



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO
RUIZ GALLO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CIVIL Y COMERCIAL



TESIS

Análisis de la responsabilidad civil de los bancos por el riesgo de
Phishing - Chiclayo 2018.

Presentada para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho
con Mención en Derecho Civil y Comercial

Autor:

Lluen Gonzales Yoni Javier

ASESOR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez

Lambayeque - 2023

Análisis de la responsabilidad civil de los bancos por el riesgo de Phishing - Chiclayo 2018.



Yoni Javier Lluen Gonzales
Autor



Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
Asesor

Tesis presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de **Maestro en Derecho con mención en Derecho civil y comercial.**

Aprobado por:



Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez
Presidente



Dr. Juan Manuel Rivera Paredes
Secretario



Dr. Carlos Manuel Cevallos de Barrenechea
Vocal

DEDICATORIA

Agradezco a Dios, y a mi familia, en especial a mi madre Irma que su presencia aún perdura en mis pensamientos y corazón.

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que me
incentivaron el deseo de superación,
en especial al Dr. Miguel Arana Cortez
por sus enseñanzas.

INFORME

INFORME DE ORIGINALIDAD

13%

INDICE DE SIMILITUD

13%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

5%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	www.cccabogados.pe Fuente de Internet	5%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
3	repositorio.uss.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	Submitted to Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo Trabajo del estudiante	1%
5	vsip.info Fuente de Internet	<1%
6	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	<1%
7	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	<1%
8	www.slideshare.net Fuente de Internet	<1%
9	campusvirtual.up.edu.pe Fuente de Internet	


Miguel Arcángel Arana Cortez.
DNI N° 19222634

ANEXO 01

CONSTANCIA DE VERIFICACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo, Miguel Arcángel Arana Cortez usuario revisor del documento titulado:
« ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS
BANCOS POR EL RIESGO DE PHISHING - CHICLAYO 2018 »

Cuyo autor es, Yoni Javier Lluen Gonzales

Identificado con documento nacional de identidad 45201801, declaro que la evaluación realizada por el programa informático ha arrojado un porcentaje de similitud de 13 %, verificable en el Resumen de Reporte automatizado de similitudes que se acompaña.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas dentro del porcentaje de similitud permitido no constituyen plagio, y que el documento cumple con la integridad científica y con las normas para el uso de citas y referencias establecidas en los protocolos respectivos.

Se cumple con adjuntar el Recibo Digital a efectos de la trazabilidad respectiva del proceso.

Lambayeque, ____ de _____ del 2023



Miguel Arcángel Arana Cortez.
DNI N° 19222634

ASESOR

 UNPRG	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 11 a.m. del miércoles 14 de junio de 2023, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°743 – 2018 de fecha 12 de junio de 2018, conformado por:

Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ	Presidente
Mg. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES	Secretario
Mg. CARLOS MANUEL CEVALLOS DE BARRENECHEA	Vocal
Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ	Asesor

Para evaluar el informe de tesis del tesista YONI JAVIER LLUEN GONZALES, candidato a optar el grado de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL, con la tesis titulada "ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR EL RIESGO DE PHISHING - CHICLAYO 2018".

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°511-2023-EPG de fecha 31 de mayo de 2023, que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole cuarenta minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con diecisiete puntos,

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UJ- EPG - UNPRG	Actualización:
--------------------------	-----------------------------	----------------

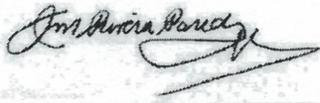
 UNPRG	ESCUELA DE POSGRADO <i>M.Sc. Francis Villena Rodríguez</i>	Versión:	01
		Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	<u>FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

equivalente a **BUENO**, quedando el candidato apto para optar el Grado de **MAESTRO EN DERECHO CON MENCION EN CIVIL Y COMERCIAL**.

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

Siendo las doce y veinticuatro p.m. se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.


Dr. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ
 PRESIDENTE


Mg. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
 SECRETARIO


Mg. CARLOS MANUEL CEVALLOS DE BARRENECHEA
 VOCAL


Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ
 ASESOR

RESUMEN

Cuando se habla de los fraudes más complicados, numerosos y peligrosos que se realizan de forma virtual, el phishing sale a relucir, esta modalidad es una de las más usadas por la industria bancaria. En cuanto a su terminología, se sabe que proviene del inglés fishing (que significa pesca), esta denominación se debe al fin con el que se realiza, donde se espera que “la víctima muerda el anzuelo”. Así pues, se inicia hurtando la autenticación digital con fines ilícitos para favorecer a un tercero quien envía un mensaje e-mail a nombre de la entidad bancaria solicitando a uno de sus clientes que actualice su información, coaccionando a que lo haga, sino se procederá con la desactivación de la cuenta; en algunos casos se envía un supuesto beneficio o regalo, y para ello solicitan que el usuario ingrese información muy personal donde se incluyen claves o contraseñas. El desconocimiento o el mal manejo de este tema puede ocasionar que se perpetúe este delito cibernético, así pues, cuando el cliente ya ha registrado sus datos, los fondos que posee en su cuenta son trasladados a otras cuentas terceras, las cuales pertenecen a los famosos “muleros”; o de lo contrario, se empiezan a realizar compras masivas virtuales o haciendo que se cargue el monto a la misma tarjeta. Por ello, es necesario no solo identificar el proceso de hurto de la identificación digital, sino implementar herramientas que ayuden a neutralizar este mecanismo; sobre todo, que sean eficientes y oportunas, para evitar que los facinerosos vacíen o dispongan de las cuentas que hurtaron.

Palabras claves: Phishing, responsabilidad civil, responsabilidad de los bancos

ABSTRACT

When talking about the most complicated, numerous, and dangerous virtual frauds, phishing comes to light, as it is one of the most commonly used modalities by the banking industry. As for its terminology, it is known to come from the English word "fishing," which refers to the end goal of the fraud, where the victim is expected to "bite the hook." Thus, the fraud begins by stealing digital authentication for illicit purposes to benefit a third party who sends an email message on behalf of the bank requesting that one of its customers update their information, coercing them to do so, or else their account will be deactivated. In some cases, a supposed benefit or gift is sent, and personal information is requested, including passwords or access codes. Lack of knowledge or mishandling of this issue can perpetuate this cybercrime, whereby once the customer has registered their data, the funds in their account are transferred to third-party accounts belonging to so-called "mules." Otherwise, mass virtual purchases are made or the amount is charged to the same card. Therefore, it is necessary not only to identify the process of stealing digital identification but also to implement tools that help neutralize this mechanism, especially ones that are efficient and timely to prevent criminals from emptying or disposing of the accounts they have stolen.

Keywords: *Phishing, civil liability, bank responsibility*

Índice

DEDICATORIA	3
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	12
1. Realidad problemática	12
2. Planteamiento del problema	13
3. La formulación del problema de investigación	15
4. La justificación e importancia de la Investigación	15
5. Objetivos:	16
6. La Hipótesis	17
7. Variables y Operacionalización	18
8. Tipo y diseño de investigación	19
9. Población y Muestra	19
10. Métodos para la recolección de datos	21
11. Técnicas de recolección de datos	22
12. Análisis estadísticos e interpretación de datos	22
CAPITULO II: MARCO TEORICO	23
I. Antecedentes del problema	23
II. Base teórica	25
2.1. El Phishing como riesgo en las actividades bancarias	30

2.1.1 El phishing es uno de los riesgos operacionales típicos de la actividad bancaria.....	30
2.1.2. La banca por Internet.....	31
2.1.3. La “solución” del Indecopi	32
2.1.4 Reducción de la "realidad" debido al acuerdo de adhesión y su ajuste por la buena fe.....	37
2.1.5 Los phisher no son los terceros en que se ampara el banco para responsabilizar al consumidor.....	38
2.1.6 La visión del Indecopi sobre este típico riesgo bancario.....	39
2.1.7. La obligación legal bancaria de gestionar el riesgo de phishing	41
2.1.8 ¿Tiene el banco una obligación de custodia ex recepto?	43
2.2. La Responsabilidad civil de los bancos	45
2.2.1 La responsabilidad habitual de las instituciones financieras para la protección del consumidor.....	45
2.2.2 Responsabilidades profesionales de las entidades financieras	48
2.2.3 La responsabilidad agravada del experto en la actividad. La lex artis.....	49
2.2.4 La responsabilidad bancaria por servicio defectuoso	52
2.2.5 Riesgos en el sector de servicios financieros y justificación de la regulación estatal.....	55
2.2.6 Antecedentes del tratamiento de los riesgos bancarios.....	56
2.2.7 Los riesgos bancarios típicos	57
2.2.8 El riesgo operacional y su importancia	58
2.2.9 Fuentes o factores de riesgo operacional.....	59
2.2.10 El riesgo de crédito.....	61
2.2.11 El riesgo socio ambiental y la responsabilidad civil de los bancos	61
2.2.12 La obligación legal bancaria de gestionar los riesgos de su actividad	63

2.213 Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil.....	64
CAPITULO III.....	67
Análisis y discusión de los resultados.....	67
3.1. Resultados de las tablas y figuras.....	67
3.2 Discusión y contrastación de hipótesis.....	75
CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	82
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

INTRODUCCIÓN

La actual investigación pretende examinar el método del hurto sistemático como es el Phishing para un mejoramiento de los métodos de protección en contra de los peligros masivos que vulnera y perjudican tanto a la industria bancaria como a sus clientes, por ello, las casas financieras en el ejercicio de sus funciones u operaciones activas, pasivas y equitativas, generan peligros que pueden impactar de una manera relevante que afectaría el bienestar social y económicas de todos los clientes o personas que utilicen estas operaciones bancarias, incluso se podrían perder de forma completa todos los ahorros o entradas que se hayan acumulado en la cuenta bancaria.

A ciencia cierta se sabe que es natural que hoy en día toda empresa u organización mercantil pretende elevar sus dividendos, sin embargo, es de tener en cuenta que podría ser todo lo contrario, según la experiencia de los últimos años de los usuarios. En razón a ello, el Gobierno debe tomar atención, mejorar la normatividad y adecuar nuevas herramientas que ayuden a que las instituciones financieras operen con transparencia, seguridad y mantengan a salvo los datos de sus usuarios, sin poner en riesgo cualquiera de sus operaciones. Como se sabe, los bancos presentan numerosos riesgos, por la misma actividad que realizan, en base a ello se reafirma la necesidad de tener una buena gestión, sobre todo que esta sea segura para no menoscabar de ningún modo la capital o el saldo de ahorros que posea uno de sus clientes.

La peligrosidad de toda actividad mucho más la bancaria ya que su principal elemento es el dinero, pueden generar múltiples daños ya que hoy en día las casuísticas han aumentado considerablemente; estas actividades superan incluso a las modalidades antiguas para delinquir, pasando al espacio virtual. Lo que pone en riesgo usualmente las operaciones bancarias son las modalidades de robo, estafa o hurto, Estos delitos como el hurto, los robos, las estafas son un constante riesgo de la actividad bancaria, por ello corresponde implementar nuevas gestiones que brinden seguridad y que prevengan de alguna forma, cualquier menoscabo a sus usuarios. Por ejemplo, la banca de la misma institución financiera debe estar alerta de estos mecanismos, para que así pueda

gestionar correctamente las actividades de prevención y actuar con mayor agilidad, en caso de presentarse algún riesgo.

CAPITULO I: ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. Realidad problemática.

La investigación se enfoca en varios aspectos, como, por ejemplo: la identificación de quién es responsable de asumir el riesgo en una transacción financiera realizada de forma virtual, la forma en que se constata la efectividad de las herramientas de seguridad de las instituciones financieras, la decisión de un posible análisis de sistema y recurrir a nuevas opciones en caso esta modalidad de fraude se convierta en algo cotidiano, entre otros temas abordados.

