creación del Indecopi (en cuanto a la tutela del consumidor) es parte de

9 Opinión expresada en una de las clases de la Maestría de Derecho Civil en la PUCP en 2012.

10 El profesor Leysser León en un reciente trabajo que se ocupa de la competencia entre los ordenamientos del Common law y el Civil law, sugiere la idea de que la creación del Indecopi es parte de la imposición irreflexiva del primero en nuestro país (León 2024: 259 al 267).

la imposición irreflexiva del primero en nuestro país, que fomentó la dispersión del derecho privado. El mismo Jaime Delgado, expone en la entrevista aludida que quizá la historia hubiese sido distinta si al menos la tutela del consumidor se hubiere reservado a un ente autónomo.

Consideramos que la administrativización de la justicia[11] del consumidor en el Perú y la consiguiente dualidad, no ha sido correcta. Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor (tutela que según vimos es acotada), para fortalecer la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

La justicia administrativa quiérase o no, se embulle de los derechos y principios del derecho administrativo sancionador que están destinados sobre todo a defender al administrado frente al *ius imperium* del Estado, y en un procedimiento sancionatorio contra un banco por ejemplo, es éste el que termina siendo el administrado tutelado, lo cual ha llevado a extremos tales como tener que repetirse actuaciones solo porque el órgano instructor del Indecopi al momento de imputar las infracciones, comete simples errores formales de tipificación de las conductas. Ello retrasa a niveles inadmisibles la tutela del consumidor y la asemeja en el tiempo a la que éste pudo obtener sin menor carga formal o jurídica, en el Poder Judicial.

La cosa no puede seguir como está, tenemos las dos opciones indicadas, sabemos que ambas requieren reformas legislativas y hasta consti-

11 No solo de la tutela del consumidor, sino también del patrimonio histórico, cultural, medioambiental, de salud como ha advertido Cristian Delgado, para quien, dicha administratización y la falta de especialización de la jurisdicción, además de una deficiente regulación, son obstáculos para una idónea tutela colectiva (**Delgado 2021**).

tucionales, y aunque nos desaliente y frustre la calidad de congresistas que tenemos actualmente, no podemos dejar de tener esperanza de que mejores tiempos soplarán.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias con la nuestra, pueden servir como punto de partida, países que, como se apreciará seguidamente, ofrecen una mejor tutela, pues cuentas con mejor desarrollo de la tutela colectiva de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, de los daños punitivos, etc.

12. Tutela legal del consumidor bancario en nuestros países vecinos

12.1. Brasil

La experiencia brasileña de la tutela del consumidor bancario es muy destacable, pues es una de las más institucionalizadas y desarrolladas. Para dar cuenta de ella, debemos empezar señalando que los derechos del consumidor no solo fue reconocida expresamente por la Constitución Federal de 1988, sino que además esta carta fundamental inspiró el desarrollo legislativo más potente en la región. Ello se debió a que la conocida también como Constitución Ciudadana fue sancionada luego del proceso democrático tras el fin de una larga dictadura militar (1964-1985), y en medio de un consenso ciudadano (Oliveira 2017).

El Código de Protección del Consumidor de 1990 (CPC), que establece las reglas y principios bajo los cuales se vinculan los consumidores con los proveedores, contempla como autoridad administrativa encargada de su tutela al Departamento Nacional de Protección y Defensa del Consumidor (Procon), organismo público descentralizado bajo la dirección del Ministerio de Justicia y tramita las reclamaciones con facultades para imponer sanciones administrativas (multas, retiro de productos e intervención de establecimientos comerciales) (Banco Central de Brasil 2009).

También en el ámbito de la tutela administrativa y debido a los abundantes reclamos que se formulaban contra los bancos, el Banco Central de Brasil (BCB) emitió la Resolución CMN 2.878/2001 que fue conocida como "Código de Protección de los Clientes de Bancos", con el propósito de establecer reglas de transparencia y equidad (calidad de los servicios, trato justo, reparación y no discriminación) en la relación especializada entre los bancos y sus clientes/usuarios.

Sin embargo, debido a las dudas que se suscitaron fomentada por los bancos sobre la aplicación del Código de Protección del Consumidor a los servicios financieros, finalmente se revocó dicha resolución y quedó establecido que el BCB limitará su función a la supervisión de las cuestiones específicas de los servicios financieros que no estén cubiertas por el referido CPC, mientras que los Procons se ocuparán de todas las demás cuestiones que sí se tratan ahí.

Mención aparte merecen dentro del sistema de tutela administrativa extrajudicial, las Ombudsmen de las instituciones financieras, que fueron diseñadas para que se encarguen de las reclamaciones presentadas por los clientes que no fueron sido resueltas directamente por el banco. A estas agencias se les dotó de recursos y fijó obligaciones relativas no solo a una eficiente y amplia atención del consumidor, sino también de producción de información con miras a una mejora en la regulación, cuya gestión estaba asignada a un director que servía de enlace entre los bancos y el BCB.

En cuanto al cuestionamiento que habían efectuado los bancos a la aplicación del CPC, fueron en especial los servicios financieros los que se reclamaron como inaplicables, aduciendo que a ellos se les aplica solo la ley sectorial bajo regulación del BCB. Los bancos entendían que solo debía aplicarse dicho código a los servicios bancarios, pero no a los financieros.

Esta tesis aislada sin embargo había sido descartada por la doctrina y jurisprudencia brasileña, afirmando que la legislación se aplica a todas las actividades realizadas por instituciones financieras, que afecten directa o indirectamente a los intereses materiales o existenciales de los consumidores (Duarte 2018).

Uno de los primeros casos que recogen los cuestionamientos de los bancos, fue juzgado en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) en 1995 y se refería al cobro de una tasa de interés por falta de pago, en el que el Banco de Brasil argumentó que el CDC no podía aplicarse porque se trataba de una relación banco/cliente, no de banco/consumidor, sin embargo, el STJ concluyó que la sujeción del banco al referido código era porque el servicio bancario se prestaba siempre a un consumidor final. Añadió que la protección en este caso es especial incluso porque en las relaciones bancarias está muy extendido el uso de contratos masivos, donde surgen con mayor claridad las desigualdades de fuerza y

vulnerabilidad de los usuarios (Superior Tribunal de Justicia 2015).

Posteriormente en el 2004, el STJ aprobó el precedente 297, reconociendo la aplicación del CDC a las instituciones financieras (Duarte 2018). Antes que este se emita, sin embargo, el 26.12.2001 la Confederación Nacional del Sistema Financiero promovió la acción directa de inconstitucionalidad (ADIN 2591), que fue desestimada por el STJ el 07.06.2006 confirmando que el CDC, sin duda, también regulaba las relaciones entre las instituciones financieras y sus clientes.