Cuando se habla de los fraudes más complicados, numerosos y peligrosos que se realizan de forma virtual, el phishing sale a relucir, esta modalidad es una de las más usadas por la industria bancaria. En cuanto a su terminología, se sabe que proviene del inglés fishing (que significa pesca), esta denominación se debe al fin con el que se realiza donde se espera que “la víctima muerda el anzuelo”. Así pues, se inicia hurtando la autenticación digital con fines ilícitos para favorecer a un tercero quien envía un mensaje e-mail a nombre de la entidad bancaria solicitando a uno de sus clientes que actualice su información, coaccionando a que lo haga, sino se procederá con la desactivación de la cuenta; en algunos casos se envía un supuesto beneficio o regalo, y para ello solicitan que el usuario ingrese información muy personal donde se incluyen claves o contraseñas.

Con esta modalidad, es que crean un aspecto verdadero del lugar que envía el correo, y la persona burlada procede a ingresar al enlace, para luego registrar toda su información personal, incluyendo sus códigos y contraseñas. Dicha información será recibida por el embaucador de dicha organización. Así pues, existe dos maneras de usar el ciberespacio para cometer este delito: en primera, mediante lo que conocemos como atención al cliente o también denominada “banca en línea”, de tal forma que cualquier saldo que posea la víctima es trasladado a terceros, los cuales también apoyan a estos

facinerosos; y la segunda, tiene que ver con la acción de realizar cualquier pago se servicio o alguna adquisición de forma virtual, donde se selecciona que el saldo sea cobrado en las tarjetas bancarias de las víctimas, pudiendo ser estas de crédito o bien, de débito.

Cuando se realizan estas acciones y la víctima toma conocimiento, procede indudablemente a reportar dicho fraude a su institución financiera, quien de forma pronta realizan el bloqueo de dicha tarjeta. De igual forma, esta situación puede variar acorde a la atención que brinde el soporte del banco, muchos de ellos se dan con la sorpresa al verificar el saldo disponible o al recibir los estados de cuenta o cuando es el mismo banco quien informa de acciones que les resulte sospechosas.

2. Planteamiento del problema

La dificultad aquí es que cuando los usuarios toman conocimiento de estas acciones fraudulentas, el saldo o ahorro que tenían en sus cuentas ya ha sido retirado o ya se ha tomado la mayoría del dinero. Como se indica, el banco posterior a la identificación de estas acciones, procede a bloquear dichas tarjetas, sin embargo, el daño patrimonial ya está efectuado, quedando el cliente sin dicho saldo.

En relación a la Encuesta Global N° 19 sobre Protección de Datos (Ernst & Young), este delito es uno de los que diariamente se encuentra en alza, debido a que en el año 2014 se tenía un porcentaje de 39% y para el año siguiente subió a 44%, siendo que el año 2016 llegó hasta un 51°. La incidencia se da en los países de América Latina y, sobre todo, en nuestro país, de tal forma que a nivel mundial estas acciones se dan hasta en un 20% de los demás delitos. (El comercio, 2018).

Haciendo un recuento sobre peligros financieros en América Latina y que se hayan hecho de forma virtual, existe un porcentaje de 98.5%; esto hacer suponer que dicha problemática es de gran dimensión. Si

bien, los facinerosos cometían estos robos en los lugares de mayor manejo de dinero, ahora estas acciones son cometidas de forma virtual y sin complejidad alguna, siendo el *phishing* una de sus modalidades preferidas. Según la opinión de un representante de seguridad de estas casas monetarias, estas nuevas acciones encuentran origen en el avance tecnológico que existe en diversos países, reafirmando que es un delito del que debemos preocuparnos.

La relevancia en cuanto a protección normativa para estas acciones se ve reflejada en las cifras actuales, según informes de Indecopi se tiene que, desde el cuarto mes del año 2016 al tercer mes del año 2017, existe alrededor de 59 217 reclamos, de los cuales un porcentaje de 53,35% proviene de acciones crediticias, y la mayoría fueron realizadas con una tarjeta de crédito ocasionando variados consumos desconocidos. (Gestión, 2016)

Singularmente, la gestión de los bancos debe ser expresada en dos tiempos. La primera, de forma anterior cuando se trate de algún derecho de los usuarios, por ejemplo, cuando requieren alguna información necesaria. (Art. V.3, Art. 1° y 2° del Código de Consumo y Art. 1362° del C.C), acerca de los peligros que se puede hallar dentro de su plataforma de atención o de la banca electrónica, más aún cuando sus usuarios son personas que desconocen los usos del mundo virtual. Como se sabe, estos bancos prefieren incidir mayormente en publicidad de elegir su plataforma, que en advertir sobre los peligros que existen en ellas. A esto se le conoce como idoneidad *ex ante*.

Por otro lado, la idoneidad *ex post* abarca lo relacionado a prevención y control implementando algún tipo de parámetro donde la SBS también interviene. De esta forma, los bancos deben asumir la responsabilidad de proteger la información y el saldo de sus usuarios, por ello, deben tomarse en serio la protección de seguridad añadiendo nuevas herramientas de prevención. El *phishing* es un modelo muy usual en cuanto a fraude, por ello, según la normativa los bancos

deben realizar un monitoreo permanente e implementar mecanismos eficientes.

Según lo indicado, el procedimiento en estos casos del banco es proceder al bloqueo, sin embargo, ya es tarde para recuperar algo de lo saqueado por estos facinerosos virtuales. Este desatino del banco en cuanto a detección y prevención confirma que sus herramientas son deficientes. Por tal razón, deben cuidar su sistema de protección, invirtiendo en nuevos mecanismos de prevención. Si bien la normativa, indica que este sistema no se necesita una demostración que la causa sea extraordinaria, inadvertida e irresistible, acorde a los Arts. 1315° y 1314° del C.C, solamente las disposiciones de adhesión sobre riesgo de los consumidores.

3. La formulación del problema de investigación.

¿Las entidades bancarias deberían tener responsabilidad civil por el daño patrimonial causado a sus clientes cuando se configure un fraude electrónico bajo la modalidad de *phishing*?

4. La justificación e importancia de la Investigación.

En cuanto a justificación, el *phishing* es una de las modalidades más complicadas cuando se habla de fraudes, asimismo, una de las más peligrosas para las instituciones financieras, que como se ha mencionado consiste en apropiarse de forma engañosa de la identificación de un usuario para realizar acciones virtuales, trasladando el saldo a terceras cuentas o realizando diversas compras de objetos, con la tarjeta de las víctimas. Es así que, cuando algún usuario realice alguna queja deben aplicarse las herramientas de seguridad, donde primero se proceda con el bloqueo de la tarjeta y seguidamente un análisis de las acciones que se han realizado y que el mismo usuario no reconoce. Al final, es que el mismo banco

desconoce estas operaciones. Por otro lado, según Indecopi, los mecanismos en cuanto a protección de datos deben ir de la mano con los reportes virtuales, con el cambio de claves y además, las contraseñas.

De otra manera, es necesario acotar que, la averiguación es relevante para analizar cómo se da esta modalidad, la cual se considera un riesgo usual en las acciones bancarias, que a su vez, ocasionan problemas en las plataformas de los mismos bancos. Por tal razón, corresponde realizar una buena gestión y así evitar consecuencias negativas en los fondos de los usuarios o consumidores.

Por su parte, Indecopi considera que este delito es un riesgo en cuanto a acciones financieras. Sin embargo, sus resoluciones carecen de una investigación de la realidad y los peligros que pueden derivarse. Por ello, no es del todo eficiente, ya que, de algún modo si se llega a verificar que se ingresaron las contraseñas, la misma institución considera que la acción fue efectuada por el mismo usuario, por lo cual, procede a indicar que es culpa del mismo cliente por permitir acceso a sus claves, culpándolos de la misma negligencia.

Actualizando pues esta denominación, y en base a la normativa de Italia, discurrimos que existe alguna posibilidad de una responsabilidad de resguardo *ex recepto* de la misma institución bancaria sobre los saldos que han depositado los usuarios. Por tanto, es el mismo banco quien debería probar cuáles son las razones de esta modalidad y la no imputabilidad de su ocurrencia; dicho de otra forma, que no puede impedirse por ser sorprendente, inadvertido e invencible. La misma institución financiera podrá redimirse con la denominada “prueba efectiva” de que la situación se debe a otra de iguales características.

5. Objetivos:

Objetivo general.

Determinar si las entidades bancarias deberían tener responsabilidad civil por el daño patrimonial causado a sus clientes cuando se configure un fraude electrónico bajo la modalidad de *phishing*

Objetivos específicos.

- a. Analizar la responsabilidad civil de las entidades financieras, en relación al riesgo de las actividades que realizan.
- b. Delimitar cuales son los casos de fraudes electrónicos bajo la modalidad *phishing*.
- c. Proponer un proyecto de Ley que regule la responsabilidad de los bancos en función al *phishing* en la Ley General de Banca y Seguros.

6. La Hipótesis.

Si, las entidades bancarias deberían tener responsabilidad civil por el daño patrimonial causado a sus clientes cuando se configure un fraude electrónico bajo la modalidad de *phishing*, entonces lo bancos deberían adoptar medidas de seguridad adecuada ya que deben asumir la responsabilidad por el riesgo creado.

7. Variables y Operacionalización

VARIABLES	DIMENSIONES	SUB INDICADORES	INDICES	TECNICA
VARIABLE INDEPENDIENTE: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS	Responsabilidad civil objetiva Responsabilidad civil subjetiva	Código civil Ley general de Banca y Seguros	1 2 3 4 5	Encuesta Cuestionario
VARIABLE DEPENDIENTE: EL PHISHING	Fraude electrónico Delito informático	Código Penal	6 7 8 9 10	Encuesta Cuestionario

8. Tipo y diseño de investigación.

Se empleará el método científico, el cual implica recrear en el laboratorio lo que está analizando y describir minuciosamente cualquier aspecto y dimensión. Posterior a ello, según el asunto de ensimismamiento científico, que implica un estudio estricto de laboratorio, se intentará identificar las causas lógicas subyacentes al problema objeto de la investigación, con el fin de que se demuestre la hipótesis inicial

9. Población y Muestra

Población

Viene a ser un grupo de personas, las cuales participarán en la investigación, así pues, se constituye de aquellos denominados **responsables**, conformados por Abogados especialistas en derecho Civil.

Tabla N° 01: Reseñas de los participantes según la función que realizan

	N°	%
Abogados Civil.	2474	100%
Total de informantes	2474	100%

Fuente: Propia de la Investigación.

Muestra

En cuanto a la población, está representada por los especialistas en derechos civiles (abogados).

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Dónde:

n = Muestra

(N) = 2474 "Población total"

(p)(q) = 0.1275 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.05 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (2474) (0.1275)}{(1.96)^2 (0.1275) + (0.05)^2 (2474-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416) (2474) (0.1275)}{(3.8416) (0.1275) + (0.0025) (2473)} \Rightarrow n = \frac{1,211.775096}{(0.489804) + (6.1825)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{1,211.775096}{6.672304} \Rightarrow n = 181.612 \Rightarrow n = 182$$

10. Métodos para la recolección de datos.

Métodos Lógicos.

a. Método deductivo - inductivo.

Esta metodología se usa por cuanto dura la investigación, teniendo en cuenta elementos como la doctrina, la jurisprudencia, los mismos artículos, la normativa del país y la de nivel internacional.

b. Método analítico- sintético.

A través de esta metodología, la etapa inicial se desarrolla interpretando la información compilada, que puede abarcar doctrinas, normativas, casos legales, las cuales han contribuido para distinguir puntos importantes y se ha utilizado para crear una realidad del problema, la relevancia y la justificación, sin dejar de lado la hipótesis inicial.

Esto mismo ha servido para realizar la síntesis de información relevante, a partir de las encuestas aplicadas a los operadores jurídicos expertos en materia civil, con el propósito de enumerar los resultados, terminaciones, comisiones y la sinopsis de la actual investigación.

c. Método Histórico.

Consiste en ejecutar la indagación de antecedentes relacionados al tema, que pueden ser de tesis sobre el tema, artículos, ensayos e incluso en revista expertas.

Métodos Jurídicos.

a. Método doctrinario.

Es usado para escoger información que tenga base de otras doctrinas u opiniones de otros autores sobre el tema indicado, los cuales pueden ser de nuestro país o variar de otros países.

b. Método hermenéutico.

Con esta metodología se intenta realizar una interpretación a la Carta Magna, así como al C.C, los cuales se relacionan de forma directa con el actual estudio.

d. Método exegético.

Ya que se realizó la indagación de aquellos artículos que resultasen acordes al tema.

11. Técnicas de recolección de datos.

La encuesta

Esta técnica sirve para manipular, con el propósito de tener distinciones en cuanto a pues, se considera una población a dicho conjunto de personas. Tal es así que, Su objetivo es extraer información sobre opiniones y conocimientos, para lo cual se utiliza un instrumento llamado cuestionario, que es un listado de preguntas.

Análisis documental

Esta forma de investigación, propicia diversas acciones científicas como describir y representar los objetos de forma conjunta para darle solución a la problemática, acorde a los objetivos.

12. Análisis estadísticos e interpretación de datos.

Presentación de Datos. – Para la presentación de la data, se mostrará de la siguiente manera:

- a. Los de tipo cualitativos, serán organizados en textos y codificados.
- b. Los de tipo cuantitativos, se mostrarán mediante tablas y gráficos.
- c. Además, se puede agregar imágenes y videos editados.

Procesamiento de Datos. – La estructura del procesamiento consta de:

Tabulación de datos; correspondiente a los datos que hayan resultado de un proceso de selección y distinción, los cuales serán mostrados en tarjetas, cuadros, gráficos y otros, a cada uno de ellos se les asignará un símbolo, dependiendo la estructura de la investigación, siendo añadido en los anexos del actual trabajo.

Tratamiento de datos esta misma información tabulada, será organizada según el símbolo o código dado, para luego ser analizado según la metodología explicada anteriormente.

CAPITULO II: MARCO TEORICO

1. Antecedentes del problema

Internacionales

Rodríguez A. (2013). En su investigación titulada: "*Análisis económico de la responsabilidad bancaria frente a los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo*", tesis para optar el grado de Magister de la Pontificia Universidad Javeriana, en su conclusión final nos expresa:

Sobre responsabilidad financiera, con respecto a los fraudes que se realizan de forma virtual perjudicando a los usuarios, según el modelo de lo que es la responsabilidad de tipo subjetiva y la de tipo objetiva, para luego verificar si estos son realmente eficientes, a partir de mecanismos microeconómicos.

Salas D. (2010). En su investigación titulada: "*Responsabilidad civil bancaria frente al cliente por delitos informáticos*", tesis para optar la licenciatura en derecho de la Universidad de Costa Rica, en su conclusión final, nos expresa:

Sobre la responsabilidad civil de tipo financiera en cuanto a un usuario por fraude virtual, así pues tiene como propósito determinar si existe o no, una responsabilidad por parte de la casa monetaria cuando un usuario es burlado por estos facinerosos. Así pues, se han incluido algunas otras fuentes, doctrinas que traten del tema de Responsabilidad civil, o sobre delitos en espacios virtuales, herramientas de protección, derechos de los usuarios, etc. Y, se añade investigación de campo, mediante entrevistas y cuestionarios con preguntas sobre el tema.

Nacionales

Chaparro (2017). En su investigación: "*Arrendamiento financiero y la responsabilidad extracontractual de los bancos*", para optar el grado de Magíster en Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su conclusión indica:

Luego del análisis de la doctrina se puede verificar que la Corte Suprema indica que, son los bancos quienes deben hacerse responsables ante un

menoscabo a sus usuarios, en específico por un bien objeto de Leasing, además se creará el alquiler financiero, siendo evidenciado en el alza de tasa.

Campos (2016). En su investigación: *“La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de sus riesgos en la operación económica de compra financiada de un inmueble en planos”*, para optar el grado de Magíster en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su conclusión refiere:

Aunque parezca que hay tres relaciones jurídicas distintas involucradas en la adquisición financiada de un inmueble en planos, en realidad son parte de una única relación jurídica trilateral que personifica una operación mercantil total. Estas son: el préstamo promotor entre el banco y el promotor inmobiliario para la construcción, la ganancia del bien entre el vendedor (también promotor inmobiliario) y el comprador, y el préstamo último entre el comprador y el banco que capitaliza la ganancia del bien.

Locales:

Chozo (2016). En su investigación: *“Riesgo crediticio, riesgo país y actividad económica peruana, 2011 – 2013”*, para optar el título profesional de economista de la Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, en su conclusión señala:

Durante períodos de esparcimiento económico, las instituciones financieras a nivel mundial suelen enfrentar problemas que incluyen una valoración comercial menos dura, una administración defectuosa del riesgo de la cartera y una carencia en cuanto a los cambios mercantiles que pueden poner en riesgo la modalidad de pago de los usuarios. Por ello, podrían afectar la capacidad de pago de los deudores. Por esta razón, es necesario implementar una inspección bancaria y normas más duras para prevenir riesgos bancarios cuando llegue el final del periodo expansivo.

Artaza (2017). En su investigación: *“Gestión de riesgos financieros y su incidencia en la rentabilidad de las empresas del sector bancario, distrito de San*

Isidro, año 2017”, para optar el título profesional de contador público, en su conclusión manifiesta:

El actual trabajo tiene como propósito analizar la relación entre la gestión de riesgos financieros y la rentabilidad de las empresas del sector financiero en el distrito de San Isidro durante el año 2017. Se hace relevante conocer cómo estas empresas pueden encargarse de los peligros bancarios para impedir pérdidas grandes inclusive, su quiebra. Esta sección es fundamentalmente sensible a cambios y, por lo tanto, a las inseguridades financieras. Por lo tanto, es importante que los bancos establezcan el nivel de inseguridad que pueden asumir y teniendo una gestión correcta.

2. Bases teóricas

2.1. El Phishing como riesgo en las actividades bancarias

Idoneidad de los bancos frente al phishing. La gestión de los bancos debe ser expresada en dos tiempos. La primera, de forma anterior (ex ante) cuando se trate de algún derecho de los usuarios, por ejemplo, cuando requieren alguna información necesaria. (Art. V.3, Art. 1° y 2° del Código del Consumidor y Art. 1362° del C.C), es decir, acerca de los peligros que se puede hallar dentro de su plataforma de atención o de la banca electrónica, a esto se le conoce como idoneidad ex ante. Por otro lado, la idoneidad ex post abarca lo relacionado a prevención y control, implementando algún tipo de parámetro donde la SBS también interviene. Es decir, se refiere a las medidas de seguridad que debió adoptar para detectar operaciones sospechosas que sean dirigidas a perjudicar a sus usuarios.

La obligación de informar adecuadamente, los casos que se presentan sobre esta modalidad de fraude indican que los mecanismos de estas instituciones financieras no son eficientes, puesto que no se informa de forma adecuada a sus usuarios sobre los peligros que se hallan en estos espacios virtuales. Lo cual debería cambiar, más cuando estos usuarios no tienen mucho manejo de estos espacios, dejar de preocuparse por publicidad para que usen sus plataformas y advertir de estos riesgos con mayor incidencia. Las instituciones financieras

incentivan a sus usuarios para el uso de las plataformas virtuales, sin que advierta a estos mismo sobre los peligros que acarrea y a los que están expuestos.

Por un lado, se tiene que la tecnología permite muchos avances y difusión de datos, también existe una mejora en cuanto a nuevas modalidades, que traen muchos peligros en la red, no solo para sus usuarios, sino también para las organizaciones relacionadas. En este contexto, se hace necesario contar con mayor instrucción por parte del usuario, para así evitar cuantiosos menoscabos a su patrimonio. (Haro, 2004, p. 191)

Es posible informar adecuadamente sobre los riesgos de la banca por internet, lo cual es importante considerando el nivel de publicidad que los bancos invierten en este medio. Sin embargo, los bancos no suelen hacerlo, en lugar de ello envían mensajes promoviendo la banca por internet y sus productos y servicios, sin hacer énfasis en los riesgos asociados. Tampoco suelen enviar correos electrónicos a sus clientes advirtiéndoles sobre estos riesgos. Por ello nos preguntamos: ¿el banco está en la capacidad de conocer de la existencia de estos fraudes?, ¿es legítimo indicar que este riesgo es propio de su actividad comercial?, ¿resulta necesario que la entidad financier actue para no ocurra?, ¿qué acciones realiza para prevenirlo?.

Las entidades financieras actualmente ven muy encarecido el atender por ventanilla al público, es decir, le genera mayor costo operativo el contratar personal, es por ello que opta por incentivar a sus usuarios el uso de las plataformas virtuales. Estos costos en contratar personal (solo por mencionar) le resta ganancias (utilidades). Entonces podemos observar que la entidad financiera busca sus beneficios a costa de los peligros a los que sus usuarios están expuestos, por ello nace los cuestionamientos: ¿cómo queda el consumidor frente a esto?, ¿acaso no es cierto que los usuarios estamos expuestos al peligro en usar las plataformas virtuales que las entidades bancarias ofrecen y que no invierte lo suficiente en brindas medidas de seguridad de sus plataformas? ¿será acaso que las entidades financieras invierte lo

suficiente en las medidas de seguridad de sus plataformas virtuales o también llamadas banca por internet?.

La obligación de otorgar seguridad a sus transacciones. Comencemos estableciendo la responsabilidad de los bancos en cuanto a medidas de seguridad. La Resolución S.B.S. N° 6523-2013, que aprobó el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, establece que los bancos deben garantizar la seguridad de los sistemas y aplicaciones virtuales, identificar vulnerabilidades y aplicar actualizaciones en caso de utilizar software provisto por terceros, y adoptar prácticas buscando la reducción de las vulnerabilidades de seguridad en caso de desarrollar sistemas propios. Además, el artículo 17 del reglamento establece medidas de seguridad específicas para monitorear y realizar operaciones.

Las empresas deben tener como mínimo estos mecanismos de protección:

1. Tener sistemas de monitoreo de operaciones para detectar transacciones inusuales en comparación con el comportamiento de consumo normal del usuario.
2. Establecer procedimientos adicionales para el procesamiento de alarmas generadas por el sistema de monitoreo operativo.
3. Analizar sistemáticamente la información histórica de las operaciones para identificar patrones de fraude y añadirlos al sistema de monitoreo operativo.

Todas las empresas están obligadas a implementar medidas de seguridad específicas de acuerdo a la SBS, ya sea por utilizar software de terceros o de desarrollo propio. Los bancos tienen la responsabilidad de minimizar las vulnerabilidades en sus sistemas. Esta responsabilidad debe ser consistente con la gestión de riesgos de sus operaciones, especialmente con respecto a los riesgos operativos relacionados con la tecnología de la información y el fraude externo mencionados anteriormente.

Si el phishing se produce de manera repetitiva, la ley exige que los bancos realicen un análisis del sistema e implementen las medidas de seguridad adecuadas. Normalmente, los bancos detectan este tipo de fraude y bloquean

temporalmente las tarjetas. Sin embargo, surgen preguntas como: ¿por qué los bancos tomaron la decisión de bloquear las tarjetas?, ¿cómo reconocen que estas transacciones son sospechosas?, ¿por qué no bloquean las transacciones en otras cuentas del mismo banco si ya saben que son sospechosas?, ¿el banco sabe que el fraude consiste en transferir el dinero de una cuenta a otra?. Si bien el banco conoce el tipo de fraude, su posición favorable y el no tener quejas o reclamos de los clientes ante el Indecopi o las autoridades judiciales, no los incentiva a promover medidas para prevenir estos fraudes.