La Corte entendió que no había conflicto entre las reglas del sistema financiero y la disciplina del consumo y la protección del consumidor, dado que, según los términos de lo dispuesto en el art. 192 de la Constitución Federal, la exigencia de una ley complementaria se refiere únicamente a la regulación de la estructura del sistema financiero, no abarcando las cargas y obligaciones impuestas por el código de consumo a las instituciones financieras, relativas a la operaciones y servicios bancarios y financieras, que corresponden ser definidos por el derecho común (transparencia, la buena fe y lealtad)[12].

Al margen de esa batalla legal perdida propiciada por los bancos, la doctrina y la jurisprudencia siempre se pronunció por la aplicación del código de consumo a las instituciones financieras (Alvergaria 2006: 19). Una de las principales herramientas de tutela que se concibió para hacer efectivo los derechos consagrados en dicho cuerpo legal, fue sin duda, la "Class Action", pero configurando un modelo propio de acciones colectivas.

Y es que, la Constitución brasileña de 1988 no solo potenció al máximo el papel del Poder Judicial, sino que más allá de reconocer la dimensión colectiva de los derechos fundamentales, creó instituciones para la efectivización de estos derechos, de cuyo influjo se deriva la existencia de un microsistema de defensa del consumidor del que ya hemos tratado, pero especialmente

12 Es ilustrativo de esta batalla de poder, dar cuenta de que, presionado por la banca, en el senado se presentó incluso el Proyecto de Ley 143/06 que tenía por objetivo eludir la reciente decisión del STF sobre la ADIN, pero curiosamente dicho proyecto fue archivado a pedido de su propio autor, seguramente tras la presión de las entidades de protección al consumidor y de la población, dado que "los bancos ofrecen dinero y la población tiene muchos votos para ofrecer" (Duarte 2018).

también, un microsistema procesal para la tutela colectiva, con reglas y principios propios, el mismo que fue consolidado y abarcado por el nuevo Código Procesal Civil de 2015, teniendo este cuerpo legal así como el Código de Defensa del Consumidor de 1990, la función de armonización que plantea los nuevos valores políticos de la sociedad (Didier y Zaneti 2019: 70-75).

Así, el Art. 81 del Código de Defensa del Consumidor estableció por primera vez en Latinoamérica, los conceptos de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos[13]. El Título III de este código junto con la reformada precursora Ley de Acción Civil Pública de 1985 (LACP), fue considerado por Antonio Gidi como el "Código de Proceso Civil Colectivo" (En Didier y Zaneti 2019: 77)[14].

Lo resaltante de esta tutela colectiva es que el Art. 83 del CDC consagra el principio de atipicidad de la demanda colectiva al establecer que para proteger los derechos e intereses del consumidor son admisibles todo tipo de demandas que sean capaces de proporcionar su adecuada y efectiva protección, con lo cual es posible de plantear una tutela condenatoria, declarativa o constitutivas, según lo requiera el caso. Es decir, no solo se limita a la petición judicial del cumplimiento de la obligación del proveedor, sino también a los daños, sin perjuicio de la multa administrativa. Asimismo, el juez puede conceder cualquier medida necesaria, como registro, incautación, traslado de cosas y personas, deshacer un trabajo, impedir actividades nocivas, además de solicitar la fuerza policial.

13 Código de Defensa del Consumidor:
Art. 81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ejercerse judicialmente de forma individual o colectiva.
La defensa colectiva se ejercerá cuando se trate de: I. Intereses o derechos difusos, entendidos como tales, para los efectos de este código, transindividuales, de carácter indivisible, detentados por personas indeterminadas y vinculados por circunstancias de hecho; II. Intereses o derechos colectivos, entendidos como tales, para los efectos de este código, transindividuales, de carácter indivisible, detentados por un grupo, categoría o clase de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica básica; III. Intereses o derechos individuales homogéneos, entendidos como los que surgen de origen común.

14 El microsistema procesal colectivo está compuesto también según el texto citado, por la Ley de Acción Popular y en forma accesoria por la Ley de Improbidad Administrativa, la Ley del mandato de Seguridad y otras leyes independientes. Este microsistema fue reconocido también por la jurisprudencia del STJ en 2004 y otras.

En cuanto a nuestro objeto de estudio, es importante dar cuenta de la inclusión del Art. 104-A producida con la Ley N° 14.181 de 2021, que regula la demanda del consumidor individual sobreendeudado, para obtener judicialmente la renegociación de la deuda (no aplica a créditos hipotecarios, inmobiliarios ni rurales).

Asimismo, marcado distancia de la *class action* norteamericana considerada patrimonialista por Edilson Vitorelli (2024: 67-90) en la medida que es promovida por bufetes de abogados y asociaciones privadas que financian con recursos propios o captados respectivamente las causas colectivas y se benefician al final de ellas, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil contempla una legitimidad más institucionalizada al facultar su presentación no solo al consumidor, sino también al Ministerio Público, órgano del Estado destinado a la tutela del interés público dotado de recursos y fiscales especiales para ello. También ciertamente tienen legitimidad para presentar demandas colectivas, otras entidades públicas, así como las asociaciones legítimamente constituidas con por lo menos 1 año de existencia. En estos procesos se permite que cualquiera de las víctimas intervenga y que entre a acreditar el valor de sus daños en la etapa de liquidación.

Habíamos dicho antes que ya algunos países habían superado el umbral de la culpa y reconocido al riesgo como criterio de imputación. Uno de ellos es Brasil, en el que se considera que la actividad que realizan es naturalmente riesgosa, ya que involucra la disponibilidad y liquidez de recursos financieros de los consumidores, con la posibilidad de causarles daños a ellos y a terceros. Por tanto, la responsabilidad civil objetiva corresponde a las instituciones bancarias, por el riesgo de la actividad realizada. El daño entonces que se desprende ella, participa de los riesgos empresariales: "Quien habitualmente disfruta de las bonificaciones de una determinada actividad debe responder de los riesgos que ésta ocasiona, aunque sea sin culpa" (Chaves 2022: 1018).

Es bajo el entendimiento de que se trata de riesgos propios de la actividad bancaria, que se reconoce que los bancos en la búsqueda de medir sus ganancias deben asegurar que para obtenerlas no se puedan afectar los bienes protegidos de terceros, en ese sentido tienen el deber de actuar con seguridad. No hacerlo, trae consigo que el producto sea defectuoso, de conformidad con el

artículo 14, §1 del Código de Protección al Consumidor.

Es importante subrayar además que las exclusiones de responsabilidad del proveedor, previstas en el artículo 14, §3 del CDC, que son un hecho exclusivo de la víctima y un hecho exclusivo de un tercero, sólo eximen de responsabilidad en las operaciones bancarias, "si están absolutamente disociadas de conductas omisivas, comprometedoras o de información que sea responsabilidad del banco" (Soares 2022: 413).