Es cierto que el banco tiene un sistema que le permite bloquear las tarjetas, pero es importante preguntar por qué no lo hace antes de que las transacciones sospechosas sean completadas. Esta falta de detección temprana del mecanismo de fraude muestra una deficiencia en la gestión de riesgos operacionales del banco, como ya mencionamos anteriormente. Cualquier pérdida o daño resultante de esta deficiencia constituye una mala gestión del riesgo operacional del banco en su actividad profesional.

Es inaceptable que los sistemas de una gran empresa profesional como un banco sean tan frágiles que no se pueda detectar y prevenir el fraude a tiempo. Los bancos deben demostrar que sus sistemas de seguridad son demasiado costosos para prevenir este tipo de fraude. En términos generales, los bancos con el permiso de la autoridad de protección de los derechos del consumidor, no son intimados a demostrar que la causa le sea extraordinaria, imprevisible e irresistible, como lo obliga el artículo 1315° y 1314° del Código sustantivo, sino escuetamente se utiliza las cláusulas de adhesión que peligrosamente trasladan el riesgo hacia el usuario.

Como se mencionó anteriormente, el servicio bancario está sujeto a cláusulas generales de contratación. Esto significa que los consumidores que se adhieren a estas cláusulas tienen derecho a una interpretación favorable según el artículo 1401 del Código Civil, así como a la protección especial proporcionada por la legislación de protección al consumidor y la protección constitucional consagrada en el artículo 65. El Tribunal Constitucional ha reconocido los principios de deber especial de protección, principio pro consumidor, principio de proscripción del

abuso del derecho, principio de restitutio in integrum y principio in dubio pro consumidor en este ámbito, lo que demuestra la importancia de proteger los derechos de los consumidores en relación con los servicios bancarios.

La entidad bancaria es una corporación que comprende su negocio y reconoce que la falta de un sistema de detección de fraudes adecuado es una falla en sus procedimientos y una negligencia que terceras partes pueden aprovechar para llevar a cabo sus propios fraudes.

2.1.1. El phishing es uno de los riesgos operacionales típicos de la actividad bancaria

Citando a Campos Bermúdez, (2018), sobre la gestión de peligros crediticios y sobre otros peligros, en especial, en las operaciones bancarias, indica que esta modalidad es uno de los mayores peligros que se pueden dar en espacios virtuales, que, a su vez, origina menoscabos y pérdida de capital de sus usuarios, debido principalmente a la ineficiencia de los sistemas de protección para evitar acciones ilícitas de terceros. (Resolución SBS N° 2116-2009).

Es importante mencionar que las normas emitidas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional bancario respecto del consumidor.

Sobre los riesgos asociados a las acciones crediticias, es importante señalar que los numerosos casos que se han presentado demuestran que, en una sociedad donde prima el dinero, existe una tendencia tanto de delincuencia tradicional como de la cibernética. Robos, hurtos y estafas son algunos de los peligros que se pueden encontrar en estos casos, por ello, debe existir una gestión acorde a la condición experta de las entidades financieras, es decir, debe estar un paso adelante ante los ataques cibernéticos, y de esa forma prevenir los daños a sus usuarios.

Además, sobre el análisis que corresponde hacer a las instituciones financieras, se dice que son ellos quienes tienen la capacidad de hacerlo, sobre todo por la

relevancia de sus operaciones que manejan los usuarios, por ello, corresponde atribuirles responsabilidad cuando existen este tipo de acciones fraudulentas.

En cuanto a la experiencia que requieren los bancos, se ha dicho que son profesionales con los conocimientos técnicos para realizar sus actividades, respetando sus principios profesionales, por lo tanto, el comportamiento implica ausencia del empleo de estas mínimas preocupaciones para el desarrollo de sus actividades.

En resumen, la entidad financiera es el más capaz de detectar, gestionar y trasladar los costos de las medidas de precaución necesarias para prevenir los daños en su actividad bancaria. Al ser expertos en la materia, pueden asumir los costos de precaución y agregarlos al precio de sus servicios, lo que se conoce como "proceso de socialización de los costos de los daños" según Franzoni (2009). (p. 38)

Se hace relevante a la vez, determinar que este tipo de riesgos no solo se dan en las instituciones financieras, sino también en otros aspectos y ámbitos de la sociedad, por lo cual es tarea también de las organizaciones crear parámetros de prevención y de solución ante futuros problemas en sus actividades.

2.1.2 La banca por Internet

El avance en la tecnología no solo acarrea cosas positivas, sino que trae consigo muchos peligros y nuevas maneras de delinquir. Así pues, las instituciones financieras protegen con más ansias sus plataformas, sin embargo, donde deben incidir es en la denominada banca móvil o banca de internet, ya que es ahí donde pueden interactuar sus usuarios y realizar diversas acciones de forma virtual.

Hace mucho tiempo estas instituciones han dado la posibilidad de que sus clientes utilicen sus plataformas, inclusive pueden realizar mayor captación de usuarios, porque es más económico y eficiente. (Gestión, 2018)

Es innegable que es menos costoso realizar una operación de forma virtual, teniendo en cuenta que no se gasta dinero, ni tiempo para ir hasta el establecimiento, que a su vez cuida de que puedan sufrir algún tipo de robo.

A pesar de ello, es cuestionable la cantidad de dinero que invierten para publicidad y no para asumir mecanismos de prevención, asimismo, que no

informan de forma adecuada y clara a sus usuarios. Frente a ello, debe analizarse quién debe asumir en el caso que un usuario pierda parte de su dinero. Así pues, estas instituciones culpan a los mismos usuarios de compartir por desconocimiento sus contraseñas o claves, en cambio los usuarios le imputan la responsabilidad a la entidad financiera por lo deficiente de sus sistemas de seguridad, y por otro lado no se preocupan por brindarles información suficiente para evadir los ataques de los ciberdelincuentes. Por tanto, se entiende que es responsabilidad de los bancos asumir cualquier tipo de menoscabo que se de en cuando al desarrollo de sus actividades.

2.1.3 La “solución” del Indecopi

De las denuncias que se realizan ante esta institución se sabe que los usuarios expresan que es el banco quien no proporcionó los mecanismos correspondientes de protección como validar el patrón de estas acciones realizadas con sus tarjetas, los avisos de acciones inusuales y por último, dejar que se lleven a cabo las mismas acciones sospechosas.

Los bancos responden a estas acusaciones alegando que aplican medidas de seguridad a las tarjetas de débito o crédito del consumidor, como el bloqueo preventivo después de que se reporten operaciones no reconocidas, para evitar el uso no autorizado. Además, señalan que monitorean las transacciones en función de la línea de crédito del cliente y se basan en los contratos de "Términos y condiciones generales para el uso de las tarjetas", que establecen la responsabilidad del cliente en cuanto al uso de su tarjeta y claves secretas. Según este contrato, cualquier operación realizada con la tarjeta se considera realizada por el cliente, ya que es su responsabilidad mantener la información de su tarjeta y claves secretas bajo su cuidado, lo que exonera al banco de cualquier responsabilidad.

Indecopi, señala que el parámetro de idoneidad de la institución financiera en este tipo de transacciones vía Internet es la verificación de los mecanismos de seguridad implementados por dichas entidades, es decir, para tal verificación representativa de la “idoneidad” del banco, se tiene como erróneamente válida que, la seguridad de la operación con la digitación de los datos y claves del

cliente. Del modo que acreditados que estos fueron digitados, el Indecopi considera válida la operación.

Consecuentemente, Indecopi señala que, cuando se trate de validación de acciones de usuarios que no se reconocen, los bancos deben adjuntar los documentos donde se valide que las acciones fueron hechas usando la información del mismo usuario y utilizando sus claves dadas. En este caso, si existe una probanza, las denuncias no llegan a proceder y se determinan como infundadas. (Resolución N° 762-2010/SC2)

El banco tiene la carga de probar que las operaciones no reconocidas fueron realizadas con los datos de la tarjeta del cliente y las claves secretas correspondientes. El Indecopi ha afirmado que es el banco quien debe probar la realización de estas operaciones, ya que el cliente no puede demostrar un hecho negativo. Para hacerlo, el banco debe presentar la documentación que confirme la validez de las transacciones. (Resolución N° 270-2008/TDC-INDECOPI)

Esta es la situación, que incluso los mismos organismos superiores de Indecopi indican que los bancos no tienen responsabilidad, ya que les basta con que ellos prueben que se validaron los datos, según los informes de sus aplicaciones, que fueron hechas de forma correcta y con las contraseñas de los usuarios.

De ello se puede inferir que las herramientas que usa este organismo no favorecen a sus usuarios, por el contrario, ni siquiera llega a brindarles protección, dado que no se puede encontrar un responsable antes estas pérdidas, y eso que son las mismas instituciones financieras quienes deben prever la protección adecuada de las plataformas y operaciones que puedan realizarse dentro de ellas.

Sobre la responsabilidad de supervisar estas acciones, Indecopi señala que el propósito de esta supervisión no es que el usuario de autorización a una acción que ya se efectuó, sino que tiene que ver con prever las mismas y en el caso que se reciba una alerta, se continúe con el bloqueo de la misma tarjeta y así impedir que los facinerosos vacíen el saldo de los usuarios.

Desde una perspectiva limitada del problema, también opina esta institución que el fraude es causado por un tercero que no está relacionado con el banco. Este se aprovecha de la negligencia del usuario para obtener sus datos financieros, lo cual se mantiene fuera del alcance del banco. Por lo tanto, no se puede atribuir al banco una acción que ocurrió fuera de su inspección y seguridad.

Confirmando el desequilibrado reparto de riesgos por parte del banco en la operación, Indecopi opina que es responsabilidad del consumidor controlarlos. El usuario debe estar consciente, a través de la información que se tiene en el mercado, que el uso de tarjetas de crédito y débito implica una inseguridad y debe tener cautela, ya que terceras personas pueden utilizar su tarjeta y realizar compras con ella.

La situación es profundamente injusta ya que la posición formal que Indecopi defiende no coincide con lo que realmente pasa. En realidad, los usuarios no han realizado las actividades objeto de reclamo y por eso recurren a ellos. Si Indecopi adopta la postura de los bancos, está básicamente considerando que los múltiples clientes que han presentado reclamos están mintiendo o, en el mejor de los casos, que son indolentes por no tomar las previsiones necesarias para evitar estos daños. Ante esto, surge la pregunta de quién es el responsable de llevar a cabo la actividad, quién utiliza Internet para facilitar operaciones, y quién debe encargarse de los peligros inherentes a su actividad profesional.

Lo que Indecopi no mencionó es que los bancos están legalmente obligados a detectar patrones fraudulentos mediante el análisis sistemático de la información histórica de transacciones, e incluir estas muestras en un sistema de supervisión para que sus supervisores tomen medidas preventivas y eviten que sus sistemas informáticos se vean comprometidos. Aparentemente, los bancos están cumpliendo con esta obligación, aunque no al nivel necesario para prevenir completamente los riesgos de fraude. Esto se debe a que, según uno de los representantes más importantes de los bancos, en los últimos años han estado más enfocados en el crecimiento que en la eficiencia, y hay un trabajo pendiente en este aspecto. (Gestión, 2018)

En otras palabras, los bancos han dejado de lado la eficiencia y han puesto a los clientes en un segundo plano. Esto se puede comprobar con el artículo de El Comercio (2017) titulado: Las utilidades bancarias aumentaron un 35% hasta septiembre, lo que muestra que los bancos obtienen utilidades por encima del promedio nacional y el BCP ha mejorado un 43,5%. Si bien es bueno que el banco tenga una alta participación en el mercado, los casos de pérdidas de los consumidores por phishing son una muestra de que no han implementado seriamente mecanismos para prevenir o gestionar estas amenazas en su negocio, hay perjuicios a sus clientes por una indebida gestión de sus riesgos operacionales; y que, bajo las normas de la responsabilidad civil, la profesionalidad de su actividad, la tutela del consumidor al sistema experto que representa y la justicia, lo obliga a hacerlo.

Desconocemos reclamos judiciales contra los bancos, pero sí conocemos numerosas denuncias presentadas ante el Indecopi, que en su mayoría falla a favor de los bancos. El Indecopi comete el error de no reconocer que el phishing es un riesgo operacional típico de la actividad bancaria y culpa al cliente por su falta de cuidado, argumentando que el riesgo lo asume el cliente según lo establecido en el contrato de adhesión.

Indecopi falló a favor de los bancos en la mayoría de los casos, argumentando que el riesgo de fraude lo asume el consumidor, en virtud del contrato de afiliación suscrito con el banco, a menos que los bancos no certifiquen el fraude y demuestren que las transacciones no se realizaron desde la cuenta del consumidor (utilizando su contraseña) o cuando el retiro se realiza después de que el consumidor comunica a la entidad financiera el bloqueo de la cuenta. Algunos de estos casos han sido judicializados por los bancos buscando la anulación de las resoluciones del Indecopi. En un caso específico - la *Sentencia del Exp. N.º 669-2008* - el Scotiabank presentó una demanda que fue declarada infundada por la 8va. Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Empresas en una sentencia emitida el 24.04.14, indicando lo siguiente:

SÉPTIMO: Ahora bien, la reducción del riesgo de uso fraudulento de la tarjeta de crédito o de débito, es necesaria para la consolidación del sistema financiero. Para lo cual resulta indispensable que se den medidas de seguridad eficientes y eficaces, que vayan de acuerdo con la realidad y los cambios tecnológicos, para que cumplan con los objetivos que son por un lado la reducción de usos no autorizados o fraudulentos de las tarjetas en mención, y por el otro la protección al consumidor.

Para reducir el uso no autorizado o el fraude de tarjetas de crédito y débito, las instituciones financieras deben implementar sistemas de monitoreo de transacciones proactivas y procesos adicionales para detectar patrones de fraude, y así prevenir o tratar el fraude con mecanismos mejorados y verificaciones adicionales. El objetivo principal es que, dado que los usuarios no pueden determinar su consumo en tiempo real, las instituciones financieras deben ser estrictas al momento de autorizar las transacciones realizadas por sus clientes.

De acuerdo a la sentencia *del Exp. N.º 669-2008 manifiesta lo siguiente:*

NOVENO: Tanto más cuando, los trasgresores dedicados a estas actividades (clonación de tarjetas de crédito o débito), toma los datos en los POS, dispositivos inalámbricos que cuentan con un sistema informático para la transferencia de datos a un procesador y que se almacenan, se tornan cada vez más sofisticados, de forma tal que se crean nuevas formas de acceder a los datos de los usuarios de las mismas, incluyendo su clave secreta.

Los argumentos presentados por la demandante no son válidos, ya que se evidencia que el banco no ha cumplido con su obligación de prestar un servicio adecuado. Además, se espera que una entidad financiera como esta conserve el dinero sin que sea afectado o disminuido por robos o apropiaciones ilegales, lo cual se puede detectar especialmente si figuran en el sistema retiros inusuales, como cuando un titular retira diferentes montos en momentos distintos el mismo

día, en lugar de hacerlo en una sola ocasión, sin superar el monto máximo permitido por retiro.

La entidad bancaria tiene la responsabilidad de tomar medidas preventivas para garantizar que las operaciones realizadas sean por el cliente y no por terceros, incluyendo la instalación de mecanismos prácticos y electrónicos para detectar posibilidades de fraude. En este caso, el Poder Judicial confirmó la decisión del Indecopi porque el banco no pudo demostrar con la ayuda de un verificador que las transacciones se realizaron con el código y la contraseña del consumidor. Sin embargo, este no es el caso más común, ya que en la mayoría de los casos los bancos pueden probarlo y los consumidores no obtienen la protección que buscan, lo que hace que muchos no quieran acudir a los tribunales con estas decisiones adversas.

2.1.4 Reducción de la "realidad" debido al acuerdo de adhesión y su ajuste por la buena fe

Cuando ocurren operaciones sospechosas de este delito y que perjudican a usuarios, los bancos suelen usar en su defensa las condiciones generales. Argumentan que es "indudable" que las operaciones fueron realizadas por el cliente con sus claves y datos, y que esto fue "acordado" en las mismas. Sin embargo, en realidad no existe un verdadero acuerdo negociado entre las partes, ya que el contrato bancario se basa en la adhesión, donde el supuesto acuerdo es solo una invención legal, y no se puede eximir la responsabilidad.

En los contratos bancarios de adhesión, no hay una verdadera intención común entre las partes involucradas, por lo que cualquier intento de investigarla sería fingido, según el profesor Juan Espinoza (2008). Además, como menciona Schiesaro (2016), sobre las condiciones, que se suponía que protegía al adherente de alguna arbitrariedad, en realidad justificaba a la parte redactora. (p. 247) (p. 111)

La incorrecta repartición de riesgos, que lleva a asumir al usuario el costo de los fraudes, es principalmente el eje que engendra un desequilibrio tendido en la relación, existe un abuso de derecho que el sistema jurídico y las normas de protección al consumidor (art. 47.b, art. 48.c) proscriben. Es de hecho, dicha

cláusula una cláusula abusiva (art. 49) que no debe ser aplicada por los tribunales judiciales. El incorrecto traslado de riesgos en detrimento del consumidor, esa eliminación de responsabilidad de la institución financiera y esa interpretación *pro proferentem*, vedados como hemos dicho por nuestro sistema legal, es lo que respalda la posición de los bancos.

El código sustantivo sobre este tema indica en el artículo 1398: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad [...]”. En dicho orden, las cláusulas que imploran las entidades financieras no pueden ser oponibles porque no son válidas.

Es decir, las cláusulas que las entidades financieras utilizan en su defensa no son válidas porque la responsabilidad de gestionar los riesgos y daños generados en la actividad financiera recae en ellos, ya que se entiende que es un "sistema experto". (Campos, 2018, p. 65)

El artículo 2 del Código del Consumidor tiene como objetivo corregir las prácticas que dañen los intereses de los consumidores, lo cual se refiere a situaciones anormales en las relaciones de consumo debido a incumplimientos o prácticas abusivas (contratos de adhesión, exclusión de responsabilidad) que afecten el patrimonio o intereses de los usuarios.

Debido que el usuario solo tiene la posibilidad de aceptar o rechazar cláusulas específicas en los contratos de adhesión bancarios, es importante evitar que los bancos abusen de su posición ventajosa y reequilibrar el poder entre las partes mediante el uso de la buena fe como herramienta de imparcialidad contractual.

2.1.5 Los phisher no son los terceros en que se ampara el banco para responsabilizar al consumidor

Para protegerse los bancos alegan un comportamiento malicioso por parte de un cliente que pasa a un tercero su contraseña secreta que están obligados a mantener en secreto, en realidad están expresando un error y muestran cuán

obsoleto es su argumento contra el fraude electrónico, esto es muy preocupante y muestra por qué este tipo de fraude es tan común en la industria bancaria.

Decimos esto porque, en primer lugar, estrictamente hablando, esta "entrega" no se produce. El cliente en realidad no entregó su clave a un tercero, no hay una entrega real de una persona (consumidor) a otra (estafadores), simplemente está escribiendo las claves en el contexto de un supuesto pedido que se supone está realizando el banco. Las claves y contraseñas no se ingresan para transmitir las a un tercero, sino solo en respuesta a una solicitud legítima del banco.

No son casos en los que los clientes entreguen su clave a familiares o amigos, quienes actuarán como terceros y realizarán consumos o transacciones. En el caso de las anteriores condiciones generales, el tercero es quien recibe la clave del titular para realizar las operaciones preestablecidas en su cuenta; sin embargo, la situación es diferente con el *phishing*. Este malentendido de terceros entre el banco y el Indecopi es importante porque permite delimitar los contornos de la realidad real del caso de estudio y cuestionar la "realidad" fracturada asumida por la entidad administrativa, que prefiere seguir la formalidad habitual del banco, es decir, el Cliente "acepta" o "transfiere a un tercero", de acuerdo con su contrato (de adhesión) previamente celebrado.

En segundo lugar, es una falacia, porque la realidad de las relaciones de consumo se ajusta a los principios de supremacía de la realidad (artículo V.8) y buena fe (artículo V.5), en materia de protección de los consumidores, no hace más que revelar las circunstancias en las que los bancos prefieren ocultarse o seguir estando bajo la pretensión legal de que el acuerdo de adhesión está "negociado y pactado". De hecho, se debe dar preferencia no a la forma jurídica del contrato, sino al funcionamiento de la economía, la realidad de las relaciones de consumo, las condiciones de comportamiento del consumidor, los riesgos reales de la operación y quién está mejor preparado para asumirlos, prevalece la tutela efectiva del consumidor prevista en la constitución. (Gabrielli, 2012, p. 24-25)

2.1.6. La visión del Indecopi sobre este típico riesgo bancario.

Dos preguntas nos ayudarán a centrarnos en la interrogante: ¿saben los bancos la verdad sobre el fraude electrónico, o son amenazas comunes o generalizadas

para su negocio? ¿Y quién los entiende mejor, el banco o el consumidor? Vimos en la sección anterior que el fraude es un riesgo bancario típico, pero la pregunta es por qué el Indecopi no lo trata de esa manera y no aborda los casos que toman en cuenta este factor objetivo al momento de evaluar la solvencia o idoneidad del banco. Sus términos carecían de un registro actualizado de las realidades actuales, las circunstancias en las que se llevaron a cabo estas actividades y las amenazas que los operadores habían considerado a lo largo de los años.

En las decisiones que ha tomado el Indecopi, el fraude no es considerado una amenaza a las operaciones bancarias. En este caso, su visión de la solución es incorrecta. La mayoría de estas sentencias ni siquiera indican que se esté produciendo este tipo particular de fraude bancario. Indecopi solo quiere mostrar un positivismo rotundo de que, si se puede confirmar que una transacción ha sido registrada en el sistema bancario por número de cuenta, clave y contraseña, entonces la transacción se considera realizada y, por lo tanto, se cumplen los estándares de conformidad necesarios.

Indecopi no entiende que los estándares de conformidad que ha sentado como precedente en sus decisiones son incorrectos porque no corresponden a la realidad de la transacción y las circunstancias de la relación particular de consumo en este organismo, donde el riesgo es un factor clave. Y es que, como apuntábamos anteriormente, con el desarrollo de la tecnología y el uso del ciberespacio, las amenazas se han incrementado y están cada vez más presentes entre nosotros, pero sin contar con los mecanismos de legislación adecuados dentro de su gestión. (Resolución Final N° 0604-2015/PS2 (Exp.N° 0901-2012/PS2))

Indecopi no ha analizado y explicado por qué hay transacciones confirmadas por el banco, pero los clientes afirman que no se realizan. Indecopi no está interesado en solucionar lagunas en el sistema donde se realizan transacciones fraudulentas, incluso si el cliente insiste en que no realizó tales transacciones. El Indecopi concluyó que fue el cliente quien permitió la intervención de un tercero, contrario a la moderna gestión de riesgos desarrollada en el derecho financiero, que el cliente no logró administrar su riesgo y tiene que asumir sus consecuencias negativas. Tal posición es claramente obsoleta e injusta. Tal y como se desarrolla en líneas anteriores, ante el riesgo de daños, en el proceso

de socialización de la pérdida, la empresa está en la mejor posición para prevenirlo, asumirlo y repercutirlo a todos los consumidores a su precio

Para los bancos, el costo de estas pérdidas está incluido en sus pagos de intereses, que es bastante alto en comparación con otros países. En otras palabras, son los bancos, no los consumidores, los que deberían asumir estas pérdidas porque ya están incluidos en los intereses que cobran a sus usuario.