En cuanto a la jurisprudencia, el STJ emitió la Sentencia 479, que prevé la responsabilidad objetiva de los bancos por los daños generados como consecuencia de caso fortuito interno o fraude en las operaciones bancarias. En este caso, se impuso la carga al banco en tanto es él quien tiene el control de todas las operaciones que involucran el uso de tecnologías en línea y, por lo tanto, debía observar la calidad y seguridad de sus servicios, además de ofrecer la información que resulte de ellos, con la responsabilidad de anticiparse a los problemas y tomar las medidas preventivas correspondientes. El banco así fue considerado responsable, porque las compras realizadas con la tarjeta estaban completamente fuera de los estándares de consumo del cliente y, por tanto, se reconoció la falla en el sistema de seguridad del banco (Marília de Avila 2023).

En cuanto a los daños punitivos, debemos señalar que, si bien la legislación brasileña no los reconoce expresamente, sin embargo, estos se encuentran claramente presentes en el sistema de justicia civil brasileño y en la doctrina mediante el instituto del daño moral colectivo. Tanto así que, que incluso cuando en el año 2002 en el parlamento se intentó incluir los daños punitivos en la reforma al Código Civil brasileño, el proyecto nunca fue sometido a votación (Fortes 2022).

Tal reconocimiento del daño moral colectivo proviene del texto del artículo 6, número VI, del Código de Defensa del Consumidor brasileño que establece la efectiva prevención y compensación del daño individual, colectivo, y del daño material y moral difuso. Adicionalmente, ya la Ley de Acción Civil Pública planteaba la posibilidad de reconocer daño moral por medio de acciones colectivas, resultante entre otros casos, de infracciones masivas en el ámbito del derecho del consumidor.

En un breve recuento de la doctrina brasileña, Fortes (2022)

recoge que Bittar Filho considera al daño moral colectivo como el daño injusto a la esfera moral de una comunidad o la violación ilegal de ciertos valores colectivos. Por su parte André Ramos considera que dicho daño resulta de infracciones colectivas contrarias a derecho que justifican la aplicación de compensación extrapatrimonial a la sociedad; mientras que Hugo Mazzilli concibe al daño moral colectivo como una colección de los daños individuales, recordatorio de la función punitiva de la litigación colectiva y su carácter extrapatrimonial. Finalmente, Fredie Didier Junior y Hermes Zanetti Junior destacan, además, que su sanción, combina reprensión, compensación y pedagogía.

En lo que respecta a las acciones colectivas contra los bancos, Oliveira y Schlang (2020) resaltan que en la medida que estos proveedores tienen millones de clientes, el Poder Judicial está sobrecargado de demandas repetitivas de los consumidores contra ellos, lo que demuestra la ineficacia de tratar los casos de forma aislada, así como de no dar una respuesta eficaz a los abusos. En ese sentido, mientras no se discuta el carácter punitivo-pedagógico que se aplicará contra los bancos, seguirán impunes frente a lucrativos ilícitos.

Dado que las relaciones jurídicas que se establecen con los bancos están vinculadas al sistema de producción en masa, por esta razón afirma Rizzato Nunes, la defensa de los intereses colectivos y difusos es una de las bases del Código de Protección al Consumidor, y se les debe privilegiar (En Oliveira y Schlang 2020).

12.2. Argentina

La tutela legal especial del consumidor en la Argentina fue configurada con la sanción de la Ley 24.240 en el 1993 (Ley de Defensa del Consumidor de 1993) y surgió gracias al activismo de una corriente muy activa de prestigiosos juristas con una fuerte corriente de opinión que reclamaba de una norma de alcance general, alcanzada luego del consenso de las fuerzas políticas en el parlamento" (Chamatrópulos 2008).

Lo resaltante de esta especial tutela, que es común a todas las legislaciones consumeristas, es que rompe el paradigma de que el contrato es ley entre las partes, y se reconoce la superioridad profesional del proveedor y la asimetría con que actúa en el mercado y en las relaciones de consumo, desempañando en tal

escenario los contratos de adhesión una importante función. Así, la Ley 24.240 establece la inaplicabilidad de cláusulas abusivas predispuestas en tales contratos por el proveedor, considera nulas aquellas que limitan los derechos del consumidor, que amplían los derechos del proveedor, que limitan su responsabilidad por daños o que invierten la carga de la prueba en su beneficio.

Pese a que la referida ley no mencionaba a los negocios tradicionalmente bancarios en su artículo 1, para Lorenzetti (2003: 16) si los incluía, a partir de estimar que el derecho del consumidor es un microsistema autorreferente, por lo que el vocablo *servicio* abarcaba también al servicio financiero. Menciona además que la jurisprudencia se había inclinado tempranamente por aplicarla a los contratos bancarios[15]. Gerscovich (2003: 97) advertía también que los tribunales argentinos, frente a los problemas suscitados en el ámbito del derecho bancario especial, resolvían de manera pragmática, aplicando el derecho común y el derecho tuitivo de los consumidores.

En cuanto a la justicia del consumidor, esta ley contempla un fuero administrativo a cargo de la autoridad nacional de aplicación adscrita al Ministerio de Economía y Producción (y local en caso de Buenos Aires y sus provincias) que tiene facultades de conciliatorias, instructivas y sancionatorias cuyas multas no son en beneficio del consumidor sino del Estado. Asimismo, y con carácter simultáneo subsiste el fuero judicial de siempre a cargo de juzgados contenciosos, los cuales pueden revisar las sanciones judicializadas por los proveedores, y principalmente otorgar ya no solo resarcimientos, sino, además, con la promulgación de la Ley 26.361 (2008), conceder daños punitivos, todo ello a través del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción, en una evidente búsqueda de celeridad procesal.

Asimismo, la Ley 24.240 (1993) consolidada con la reforma de la Ley 26.361 (2008), faculta a las asociaciones de consumidores a presentar demandas en representación de los consumidores, a realizar reclamos, audiencias conciliatorias

15 Orlando Muiño cita la jurisprudencia del 11 de mayo de 2011 en la que se indica que los bancos y demás entidades financieras están comprendidos en las normas de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 en tanto empresas profesionales dedicadas a la prestación del servicio financiero a consumidores finales (Muiño 2011: 4).

y actividades de educación e información de los derechos de los consumidores. Del mismo modo, con la Ley 26.361 (2008), se reconoció las acciones colectivas en el ámbito del consumidor.

El entendimiento de parte de la doctrina y la jurisprudencia de que la ley del consumidor se aplicaba también a las actividades financieras se consolidó en el año 2014 con la modificación del Art. 36 de la referida Ley 24.240 por parte de la Ley 26.993. En su redacción original la referida disposición reservaba al Banco Central de Reserva de la República Argentina (BCRA) la adopción de las medidas en las relaciones entre los bancos y sus clientes, sin embargo, con la modificación se incorporó de manera directa en este texto consumeril, reglas destinadas a la tutela del consumidor financiero y se dispuso que dicha entidad estatal debía encargarse de hacer cumplir tales reglas. Así, el BCRA abandonó su rol de "tercero ajeno" a la relación que vincula al proveedor financiero con el cliente-usuario, para adoptar un rol protagónico, estableciendo reglas de conducta imperativas en su Texto Ordenado sobre Protección de Usuarios de Servicios Financieros (2013 en adelante), que van en la línea de la tutela fijada en la Ley 24.240.