2.1.7 La obligación legal bancaria de gestionar el riesgo de phishing

La gestión del riesgo bancario es una obligación legal que se incluye en la revisión de diligencia debida. Esto no es parte de una política voluntaria de mejores prácticas. Esta obligación no debería ser desconocida para las personas jurídicas, ya que representa el comportamiento típico exigido por la ley y, por supuesto, es exigible por los consumidores interesados.

La verificación del incumplimiento o actuación indebida que pudiera dar lugar al inicio de un proceso de responsabilidad civil no es un criterio objetivo de atribución, sino parte del juicio de su diligencia profesional, un juicio con más capacidad, empoderamiento y fuerza para enjuiciar la responsabilidad del banco. En este sentido, los juicios sobre responsabilidad civil de las entidades financieras deben tener en cuenta sus obligaciones de gestionar los riesgos de sus actividades.

En nuestro país, los bancos no están cumpliendo con sus obligaciones legales y si han registrado un aumento en las ganancias, como se registró, es en parte porque no han incurrido en pérdidas que han sobrevivido hasta el final del año en el sector financiero de hoy, lo que si han sufrido los clientes y consumidores bancarios.

De acuerdo a Fernández (2004), que plantea que “la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad” de modo que solo ella libra al deudor (p. 617), se tiene que también en estos casos de fraude o *phishing*, un banco puede ser relevado de sus obligaciones, incluida la gestión de riesgos de sus actividades, solo si acredita el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles no dejaron cumplir con sus obligaciones, resultante del un contrato de cuenta de ahorro o tarjeta de crédito. El primero implica la obligación de mantener cuidado de los depósitos en la entidad financiera, y el

segundo la obligación de proporcionar fondos para las necesidades del comprador a petición de éste.

Pues bien, los hechos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impiden al banco cumplir con sus obligaciones de depósito, y con ello afectar los intereses de los acreedores, no son probados por los bancos en el caso que lleva el Indecopi. Hasta ahora, ha sido suficiente para los tribunales administrativos que las entidades financieras prueben a través de los informes con sus sistemas operativos que las transacciones bancarias se realizaron utilizando las claves correspondientes. En el caso de Indecopi es suficiente ello para acreditar la diligencia por parte de la entidad financiera, no considerando las obligaciones legales de administrar el riesgo típico de sus actividades (del banco), una de ellas es exactamente el *phishing*.

Lo que se plantea como respuesta de solución a esta problemática de Indecopi (agudiza la situación de desprotección del consumidor quien asume los pagos de defensa que emplea para su reclamo), porque revisando que se omitió cumplir o se cumplió de forma irregular la obligación de gestionar el riesgo de *phishing*, riesgo típico de su actividad, se puede encontrar el sustento para acreditar la responsabilidad de las entidades financieras.

Precisamente porque los bancos, gracias a su experiencia y conocimiento en el mundo empresarial, se encuentran en una posición de liderazgo, los bancos, a diferencia de los consumidores comunes, tienen las capacidades suficientes para gestionar los riesgos relacionados con sus actividades profesionales y prevenir las pérdidas causadas por ellos. Por ello, sugerimos, su culpabilidad como criterio de atribución y debe ser analizada en el marco de su agencia disponible. En esta forma de pensar, el contenido del deber de diligencia impuesto, como decíamos más arriba, se integra adoptando la denominada *lex artis* (denominación que en el ámbito judicial se da a los niveles de calidad exigibles a los servicios profesionales), de donde se desglosa, la obligación de hacer frente a los riesgos operativos, como el phishing. Determinar la responsabilidad civil de las instituciones financieras, teniendo en cuenta estos conceptos de gestión de riesgos, es una expresión concreta de la visión estratégica del derecho, la estrategia de repensar el derecho civil propuesta por

De Trazegnies (1991), la "estrategia del conocimiento efectivo" o conjunto de hechos o realidades, al que el derecho debe adaptarse. (pág. 313, 329, 332)

La banca implica riesgos, y como estos riesgos deben ser asumidos o compartidos, sólo los bancos tienen la obligación de incluirlos en sus precios (tasas de interés) o asegurarlos, ya que están en mejor posición que sus clientes - consumidores. Los bancos están mejor equipados para prevenir pérdidas, traducir los costos en precios (intereses y comisiones) y, en última instancia, asegurarlos, como sugiere el derecho civil moderno y el derecho financiero mismo.

2.1.8 ¿Tiene el banco una obligación de custodia *ex recepto*?

Tradicionalmente son una hipótesis de responsabilidad *ex recepto*, a excepción de la legislación italiana (de la que la nuestra es tributaria, como sabemos, en materia de contratos y responsabilidad civil), la responsabilidad del hospedante por la destrucción, el deterioro o la resta de las cosas hechas por el cliente; los almacenes generales para el resguardo y preservar los bienes depositados; y el banco con respecto a la entrega de cajas de seguridad, la idoneidad y el cuidado de las instalaciones y la integridad de la caja. La doctrina y la legislación italiana confirman que estos *ex receptos* derivan una forma de responsabilidad por el incumplimiento, que, según la opinión general, se "agrava" en relación con el programa regular, porque implica la evidencia más grave para el deudor, que requiere no solo el cuidado, sino también la evidencia positiva de que causó un incumplimiento. (D'Amico, 2015, p. 11)

Entonces, actualizando el concepto de esta obligación *ex recepto* y siguiendo la doctrina anterior, consideramos que se puede argumentar que existe una obligación *ex recepto* sobre los fondos de sus clientes de dicho banco, con base en el progreso de los riesgos bancarios que comentábamos anteriormente y su presencia en nuevas formas de relación entre los bancos y sus clientes, como la banca online. Esta agravación incluye exponer al deudor al riesgo de razones "desconocidas" para que sea responsable, aunque haya mostrado la debida diligencia. Por lo tanto, en tal caso, no es suficiente simplemente indicar que se ha tenido el cuidado necesario en general, sino que es suficiente especificar el evento que impidió la implementación de la disposición. En el caso del *phishing*,

significa la certeza de que tal evento ha tenido lugar, no una "suposición" de que tal actividad es realizada por un consumidor. Esta simpleza contribuye a que el Indecopi malinterprete las reglas del país, imposibilitando que el Indecopi sea transparente sobre el verdadero valor de los riesgos de la plataforma de banca en línea y proponga soluciones que sean consistentes con las responsabilidades del banco en la gestión de este riesgo, como banco y firma especializada en obligaciones específicas de custodia derivadas del contrato de depósito.

En la legislación italiana, cuando el artículo 1218 del *Código* (en nuestro caso, el artículo 1317) hace referencia a la locución *causa no imputable*, obliga al deudor a probar los dos elementos de que ésta se compone; esto es, primero probar la causa, el *phishing* en el presente caso, y luego probar la no imputabilidad, es decir, que la ocurrencia de tal evento no pudo ser evitado por la entidad financiera por ser extraordinario, imprevisible e irresistible. Esta perspectiva, en buena cuenta, la prueba de la causa no imputable equivale a la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, de forma tal que el deudor bancario, siempre deberá soportar la responsabilidad de las *causas ignotas*.

La entidad financiera únicamente podrá liberarse con la prueba *real* de que el daño fue causado por un evento ciertamente *identificado* y del todo *extraño* a sí mismo. Requiere la necesidad de que demuestre la específica *causa* (no imputable) que le ha impedido el cumplimiento, con la consecuente atribución del riesgo de la *causa ignota* a él.

Bajo esta posición, el deudor debe responder por el incumplimiento a menos que la prestación sea absoluta y objetivamente imposible, aún pese a la diligencia del deudor, quien solo podrá liberarse de su responsabilidad probando la causa extraña, esto es, el caso fortuito o la fuerza mayor.

Comparando la obligación ampliada *ex recepto*, la que asume la entidad financiera, con la obligación de gestionar los riesgos inmanentes de su actividad empresarial, vemos que tal riesgo profesional, justifica la presunción que los daños son causados por dicha entidad. Esta idea va encaminada en la presunción de responsabilidad de la culpa leve en la responsabilidad contractual, una culpa no identificada con la diligencia como conducta de mero esfuerzo, sino a una actuación de la entidad que equivale a la satisfacción del interés del

acreedor, diligencia cuyo límite, como ha quedado anotado antes, es la imposibilidad.

2. Responsabilidad Civil del Banco

2.2.1 La responsabilidad habitual de las instituciones financieras para la protección del consumidor

Antes de que se aprobara una ley o código de protección al consumidor, la responsabilidad de las instituciones financieras se consideraba regulada por principios generales en el Código Civil y el Código de Comercio. Se sugiere que a falta de una regulación específica que regule la responsabilidad de un banquero, ésta es generalmente de derecho común y se rige por los principios del Código Civil, por lo que es necesario demostrar la causalidad y la existencia de una causa -relación y efecto - entre ella y la realidad (Figueroa 210, p. 495)

Actualmente, al igual que en otras leyes de protección al consumidor, nuestro Código del Consumidor (Artículo IV-5) define como un servicio toda actividad que se ofrece en el mercado, incluyendo tanto las transacciones financieras como bancarias, es recomendable asegurar que la protección de ese servicio llegue al cliente o usuario del servicio bancario. Así lo confirma el tratamiento especial que el Código da a *estos servicios en el capítulo V del título IV*, denominados productos o servicios financieros, que enumera las leyes aplicables a los servicios de banca de consumo. Sin embargo, para nosotros, la protección que brinda este capítulo y el Código en su conjunto es insuficiente porque, por ejemplo, como se expondrá a continuación, no incluye ninguna protección al consumidor orgánico en el caso del crédito.

Alpa nos dice que, con la excepción del área de crédito al consumo (que no cubre nuestro Código), las medidas bancarias de tutela al consumidor para proteger a los usuarios no son muy antiguas. Indicó que las razones de la demora fueron las siguientes: (i) falta de conciencia de la inferioridad del consumidor; (ii) el mercado financiero como estructura jurídica es indiscutible e inmutable; (iii) el poder económico y político del banco; (iv) prioridad de la política estatal en materia de protección y seguridad laboral sobre los intereses económicos de los

consumidores; y; (v) priorizar la producción y distribución de bienes sobre los servicios. (Alpa, 2004, p. 323)

Incluso hoy, los servicios financieros se ven como parte de un nicho especial, lejos del núcleo de la protección del consumidor. Por tanto, la Directiva 2011/83/ 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; sin embargo, como señala Zunzunegui, el Tribunal Supremo español consideró que la falta de regulación bancaria en materia de transparencia y protección al consumidor no impedía la aplicación de las leyes de protección al consumidor en general (Zunzunegui, 2013, p. 4)

Y es que en la Unión Europea no existe un Código que recopile y codifique toda la normativa financiera que protege a los consumidores de servicios financieros. La norma básica es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre el mercado de instrumentos financieros.

Alpa (2004) nos cuenta cómo los programas públicos basados en la subsidiariedad han tomado una orientación liberal, ignorando la anterior orientación intervencionista. Esto se debe a que el consumidor ya no se considera una entidad "protegida", sino una entidad "notificada". Se argumenta que, dado que el consumidor es homo economicus, es necesario ponerlo en pie de igualdad con su contratista, el banco, y esto se logra a través de la información, factor por el cual los consumidores usuarios pueden tomar decisiones libres y conscientes. (Pag. 330-331)

Sin embargo, este modelo regulatorio ha sido desafiado por la crisis financiera. En el pasado, dependían de los incentivos de los propios participantes, interesados en proteger su reputación a través de buenas prácticas financieras, pero luego, el abuso y el comportamiento oportunista de los bancos obligó a modificar el modelo.