Este esquema de tutela especial pro-consumidor no se vio alterado por la regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 de 2014) del contrato bancario y el resguardo de los intereses económicos de los consumidores financieros, pues su Art. 1094 dispone que, en caso de duda sobre la interpretación de este código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor; con lo cual el principio del *indubio pro consumidor* que ya recogía el Art. 3 de la Ley 24.240, se consolida como uno imperante en todo el derecho argentino. Cabe añadir que el aludido código reguló también en su Art. 1714 a los daños punitivos, consolidando la presencia de esta figura en el derecho argentino.

Este marco normativo, que naturalmente parte de la Constitución Argentina de 1994 que consagra en su seno la tutela del consumidor es reconocido por la doctrina como un nuevo orden normativo que permite un mejor diálogo de fuentes en lugar del viejo sistema de derogación por especialidad, temporalidad o rango, esto es, un nuevo orden donde prima la armonización o coordinación entre las leyes integrantes del ordenamiento. Así las cosas, el Juez debe aplicar la ley, decreto, reglamento, que mejor

se adecúe a la tutela constitucional y convencional del sujeto afectado ajustándose al principio *pro homine* que persiga la tutela del débil, y apreciando los valores de creatividad, flexibilidad, pluralismo y aprendizaje permanente (Alvarez y Rodriguez 2020: 9).

Finalmente, culminamos la mirada a la regulación de tutela del consumidor en Argentina dando cuenta del progreso en su sistematización, operado a través de la no tan reciente publicación de Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la ciudad de Buenos Aires (Ley 6407 del 2021), que recoge los avances antes referidos.

Como corolario del estado de la cuestión en Argentina, debemos señalar que la jurisprudencia ha sido copiosa en fallos que protegen al consumidor bancario frente a los diversos riesgos que se presentan en su actividad, uno de los cuales es el phishing. En uno reciente del 27 de marzo de este año, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Coronel Miguel Ángel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires)[16], con base a la doctrina y jurisprudencia imperante, condenó al banco a la devolución de los fondos afectados y al pago de daños morales y punitivos.

Este interesante fallo condensa los avances de la tutela del consumidor financiero, pues reconoce la responsabilidad profesional agravada del banco como experto en la actividad, alude a los riesgos que se presenten en ella como generadores de una actividad riesgosa más aun en entornos de contratación digital en el que se adiciona a la vulnerabilidad natural del consumidor, la provocada por las nuevas tecnologías inescrutables para él que el banco le impone para la prestación de sus servicios; da cuenta de la insuficiencia de la información bancaria respecto de la gravitación de los riesgos y la prevalencia de la tutela de la confianza del consumidor y; analiza la *lex artis* en el juicio de responsabilidad, esto es, la regulación financiera sobre riesgos operativos que es compatibilizada con los criterios y reglas de la responsabilidad civil. Por sus virtudes pedagógicas nos permitimos reproducir sus partes principales:

16 Extraído de: https://aldiaargentina-microjuris-com.cdn.ampproject.org/c/s/aldiaargentina.microjuris.com/2024/04/19/fallos-consumidores-hipervulnerables-responsabilidad-del-banco-por-el-delito-de-phishing-del-que-fuera-victima-el-cliente-en-su-condicion-de-consumidor-hipervulnerable-por-ser-un-adulto-mayor/amp/

"(…) corresponde adentrarnos en el novedoso concepto de vulnerabilidad agravada por el carácter digital de la relación de consumo… determinado por el escaso o nulo nivel de conocimientos sobre las tecnologías digitales y convergentes, que obstaculiza la interactuación con éstas y su aprovechamiento, pero al mismo tiempo acrecienta el riesgo de ser víctima de los peligros que implica… se estima que todo 'usuario digital' sería un hipervulnerable per se con fundamento en doble debilidad estructural: la de su condición de consumidor y la del contexto digital en que se mueve. Esto último, en tanto la contratación digital entraña un hecho técnico insuperable y predeterminado por el proveedor. Esto implica un verdadero cambio de paradigma del propio concepto… Por otra parte, si bien el apelante dice que el actor no se encontraba obligado a realizar operaciones bancarias por medio del cajero automático o mediante la utilización de banca internet provincia (BIP) encontrándose habilitada la utilización de la línea de cajas, es lo cierto que no resulta elegible pertenecer o no pertenecer o tener o no tener habilitados los sistemas de banca digitales. Esto es que el actor de autos no podía elegir ser solo usuario del banco mediante atención personal, el banco lo expuso obligatoriamente a la situación de usuario digital (…)

(…) Por otra parte, más allá de la obligación de seguridad antes expuesta, es lo cierto, tal como coincide la doctrina y jurisprudencia… la contratación por medios electrónicos puede ser calificada como una actividad riesgosa en los términos del art. 1757 del Cód. Civ. y Com. De esta forma, el Banco Central de la República Argentina, en su calidad de autoridad de aplicación de los servicios financieros, a través del Informe sobre Protección de las Personas Usuarias de Servicios Financieros, enuncia y refiere a numerosos riesgos que afectan la actividad bancaria. Así, por ejemplo, con relación a las normas sobre 'Sistema Nacional de Pagos – Transferencias' en su punto 5.1.2.se establece que las entidades financieras pueden aplicar bajo su responsabilidad el diferimiento, rechazo o reversión de débitos y/o créditos como medidas adicionales a las

medidas de seguridad que hayan adoptado de acuerdo con los perfiles de sus clientes, las características de sus cuentas, los movimientos que efectúen normalmente y otros criterios… la posibilidad de tomar recaudos especiales, de manera previa a la efectivización de una transferencia, con el fin de minimizar el riesgo.

En el mismo sentido dispone la regulación vinculada con los 'Requisitos Mínimos de Gestión, Implementación y Control de los Riesgos Relacionados con la Tecnología Informática, Sistemas de Información y Recursos Asociados para las Entidades Financieras', Comunicación 'A' 7370, donde también se hace referencia a los riesgos que dicha actividad provocan. De esta forma, considerando que las plataformas han sido introducidas unilateralmente por el proveedor, imponiendo su utilización al consumidor, sujeto vulnerable, se justifica que el riesgo generado sea asumido por la entidad bancaria.

(…) que las recomendaciones y los tips de seguridad informados por el banco en su página web así como las medidas de seguridad que pudo haber implementado para evitar este tipo de situaciones resultaron insuficientes e ineficientes a fin de otorgar seguridad y fiabilidad en el uso de sus servicios; que la ausencia de conocimientos tecnológicos y/o la falta de habitualidad en el manejo de la tecnología ofrecida permite calificar a los clientes digitales como consumidores hipervulnerables; que las entidades bancarias incentivan el uso de sus servicios online generando confianza en los usuarios en torno a las operaciones que se celebran por su intermedio; que tal expectativa de seguridad es fuente de obligaciones y que debe ser, por tanto, protegida; que la obligación de seguridad instituida en el artículo 42 de la Constitución y reglada en el artículo 5° de la ley 24240 implica que los proveedores deben garantizar que las operaciones que se realicen por medio de plataformas, aplicaciones, dispositivos o canales de atención -toda vez que son quienes los diseñan, organizan y controlan- sean seguras, previniendo riesgos para los derechos e intereses de los consumidores… En efecto, la condición de profesional de la actividad le impone

el deber de adoptar las medidas necesarias para neutralizar amenazas o daños efectivos, disminuir su magnitud o no agravarlos (art. 1710 del CCyC).

(…) Si bien 'en incontables situaciones los proveedores bancarios esgrimen -de manera canallesca- la culpa del consumidor como eximente de la responsabilidad que les cabe en casos de estafas producidas en los entornos digitales', la conducta torpe, ingenua, poco advertida u hasta imprudente del consumidor resulta insuficiente para asignarle virtualidad eximente, liberando a quien podía y debía neutralizar la situación de riesgo para ese consumidor ignorante e inexperto. Cabe señalar que en muchos casos será un déficit de información o advertencia -imputable al proveedor el que determine el error o descuido del consumidor; cuando no sea, la lisa y llana inobservancia de la obligación de seguridad – legalmente impuesta- la causa adecuada del daño padecido por éste.

(…) La Comunicación 'A' 7319 del 1° de julio de 2021 dictada por el BCRA confirma que fue necesario imponer medidas reforzadas a fin de un adecuado resguardo de los derechos de los usuarios de los servicios bancarios, lo que se refleja en la 'incorporación de un requisito técnico operativo' a los ya existentes en materia de 'gestión, implementación y control de los riesgos relacionados con la tecnología informática, sistemas de información y recursos asociados', aplicable 'con carácter obligatorio' a 'todas las operaciones de créditos preaprobados'…. Asimismo, se deberá constatar previamente a través del resultado del proceso de monitoreo y control, como mínimo, que los puntos de contacto indicados por el usuario de servicios financieros no hayan sido modificados recientemente. Una vez verificada la identidad de la persona usuaria, la entidad deberá comunicarle -a través de todos los puntos de contacto disponibles- que el crédito se encuentra aprobado y que, de no mediar objeciones, el monto será acreditado en su cuenta a partir de las 48 horas hábiles siguientes… Disponer con carácter obligatorio la aplicación del requisito técnico-operativo… sobre todas las operaciones de créditos preaprobados realizadas a través de todos los canales electrónicos disponibles.

(…) la entidad bancaria no contó con los resortes de seguridad necesarios para advertir que la solicitud de un préstamo y las inmediatas transferencias no resultaban una conducta habitual del actor.- Su cuenta solo era utilizada para percibir su jubilación y las asignaciones pertinentes, más no era un usuario asiduo de la banca internet.- El banco demandado expuso al actor a la situación que vengo analizando, es que en ningún momento se da la opción de no pertenecer al sistema digital, ello se impone de modo tal que quien lo impone debe responder por las deficiencias del servicio (…) Ha expresado la jurisprudencia, en forma conteste, que la contratación electrónica, con todos sus beneficios, conlleva también riesgos que, en principio, deben caer sobre el banco, que no solo es el creador del sistema, sino también quien lo administra en términos que debe garantizar a los usuarios seguridad de las transacciones que se efectivizan en tal marco (…)"

12.3. Colombia

De Colombia, partiendo de su Constitución de 1991 que consagró la protección al consumidor frente a las asimetrías informativas y le reconoció mecanismos adecuados de consumo en condiciones de seguridad y calidad, podemos afirmar que tiene también un sistema de tutela del consumidor financiero, el mismo que tiene entre sus principales cuerpos normativos especiales a la Ley 1328 de 2009 por **la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Esta norma recoge los** principios de la debida diligencia, la transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, la responsabilidad en el trámite de requerimientos de los consumidores y la educación al consumidor financieros; todos ellos destinados a promover equilibrio en las relaciones y evitar las cláusulas abusivas.

A diferencia de lo que ocurre en Argentina y en nuestro país, al sancionarse la Ley 1480 (2011) que aprueba el Estatuto del Consumidor, queda claro en sus Art. 2 y 45 que la tutela que este cuerpo normativo ofrece no alcanza al consumidor financiero (al menos en forma directa) y ello es así porque la industria financiera es considerada como un sector regulado especial, al que en todo caso se aplicará el aludido estatuto de manera suple-

toria. Esta orientación se adoptó principalmente dada "la clara desigualdad económica existente entre los consumidores financieros y sus contrapartes, explicada al albor de la teoría de los Contratos de Adhesión o Masivos, acuerdos en los que no hay lugar a la negociación de las disposiciones convencionales que atan a las partes, sino que el extremo más débil de la relación se limita a aceptar las predispuestas por el extremo económicamente fuerte" (Betancourt 2014: 141-166).

Para dotar de la herramienta de justicia que haga efectiva esa tutela especial por fuera del estatuto del consumidor, su Art. 57, con la habilitación que le ofrecía el Art. 166 de la Constitución colombiana, confirió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera Colombiana (SFC).

Se resalta la prevalencia de este régimen especial de tutela, a partir de considerar que la naturaleza de los servicios ofrecidos por las entidades financieras vigiladas por la SFC no se corresponden con los productos o servicios defectuosos concebidos en el Estatuto del Consumidor (aquel que amenaza la salud, la vida o la integridad del consumidor), sino que aquellos constituyen "operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros" (art. 2 Ley 1328 de 2009).

Puesta en manos entonces de una autoridad administrativa la tutela jurisdiccional (Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia), quedó establecida claramente la existencia de un régimen especial de responsabilidad bancaria, que se reconoce bajo los estandartes de debida diligencia y profesionalismo.

Es importante destacar que ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había establecido desde 1936 que a las entidades financieras se les podría aplicar el régimen de responsabilidad objetiva con fundamento en la teoría del riesgo creado, lo que fue consolidado después encontrándose en vigor el Código de Comercio de 1971, en que, con base en su art. 1391, otra jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estableció que la atribución de responsabilidad del banco deriva del riesgo inherente a la actividad financiera, en virtud de la cual es la entidad que desarrolla la actividad empresarial a la que co-

rresponde asumir las contingencias o riesgos que acarrea su operación.

Posteriormente, la misma Corte matizando el rigor de la objetividad, estableció una inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor financiero, tratándose del reembolso de la suma de dinero depositadas en depósitos bancarios de cuenta corriente o de cuenta de ahorro. Se considera aquí que la institución financiera al obtener un provecho económico del uso de instrumentos electrónicos, especialmente en lo relacionado con canales de pago, y al generar un potencial riesgos por dicha situación frente a los consumidores financieros, debe contar con un régimen de responsabilidad especial, fuera de los lineamientos generales de la responsabilidad civil basada en la culpa probada.