La reunión del G20 de noviembre de 2008 dejó claro que estamos ante una crisis de confianza y que además de reforzar la solvencia del sistema, se deben adoptar medidas para proteger a los clientes financieros. Se ha tomado esta dirección, hacia la intervención directa en la protección de los consumidores

financieros y un mejor control del diseño del servicio, reformas para armonizar los intereses de los bancos con los intereses de los clientes en el sector bancario. En consecuencia, es responsabilidad de la entidad bancaria brindar educación financiera e información técnica para proteger directamente al cliente como consumidor. (Zunzuneg, 2013, p. 10)

A partir de la experiencia de Argentina, Lorenzetti cree que, aunque la Ley 24.240 (Ley de Protección al Consumidor de 1993) no menciona la banca tradicional en el Artículo 1, en su opinión sí lo hace. Esto se basa en la evaluación de que la ley del consumidor es un microsistema autorreferencial, lo que hace que la palabra autoservicio tenga pleno sentido en la ley (financiera) particular en cuestión. También mencionó que la jurisprudencia tiende a aplicarlo a los contratos bancarios. Por ello, afirmó que “el banco es siempre el proveedor profesional”. (Lorenzetti, 2003, p. 16) (Muiño, 2011, p.4)

Gerscovrch (2003) agrega que: “Los tribunales argentinos, tratándose de cuestiones que se suscitan en el ámbito del derecho especial bancario, las han tratado de manera práctica, aplicando el *derecho común* y el derecho de protección al consumidor” (p. 97).

La experiencia de Colombia también muestra que los bancos que brindan servicios financieros y similares se encuentran dentro de la categoría de servicios cubiertos por el Decreto 3466 de 1982 y la nueva Ley de Protección al Consumidor y, por lo tanto, están obligados a prestar el servicio en condiciones de calidad e idoneidad (Anaya, 2012, p. 298)

En la experiencia brasileña, luego de un intenso debate a nivel teórico, cuando entró en vigencia la Ley de Protección al Consumidor (1990), la teoría y la jurisprudencia vigentes (que siempre dictaron su aplicación) sancionaron la sujeción de las instituciones financieras al derecho del consumidor, tratándolas como proveedores de servicio (Alvergaria, 2006, p. 19)

Una cosa es que el usuario bancario sea considerado un consumidor y por tanto objeto de tutela de la legislación consumista, y otra que se aplique a las entidades financieras en los casos de daños generados en el desarrollo de su actividad el criterio objetivo de imputación del riesgo, ya que, este es solo aplicable en

nuestra legislación a los casos de productos defectuosos y los bancos generalmente ofrecen servicios. La culpa, por tanto, gobierna la responsabilidad bancaria y de ahí la necesidad de desarrollar su perfil profesional.

2.2.2. Responsabilidades profesionales de las entidades financieras

Predicar sobre la responsabilidad profesional de las instituciones financieras es más antiguo de lo que parece, al respecto Ferri escribió en 1958 que la percepción subjetiva del banquero como profesional es común en Francia, mientras que en Italia se enfatiza más la organización del banco. La “profesionalidad” del banco se utiliza teóricamente como parámetro determinante del nivel de debida diligencia (Anelli, 2007, p. 636).

Ahora se dice que la creciente responsabilidad del banco por su profesionalismo es una cuestión aceptada tanto en las doctrinas nacionales como extranjeras. Martínez (2005), Se dice que: deben actuar de buena fe, pensando en el interés del cliente, con la lealtad y diligencia de un experto en la materia, porque el viejo modelo de buen hombre de familia o buen hombre de negocios (civil y legal, respectivamente), ha sido anulada por la noción de profesionalismo en el desempeño de funciones de intermediación financiera.

Por tanto, la debida diligencia exigida a una entidad financiera es “la diligencia de un valuator profesional que, dependiendo de su actividad, por la especialización de sus actividades, debe observar objetiva y subjetivamente su diligencia, que está relacionada con los riesgos asociados a su alto nivel de especialización. (González, 2000, p. 92).

La mencionada especialidad de la entidad financiera se define como un instructor profesional, “dotado de ciertas capacidades técnicas y medios adecuados para evaluar con precisión la situación económica de la persona que lo ha contratado”. Se ha enfatizado que la responsabilidad del banco empeora su situación por ser un experto en la materia financiera. La diligencia de la entidad financiera debe estar relacionado a su calidad de experto en la materia y, por lo tanto, sus errores o negligencia deben ser apreciados por más agravantes, porque es el desempeño de su técnica que sus clientes confían en general, y en el cual estos últimos carecen de conocimiento específico sobre el tema" (Mariño, 2004, página 217 - 2018)

Como podemos ver, las actividades financieras son una actividad profesional, en la que los ejercicios deben tener su propio conocimientos, teóricos y prácticos de acuerdo con los principios y métodos de aplicación. Para esta actividad, con diligencia y previsión innatas, especialmente ante un consumidor profesional. Por tanto, se puede concluir que las entidades bancarias deben actuar en todos los ámbitos y circunstancias con el máximo cuidado y prudencia dignos de un experto en la materia.

2.2.3 La responsabilidad agravada del experto en la actividad. La *lex artis*

En la nueva perspectiva del derecho civil, la distinción entre débiles y expertos jurídicos se vuelve más importante, y los consumidores deberían recibir protecciones similares a las de los empleados. La ventaja técnica de un especialista es real gracias al avance de la tecnología y el conocimiento, que exige cada vez más especialización. Sin embargo, esto aleja a los consumidores del nivel de información ideal para establecer relaciones simétricas con los proveedores. Según Messina (2004), esta falta de equivalencia entre los polos de la relación justifica la teoría del riesgo empresarial. Según Baena (2013), los bancos ahora no solo deben ser profesionales sino también expertos. El esfuerzo por sí solo no es suficiente, es necesario que el esfuerzo sea adecuado, eficaz y útil según la *lex artis*. Por lo tanto, su nivel de cuidado y diligencia requerido debe ser superior al esperado del profesional medio.

Desde este punto de vista, D'Amico cita a Cannata argumentando que, en las actuaciones con carácter de experto, las ejecutadas de conformidad con las reglas del arte, únicamente la culpa-impericia, aunque no sea grave, deviene en inexcusable (D'Amico, 2009, p. 196)

La *lex artis* se convierte en un criterio para evaluar la idoneidad del comportamiento profesional, especialmente en el sector bancario, teniendo en cuenta las condiciones en las que se desarrolla esta actividad.

El término *lex artis* se deriva del latín y se refiere a las "leyes artísticas" o normas técnicas que rigen una determinada actividad profesional. En este sentido, se entiende como los conocimientos generales y las habilidades necesarias para el adecuado desempeño de las actividades profesionales. (Baena, 2013, p. 25).

Fue empleada para apreciar si la operación realizada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Señala MARTÍ que la doctrina española denomina *lex artis* a los niveles de calidad en la prestación de servicios (Marti, 2009, p. 59)

Este término es muy aplicado en materia de responsabilidad médica, es posible aplicarlo también en el ámbito en donde se espere que una persona o la empresa desempeñen su trabajo de acuerdo con unos estándares de profesionalidad. La *lex artis* es una referencia objetiva en la valoración de la conducta que se hace con base en criterios derivados del conocimiento.

Al enfatizar la importancia legal de este tipo de sistema, Lorenzetti agrega que los modelos de comportamiento estándar y racional del "contratista promedio" deben reformarse, porque el comportamiento humano ahora se basa en la confianza y se basa en la "apariencia" de formar un "sistema experto". Y esto es imposible dado que, los costos de transacción aumentarán si los consumidores tienen que verificar y comprender cada acción del sistema al que están conectados, conduciendo al agotamiento psicológico. (Lorenzetti, 2000, p. 14)

Como ha señalado Lorenzetti, ahora se ha argumentado que la banca es parte de lo que se conoce como un sistema experto, en el que los "no especialistas" creen que siempre funcionará lo suficientemente bien, es decir, proporcionar la prestación de servicios bancarios no hacerse correctamente, sino también técnicamente eficiente. E incluye el hecho de que el aficionado no conoce los detalles del sistema y se limita a realizar una parte de la acción de toda la secuencia de acciones que implica. En este sentido, un sistema experto bancario crea una imagen de confianza, por lo que debe ser protegida. Esta protección de la confianza también se extiende a todo aquel que la doctrina argentina considera un productor evidente, según Alterini (2015), que pone su marca en el producto (y se beneficia de esa publicidad) y así inspirar al público, razón suficiente para hacerlo responsable (p. 541). La entidad financiera proyecta su prestigio y fuerza empresarial cuando interviene en las operaciones propias de su actividad. Son estos valores los que se transmiten al consumidor al buscar captarlos.

En cuanto a la responsabilidad bancaria y la protección de la confianza del consumidor, Mauro Grondona (2015) también habla de un caso interesante iniciado por el tribunal de Salerno en 2014. Se trataba de una mujer que demandó al banco y promotor financiero (no dependiente) quien la atendió en las instalaciones del banco; en la demanda la mujer exige la devolución de los ahorros transferidos al promotor que le ofreció ayuda para poner el dinero, inversión en la que participará el banco. El hecho es que el promotor financiero se apropió del dinero de la demandante. El Tribunal halló responsabilidad en la entidad financiera aplicando el art. 2049 del *Código* (art. 1981 del Código sustantivo peruano), referido a la responsabilidad del subordinado), sobre la base de la subsistencia del nexo de ocasionalidad necesaria. Aun cuando el promotor no era un dependiente de la entidad financiera, el solo hecho de que colabore sustancial y objetivamente con él, convierte al promotor en fuente de legítima confianza ante el cliente, que es al mismo tiempo cliente del banco y del promotor.

Lo que hemos visto es que los bancos respetan el resguardo de la confianza que los clientes depositan en ellos, respetan lo que dice en su web que el cliente es lo más importante en su empresa. Así es como la confianza recibe cuidados. Nuestras Reglas del Consumidor respaldan esta protección en algunos de nuestros dispositivos. La confianza del consumidor es el valor jurídico en las relaciones de consumo. Un análisis cuidadoso del citado Código muestra que existen factores que pueden sustentar el reconocimiento de la seguridad de la confianza proveniente de un sistema experto. Del principio de buena fe nacen los valores de confianza y lealtad, además, este principio no puede dejar de estar presente en las relaciones con una entidad financiera, ya que es inseparable de ellas. Este principio ha sido recogido en el Código del Consumidor, por lo que podemos recoger aquí también una interpretación basada en la buena fe a partir del 168 del Código Civil, así como la buena voluntad que rige el Código del Consumidor. Es este principio el que ha adquirido recientemente como medio de interpretación de carácter objetivo, se dice que "asume una función correctiva en el equilibrio de las obligaciones, pues permite integrar dinámicamente el contenido del contrato según el criterio de objetividad para equilibrar" la posición

de las partes, que pudieran encontrarse en una situación desfavorable. (Manrique, 2007, p. 70)

Este examen no puede ignorar el hecho de que un consumidor, al celebrar un contrato con un banco, solo puede aceptar o rechazar ese contrato en general, sin reserva del alcance de ninguna disposición. Esta condición demuestra el poder de los bancos, poder que debe equilibrarse con un compromiso de buena fe para obtener lo que se conoce como el instrumento de la justicia contractual (Merino, 2016, p. 223)

Hay que recordar que el artículo 18 del Código del Consumidor define la idoneidad como: "Una correspondencia que el consumidor espera y lo que efectivamente recibe y que ella es examinada, ello en función a la propia naturaleza del producto o servicio, y a la aptitud para atender la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado". Entonces, lo que el consumidor espera es que el (proveedor) banco no desampare la confianza que se deposita en él.

Todo esto habla de la obligación de las instituciones financieras de contar con procesos y métodos de gestión de riesgos adecuados para sus operaciones, así como la estructura organizacional adecuada, las capacidades operativas y el soporte tecnológico para asegurar una entrega eficiente de sus servicios.