Este postulado fue desarrollado en Colombia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC18614-2016 de 2016), la cual determinó que, en materia de fraudes electrónicos, debe aplicarse a la institución bancaria un régimen de responsabilidad civil especial:

> "Atendiendo la naturaleza de la actividad [...], el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados [...]. Desde luego que, consumada la defraudación, el banco para exonerarse de responsabilidad debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes[...], pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los softwares especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 Const.)" (Betancourt 2014).

Lo resaltante del modelo colombiano, es que a diferencia de lo que ocurre en otros países de dualidad tutela como el nuestro (que enfatiza más la tutela administrativa) y Argentina (de mayor peso jurisdiccional), en donde coexisten tribunales judiciales y administrativos con ciertas atribuciones pero sin facultades jurisdiccionales, en Colombia, con base a su modelo de constitución, sí se ha conferido

tales facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera Colombiana (SFC), con lo cual la tutela que puede ofrecer al consumido bancario parece más completa.

12.4. Chile

Pese a que, en la aún vigente Constitución Política chilena de 1980, no se reconoce de manera directa y expresa la tutela del consumidor, veremos a continuación como este país tiene una sólida construcción legislativa que ha conferido al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), creada en el año 1990, un rol protagónico.

Con la promulgación en 1997 de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, el SERNAC recibió la atribución no solo de difundir los derechos y deberes del consumidor, sino también la de velar por su cumplimiento, además de un rol de mediador en los conflictos de consumo.

En el ámbito que nos convoca, es importante señalar que la Ley 19.496 no contiene una tutela especial del consumidor financiero, recogiendo solo en su interior reglas sobre los créditos de consumo otorgados por los proveedores. Sin embargo, la relevancia del servicio financiero y el alto carácter conflictivo en su relación con la gran masa de consumidores propició que en 2012 se promulgara la Ley 20.555, apodada SERNAC FINANCIERO, por la que se fortalecieron los derechos del consumidor financiero y se dieron más facultades a esta entidad estatal.[17]

Se puede decir entonces que hasta antes que se emita esta Ley 20.555, el consumidor financiero no tenía una regulación especial que lo amparara. Luego de ella, el SERNAC se fortaleció e inició una dinámica que incluía varias acciones colectivas exitosas en beneficio de los consumidores financieros. En efecto, se facultaba al SERNAC interponer demandas colectivas, solicitar la aplicación de multas y cese de la conducta, obtener indemnizaciones, las nulidades de las cláusulas abusivas y el cumplimiento forzado a los bancos; además claro la facultad de gestionar los reclamos ante ellos y realizar estudios e investigaciones. Lo que nunca tuvo el SERNAC, y eso significa una diferencia por ejemplo respecto de nuestro INDECOPI, es la facultad de san-

17 Portal del Servicio Nacional del Consumidor, https://www.sernac.cl/portal/617/w3-channel.html

cionar a los bancos infractores por el incumplimiento de las normas de protección al consumidor.

Esta tutela especial a nuestro entender es más completa pues de un lado cuenta con un órgano administrativo fuerte que se encarga de proteger a los consumidores y canalizar sus intereses individuales y colectivos a nivel judicial, y del otro un fuero judicial habilitado no solo para disponer de la aplicación de multas, sino también los resarcimientos y ceses de los actos antijurídicos de los bancos.

Este modelo tuitivo del consumidor se consolidó al emitirse la Ley 21.081 (2019) a través de la cual se otorga al SERNAC las facultades de fiscalización a las entidades financieras sobre la base de un plan anual basado en riesgos, contando con amplias facultades de solicitud de antecedentes, llevar a cabo incautaciones, citación obligatoria a los representantes legales, administradores, asesores y dependientes de las entidades sometidas a su fiscalización. Asimismo, con esta modificación el SERNAC podía llevar adelante procedimientos voluntarios colectivos y solicitar ante el fuero judicial además de los anunciados conceptos de multas e indemnización, los daños punitivos y "daño moral" en beneficio de todos los consumidores afectados.

El camino de tutela del consumidor bancario en nuestro vecino del sur no queda ahí, sino que ha emitido una serie de normas que complementan la tutela, resaltando entre ellas la Ley 21.234 Ley de Fraudes (2020) que representa un gran paso en la tutela en nuestro continente pues no solo invierte la carga de la prueba a favor del consumidor financiero cuando se presenta un supuesto de fraude sino que además ordena que el banco deba restituir los fondos perdidos en breves plazos al consumidor, de modo que si el banco estima que la responsabilidad en el fraude fue del consumidor pues tiene que probarlo a nivel judicial.

13. Conclusiones

La responsabilidad agravada del banco por su profesionalidad es cuestión pacífica en la doctrina. La diligencia que le exigible es la de un profesional experto que, en función de su elevada especializada, debe guardar objetiva y subjetivamente la diligencia que comporta los riesgos derivados de actividad empresarial. En consecuencia, deberán juzgarse con mayor severidad sus errores. Ya no basta el mero esfuerzo, se requiere que tales esfuerzos sean idóneos,

adecuados, eficientes y conducentes conforme a la *lex artis*.

La actividad bancaria forma parte de lo que se considera como un "sistema experto", en el que el consumidor, que desconoce los detalles de su funcionamiento y se limita a realizar actos parciales del mismo, confía. Este sistema experto bancario crea una apariencia de seguridad que genera confianza. El consumidor suple el déficit informativo de tal sistema con la confianza, que se convierte en su equivalente funcional. De ella se genera la expectativa que orienta el comportamiento y guía las decisiones del consumidor. Por eso esa confianza debe ser tutelada.

El banco se encuentra mejor ubicado para identificar el riesgo de daños, gestionarlos y trasladarlos a los precios de sus servicios. Su condición de experto lo lleva a asumir los costos de precaución e incorporarlos al mercado a través de sus precios, es decir llevar a cabo lo que se denomina proceso de socialización de los costos de los daños (Franzoni) o colectivización de las pérdidas (Alpa).

La gestión de riesgos en la actividad bancaria es una obligación legal incorporada al juicio de su diligencia profesional. La verificación de la omisión o cumplimiento inadecuado de esta obligación tiene la aptitud de fundar un caso de responsabilidad civil, no como criterio de imputación objetivo, sino como parte del juicio gobernado por la culpa, un juicio ciertamente más empoderado, con más capacidad y fuerza de actuación para procurar la condena de responsabilidad al banco. En este orden de ideas, el contenido del deber de diligencia impuesto a estas empresas financieras está integrado por los postulados de la llamada *lex artis*, de donde se desprende, entre otras cosas, la obligación de gestionar los riesgos de crédito y operacionales (incluye la ciberseguridad).

La regulación de la gestión de los riesgos bancarios de la disciplina financiera debe ser reconfigurado en beneficio del consumidor. Su conocimiento y adaptación nos ofrece una oportunidad de ampliar nuestra perspectiva y realizar la tarea de *repensamiento* del Derecho Civil que nos propone De Trazegnies, abrir sus ventanas y dialogar con el resto de la sociedad, a fin de que se aproxime a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las otras ciencias sociales. Tomar en cuenta estos conceptos de la gestión de riesgos para la determinación de la responsabilidad civil de los ban-

cos es una manifestación concreta de esa visión estratégica eficiente de *repensamiento*, del conocimiento del "conjunto de la realidad" a la que el derecho debe adaptarse.

En nuestro país, la responsabilidad bancaria por los daños que se presenten en el desarrollo de su actividad, en tanto proveedora solo de servicios financieros, es subjetiva, con lo cual le son aplicables las reglas del Código Civil, y como la gran mayoría de las relaciones de consumo que entabla son de naturaleza contractual, las reglas que deben aplicarse son las de la responsabilidad contractual. Mientras nuestra legislación, la jurisprudencia y la doctrina, no considere que la bancaria es una actividad riesgosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, la culpa gobernará la responsabilidad bancaria. Ello no impide, sin embargo, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un perfil distinto al de criterio de imputación objetiva y sea visto ahora como un elemento a tomar en cuenta en el juicio de responsabilidad subjetiva.

Desde la perspectiva del consumidor, el resarcimiento que bajo el rótulo de medidas correctivas concede el Indecopi no representa una tutela integral sino apenas una parte de todo el resarcimiento que puede conceder el Poder Judicial, al punto que, en caso el consumidor padeciera daños que sobrepasan los alcances de la medida correctiva concedida por el Indecopi (daño emergente), podrá siempre reclamar los daños restantes ante el Poder Judicial. Esta dualidad, sin embargo, genera un problema de tutela porque el consumidor, que no entiende de arquitecturas jurídicas, frente a un reclamo que deba formular contra un proveedor, se encuentra condenado a tener que elegir entre una vía u otra, pues costear ambas resulta oneroso y desgastante, más aún si se trata de reclamos de poca cuantía como lo son en la gran mayoría de los casos.

Es tiempo de reflexionar sobre si, en aras de ofrecer una adecuada, rápida pero también integral tutela, debe optarse por consolidar las competencias del Indecopi y otorgarle facultades jurisdiccionales, como ocurrió por ejemplo en Colombia; o en sentido contrario, extraer de la competencia al Indecopi la facultad de juzgar actos que afecten al consumidor para consolidar la administración de justicia más completa del Poder Judicial, como ocurre en Brasil, Argentina o Chile, en los que sus órganos administrativos son más dinamizadores y

propulsores de la tutela, que toman partido por ella, y no se encuentran infectados de esa "neutralidad" propia de la curia, administrativa en este caso, que enfatiza más su vocación sancionatoria y recaudatoria que la tutelar.

Una mirada de lo que pasa en nuestros países vecinos y contrastar sus experiencias, nos pueden servir como punto de partida, países que, ofrecen una mejor tutela, pues cuentan con mejor desarrollo de la tutela supraindividual (intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos), los daños punitivos, la responsabilidad por riesgo, la inversión de carga de la prueba, la conexidad contractual, etc.

14. Referencias bibliográficas

Alpa, Guido

2004 *Derecho del consumidor*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.

2001 *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Traducción a cura de Juan Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica.

Alterini, Atilio A.

1994 "Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza" en *Themis* N° 27 y 28, Lima.

Alvarez Larrondo, Federico y Rodriguez, Gonzalo

2020 "Régimen de regulación de contratos con usuarios y consumidores", en *Derechos de los consumidores y empresas en las relaciones con las instituciones bancarias*, Erreius, Buenos Aires.

Alvergaria Costa, María.

2006 *As institucoes financeiras e a sua efetiva responsabilidade na ordem socioeconómico.* Tesis para obtener el grado de Magister en Derecho de la Empresa. Nova Lima. Facultad de Derecho Milton Campos.

Anelli, Franco

2003 "La responsabilidad resarcitoria de la banca por ilícitos cometidos en el otorgamiento de crédito". En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia.* Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

Aramburo Calle, Maximiliano.

2008 "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Vol. 38, N° 108.

Banco Central de Brasil

2009 *La banca sin sucursales y la protección del consumidor en Brasil*, Extraído de:

https://www.cgap.org/sites/default/files/CGAP-Branchless-Banking-and-Consumer-Protection-in-Brazil-Dec-2009-Spanish.pdf

Bergel, Yolanda

2012 El caso Lehman Brothers en la jurisprudencia española. Alcance de la responsabilidad de las entidades bancarias y de las empresas de servicios de inversión, RDBB N° 128. Extraído de:

https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/255c5add-d8a4-47b0-9528-4467b23fb7ad/content

Baena Cárdenas, Luis.

2013 *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Betancourt Cardona, Guillermo.

2014 "Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor", en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 141-166. Extraído de:

https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3997/4396

Biagosch, Zenón.

2007 "El camino hacia Basilea II". En: *Riesgo Operacional CEO Argentina*. Extraído de:

http://www.riesgooperacional.com/docs/14%20%20CEO_RiesgoOperacional02.

Castilla, Manuel

2015 Gobierno De Las Fundaciones Bancarias y Estabilidad del Sistema Financiero, en https://www.marcialpons.es/libros/gobierno-de-las-fundaciones-bancarias-y-estabilidad-del-sistema-financiero/9788490452868/

Campos Bermudez, José Antonio

2018 *"La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de los riesgos típicos de su actividad. Daños en las compras financiadas en planos y en las operaciones por internet (phishing)*", Instituto Pacífico, Lima.

Chamatrópulos, Pablo

2008 *Defensa del consumidor en Argentina: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales*. Extraído de:

https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05455.pdf

Chaves De Farias, Cristiano, Rosenvald, Nelson y Braga Felipe Peixoto.

2022 *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. 9 ed. atual. e amp. São Paulo: Editora Jus Podvim, pp.1018 e 1019.

D'amico, Giovanni

2015 Contribución a la Teoría de la Responsabilidad Contractual. Lima: Legales Instituto.

De Avila E Silva Sampaio, Marília

2023 *Responsabilidade civil das instituições financeiras nas fraudes eletrônicas.* Extraído de:

https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2023/responsabilidade-civil-das-instituicoes-financeiras-nas-fraudes-eletronicas.

De Trazegnies, Fernando

2004 "El Código Civil de 1984: ¿Vejez prematura o prematura declaración de vejez? Reflexiones a propósito del papel del contrato en la construcción de un orden social libre", *Themis*, Lima, Nº 49.

1991 "El Derecho Civil ante la Post-Modernidad", *Derecho*. Lima, Nº 45.