2.2.4 La responsabilidad bancaria por servicio defectuoso

Como se mencionó anteriormente, cuando las instituciones financieras y los bancos figuran como proveedores de servicios en el Código del Consumidor, es claro que protege a sus clientes o usuarios. En cuanto a la responsabilidad civil por defectos, la responsabilidad debe evaluarse cada vez en función de la naturaleza del servicio prestado, los bancos actúan como intermediarios financieros y la Ley N° 26702 define "servicios financieros" como todos los servicios de carácter financiero, incluidos. (Fernández, 1997, p. 258)

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 aplicable únicamente para los casos productos defectuosos, el Código de Consumo favoreció a los

bancos, pues en tanto proveedores no de productos sino de servicios, les aplica la responsabilidad civil común.

En tanto el capítulo V, destinado a las actividades de las entidades financieras, se titula productos y servicios bancarios, el vocabulario de términos del Código de Consumo 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".

La gran parte de las relaciones de consumo con las entidades financieras son de naturaleza contractual, por tanto, las reglas que deben aplicarse para establecer su responsabilidad a este tipo de agente son las de la responsabilidad contractual. Por ello nace la pregunta: ¿existe un criterio de imputación en esta materia diferente al de la culpa? Es difícil reconocer que no se puede apartar de este dogma y que la culpa sigue reinando la responsabilidad contractual.

Aunque en esta responsabilidad se supone que existe una culpa leve, esto no significa que sea una responsabilidad objetiva atenuada, ya que la prueba siempre se centrará en la culpa y no en el riesgo beneficio o profesional, que son criterios propios de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en la protección al consumidor, algunas leyes han adoptado el riesgo profesional como criterio objetivo de imputación, superando el umbral de la culpa. En nuestra legislación actual, la responsabilidad bancaria sigue siendo gobernada por la culpa y no por un criterio de riesgo beneficio o profesional, como se hace en la responsabilidad objetiva.

Por tanto, en nuestra legislación no pase ese umbral, y no podamos sostener en nuestra jurisprudencia ni en la doctrina que la actividad bancaria es una actividad riesgosa o peligrosa capaz de fundar una responsabilidad objetiva, y es que la culpa regirá la responsabilidad bancaria. Esto no conlleva que la actividad bancaria no tenga riesgos, sino que estos no han sido concluyentes hasta el momento para fijar una responsabilidad objetiva por riesgos. Y es que, en la responsabilidad contractual, entre ellas la bancaria, los riesgos pueden ser objeto de distribución y si esto no se hace, siempre habrá un juez que pueda suplir a las partes y distribuirlos o eventualmente corregir si "han sido mal distribuidos.

Según Coleman (2010), al celebrar un contrato se promulgan leyes adicionales, que muchas veces forman parte inalienable del contrato. Si bien los signatarios pueden abandonar el tratado o determinar que su aplicación se limita a aspectos no cubiertos por el tratado, estas reglas predeterminadas no son intercambiables (p. 179-180). 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.

El sentido que la responsabilidad civil bancaria sea subjetiva no impide, como se viene haciendo, que se introduzcan criterios que la objetiven, o que el riesgo tenga un modo distinto al de criterio de imputación objetiva y sea esto ahora como un elemento a tomar en cuenta en el juicio de responsabilidad subjetiva, es decir, incorporado en el análisis del carácter diligente del comportamiento profesional de la empresa bancaria.

En esta sociedad de riesgo, el banco se enfrenta a diversas amenazas, tanto de los delincuentes tradicionales como de los ciberdelincuentes, ya que su principal elemento es el dinero. Los riesgos bancarios comunes, como hurtos, robos y fraudes, deben controlarse estrictamente para evitar daños a los clientes o consumidores de un banco. Como profesional, el banco tiene la obligación de conocer, medir y prevenir las pérdidas. Se espera que los bancos estén altamente calificados, ya que son profesionales con conocimientos técnicos que deben cumplir con sus estándares profesionales.

En cuanto a la técnica exigible a los bancos, ya que ellos son proveedores expertos que tienen el conocimiento técnico para manejar sus actividades, cumpliendo las reglas de su profesionalidad, de modo que le son atribuibles las conductas que suponen una ausencia del empleo de esos cuidados mínimos para realizar su actividad. En cuanto a la confianza que merece tutela, esta no puede dejar de estar presente en una relación bancaria. Los consumidores tienen que confiar en su banco, este les ha garantizado a través de su publicidad que es confiable, que su dinero está bien cuidado, que la entidad financiera respalda las operaciones en que participan. La confianza es quizá el valor principal de una relación cliente-banco.

Por lo tanto, deben rendir cuentas por acciones que impliquen una falta de diligencia en su trabajo. La confianza es un valor fundamental en la relación banco-cliente, ya que el banco debe asegurarse de que los fondos del cliente estén en buenas manos y respaldar las transacciones vigentes. Por lo tanto, es responsabilidad del banco determinar, administrar y traducir el costo de las medidas prudenciales en el precio de su servicio, ya que el banco es experto en esta área. Esta práctica, conocida como socialización de costos de compensación o colectivización de daños, se lleva a cabo para que los clientes del banco carguen con los costos de prevención de daños.

2.2.5 Riesgos en el sector de servicios financieros y justificación de la regulación estatal

La globalización ha hecho posible que las instituciones financieras se desarrollen y desempeñen un papel más importante en las relaciones contractuales y la vida moderna. Estas instituciones financian diferentes mercados y sectores para el desarrollo de sus actividades, ello incluida a la creciente demanda de los consumidores, lo que da como resultado perfiles de riesgo más complejos. Por ello se puede decir que las entidades financieras son generadores de riesgos al ofrecer sus productos bancarios (Gerskovich, 2013, p. 55)

Los bancos al generar servicios bancarios generan un riesgo para el bienestar socioeconómico de las personas, ya que sus usuarios pueden perder sus ahorros o los ingresos que se les han confiado. Dado que el riesgo es inherente al negocio bancario, la gestión adecuada del riesgo es fundamental. El objetivo es proteger no solo al sector bancario, sino también a los consumidores y otras personas involucradas en esta actividad. Sin embargo, es natural que las instituciones bancarias traten constantemente de aumentar las ganancias y esto, por supuesto, puede ser perjudicial para sus clientes, es así como lo ha demostrado la experiencia del consumidor en los últimos años, esto debe merecer la intervención y regulación por parte del estado. Los mercados financieros no solo brindan transparencia, riesgo e información en beneficio de los usuarios, sino que también tienen un papel en la gestión de riesgos.

En consecuencia, el Estado interviene para regular y controlar el desarrollo de los negocios o del mercado bancario, el cual, como todo mercado, puede ser

corregido por el Estado cuando se cometen errores. Las asimetrías de información externa entre agentes y usuarios han sido explotadas e introducidas en las economías modernas de todo el mundo según sea necesario para resolver problemas reales del mercado, como los costos de agencia y la competencia (Vodanovich, 2012, p. 11). 148).

Hay que recordar que el cliente está en una posición demasiado débil y su "poder negociador", dada la modalidad de contrato que se emplea (de adhesión) es sumamente restringido. Tampoco olvidemos que una crisis financiera puede llegar a convertirse en un problema público y surtir efectos sobre el resto de las actividades económicas de un país.

2.2.6 Antecedentes del tratamiento de los riesgos bancarios

Como se señaló anteriormente, la amenaza de la modernización es un producto global de las técnicas de desarrollo industrial que afecta a todos, incluidos aquellos que se benefician de negocios como los bancos. La gestión de riesgos se ha discutido durante más de 40 años y se han desarrollado conocimientos teóricos en este campo (Boartright, 2011, p. 510), pero en 1974, "para mejorar la salud del sistema bancario", los países del G10 establecieron el Comité de Basilea, integrado por los bancos centrales y las autoridades supervisoras de los estados miembros, para desarrollar principios de regulación bancaria.

Para 1988, el comité propuso el primer acuerdo de capital, conocido como Basilea I, destinado a reducir la exposición de los bancos al riesgo crediticio excesivo y obligar a los bancos a cumplir con niveles mínimos de capital en función del riesgo. Los deudores pueden absorber pérdidas para evitar la quiebra. (Jiménez, 2005, p. 54).

Inicialmente se centró solo en el riesgo crediticio y el riesgo de mercado (establecido en 1996), pero la creciente complejidad de los métodos bancarios y de gestión de riesgos hizo que el Acuerdo de Basilea quedara obsoleto porque "ignoraba los riesgos y el capital de las instituciones financieras evalúa la adecuación". Jiménez, 2005, pp. 56)

Ante este desafío, el comité aprobó en 2003 un nuevo acuerdo de capital, conocido como Convenio de Basilea, en el que se asumía un riesgo operacional. Es decir, suponga la determinación sobre qué riesgos deben ser gestionados, quién los gestiona, con qué medios y a beneficio de quién.

Lo que se pretende enfatizar es la ética de la gestión de riesgos, es decir, el reconocimiento de que deben identificarse y abordarse los tipos de riesgos que afectan no solo a los bancos, sino a la sociedad en su conjunto. Las entidades bancarias serán los responsables de la gestión, con la finalidad de evitarlos o reducirlos, trasladarlos o cubrirlos. En otras palabras, la regulación legal implica innovaciones en curso o cambios en el orden económico. (Boatright, 2011, p. 514)

La gestión del riesgo sigue en curso, por lo que, tras la crisis de 2008, el Comité de Basilea aprobó un conjunto de reformas realizadas en el documento de Basilea III, centrándose principalmente en el comportamiento cíclico de las entidades financieras, que aumenta o disminuye sobre la actividad necesaria en función del crecimiento o la contracción de la economía, requiriendo mucha más inversión.

2.2.7 Los riesgos bancarios típicos

Estos riesgos son inherentes al negocio bancario y están determinados por diversos aspectos o vertientes del desarrollo.

Riesgo reputacional: por publicidad negativa relacionada con las prácticas comerciales, la estructura jerárquica y el alcance de la operación que podría impactar negativamente en las carteras de clientes con pérdidas. (Pérez, 2007, p. 111).

Riesgo operativo u operacional: Según El Acuerdo de Basilea II, es el riesgo de pérdida debido a la omisión o falla de los procesos, personal y sistemas internos; o también eventos externos.

Riesgo de mercado: surge de las fluctuaciones en los precios de los activos y pasivos financieros. También se divide en riesgo de tipo cambiario, que es el

riesgo de pérdidas por variaciones en los tipos de cambio locales o extranjeros, y riesgo de tasa de interés, que es la pérdida causada por variaciones en las tasas de interés de los activos y pasivos.

Riesgo regulatorio: Debido al incumplimiento de las normas emitidas por las distintas autoridades y organismos que regulan el sistema financiero.

Riesgo medioambiental: condiciones tales como pérdidas económicas que reducen las garantías y la solvencia financiera de la institución debido a posibles sanciones de los organismos reguladores por el incumplimiento de la normativa ambiental.

Riesgo legal: Pérdidas al inicio de operaciones financieras acordadas entre deudor y entidad documentadas en un contrato, mostrando implícita una irregularidad o defecto de forma, incorrecta estructuración del mismo, e imposibilidad de cumplimiento.

Riesgo comercial: el riesgo de pérdida financiera como resultado de una inversión en el desarrollo y comercialización de cualquier producto, puede resultar en la no recuperación del valor monetario utilizado en la inversión.

Riesgo de crédito: el riesgo de pérdida o incumplimiento debido a que un prestamista, cliente o prestatario incumple un préstamo.

2.2.8 El riesgo operacional y su importancia

El Comité de Basilea II define el riesgo operacional como "el riesgo de pérdidas que resultan de procesos internos fallidos inadecuados, personas, sistemas o eventos externos. La definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y el riesgo reputaciones". Aunque sus decisiones no son vinculantes, el aprecio y la influencia del comité han llevado a muchos sistemas legales nacionales e internacionales a adoptar estas decisiones como