Delgado Suarez, Christian

2021 "Sombras y luces de la tutela colectiva en el proceso civil peruano", en Sérgio Cruz Arenhart y Marco Félix Jobim (Organizadores) *Processos Estruturais*, 3era edição, revista, actualizada e ampliada, Editora JusPodivm.

Delgado Zegarra, Jaime,

2022 *Origen y desarrollo del Derecho del Consumidor en el Perú*, entrevista de Ius 360, 26 de agosto de Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=qdDlcZ7igHA

Didier, Fredie Jr. y Zaneti, Hermes Jr.

2019 *Proceso Colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, Palestra 2019, pp. 70-75.

Duarte, Danny Moreira.

2018 *La Aplicación del Código de Protección al Consumidor a las Instituciones Financieras, Acción Directa de Inconstitucionalidad 2591*. Jusbrasil 2018. Extraído de:

https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-aplicacao-do-codi-

go-de-defesa-do-consumidor-as-instituicoes-financeiras/584711001#_ftn1.

Espinoza Espinoza, Juan

2021 *Derecho de los Consumidores*. Tercera Edición, Lima: Instituto Pacífico.

2012 *Derecho de los consumidores*. Segunda Edición. Lima: Editorial Rodhas.

2007 *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Quinta Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Fernandez Cruz, Gastón

2004 "El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias". En: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en Memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima: Grijley.

1997 "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad". En: *Derecho Civil Patrimonial*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Fortes, Pedro Rubim Borges

2022 "La experiencia brasileña con el daño moral colectivo: una reflexión comparada para una audiencia latinoamericana", en *Latin american legal studies*, Vol.10, N°1, Santiago. Extraído de:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-91122022000100058#fn56

Franzoni, Massimo

2009 "La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones". En: *Responsabilidad Civil Contemporánea*, Lima: Ara Editores.

Fukuyama, Francis.

1996 Confianza, (Trus): las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad, Atlántida, Buenos Aires.

Gerscovich, Carlos Gustavo y otros

2003 "Marcos del derecho bancario y financiero". En: *Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia.* Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L. Villela Editor.

Giddens, Anthony.

1994 *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza.

Gonzales Briceño, Álvaro

2000 "Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de

la función de intermediación financiera". *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, Nº 24

IUS TEL. Diario del Derecho.

2013 Se decreta la responsabilidad de la entidad bancaria que ejecutó la orden de devolución recibida de la Tesorería de la Seguridad Social de las pensiones abonadas al beneficiario. Extraído de;

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1115793).

Jimenez Rodriguez, Enrique y José Martín Martín.

2005 "El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional", *Universia Businee Review*.

Leon Hilario, Leysser

2024 "Common law vs. Civil law. La competencia entre ordenamientos jurídicos. ¡Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rosas!, Foro Jurídico.

2017 *La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: Instituto Pacífico, tercera edición corregida y aumentada.

Lorenzetti, Ricardo

2003 *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

2001 *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales.* Lima: Palestra.

2000 "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza". *Revista de Direito do Consumidor*, Sao Pablo, Nº 350, Revista dos Tribunais.

Manrique Nieto, Carlos

2007 "La moderna concepción de la Buena Fe Objetiva como regla universal para los contratos", *Revista de Derecho Privado*, Universidad de Los Andes, N° 38.

Mariño Lopez, Andrés.

2004 *Responsabilidad por utilización indebida de Tarjetas de Crédito*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Martí Martí, Joaquín.

2009 *La responsabilidad civil del Abogado, del Procurador y de sus sociedades profesionales,* Barcelona: Bosch Editor.

Martinez Medrano, Gabriel.

2005 "Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea", *Revista de*

Derecho Informático, Alfa–Redi. N° 80.

Merino Acuña, Roger

2016 *Justicia social y economía en la Teoría del Derecho. Las intersecciones entre el Derecho, la Economía y la Política*. Lima: Palestra.

Monateri, Pier Giuseppe

2004 "Reformulando la noción de Contrato: Hacia una visión antagónica del Contrato", *Themis*, Lima, Año 49.

Muiño, Orlando.

2011 "Actividad bancaria y derecho del consumidor", *Revista In Iure*, La Rioja, Año 1, Vol. 2.

Oliveira, Guilherme

2017 *30 años de la Constitución Ciudadana*, de la Agencia Senado. Senado Federal. 05.10.2017 Extraído de:

https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2017/10/30-anos-da-constituicao-cidada

Oliveira Lima, Hiann y Schlang Alves, Sérgio Emílio

2020 La responsabilidad civil de los bancos en las relaciones de consumo: carácter punitivo y pedagógico de las indemnizaciones y compensaciones. Extraído de: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2649/1/TC-CHIANNLIMA.pdf

Ordoqui Castilla, Gustavo

2014 *Abuso de Derecho. En Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Lima: Legales Ediciones.

Pérez Ramírez, J. y Calvo González-Vallinas

2007 *Instrumentos financieros: Análisis y valoración con una perspectiva bancaria y de información financiera internacional*. Pirámide, Madrid.

Priori Posada, Giovanni.

2024 "Los desafíos de la tutela colectiva en el Perú", en *Los procesos colectivos en debate*, Palestra Editores, Lima 2024, p. 439 y sgtes.

Rodriguez Norberto y Claudio Corbetta

2007 "La administración del riesgo operacional. Más allá del requerimiento regulatorio", CEO Argentina. Responsabilidad Social Corporativa. Año 3. Edición Especial.

Roppo, Vincenzo.

2024 ¿Una parte general o dos partes generales?, Revista de Dere-

cho Privado, Universidad Externado de Colombia, Nº 46.

Schiesaro, Diego Angelo

2016 "El contrato asimétrico", traducción de Ricardo Geldres, *Actualidad Civil*, Lima, N° 22.

SERNAC

2024 Servicio Nacional del Consumidor

https://www.sernac.cl/portal/617/w3-channel.html

Shina, Fernando.

2024 ¡Pero…, el contrato paritario también es un método de prestar el consentimiento¡, Rubinzal-Culzoni, RC D 415/2024. Extraído del portal de LinkedIn del autor.

Soares, Flaviana Rampazzo

2022 Dever de cuidado e responsabilidade das instituições financeiras. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. Iberc. Foco, p. 413.

Superior Tribunal de Justicia,

2015 *El STJ y los 25 años del Código de Protección al Consumidor*. Extraído de:

https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-03-15_08-00_O-STJ-e-os-25-anos-do-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor.aspx.

Velásquez, Raffo

2020 El Indecopi como organismo constitucional autónomo: razones sobre el proyecto de modificación constitucional, *Themis*, N° 78, julio-diciembre. pp. 91-115.

Vitorelli, Edilson

2024 "El proceso colectivo y el rol del Ministerio Público: pasado, presente y futuro", en *Los procesos colectivos en debate*, pp. 67-90.

Weingarten, Clelia

2020 *El principio de confianza en el código civil y comercial*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires.

Zunzunegui, Fernando

2013 "Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos", *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid.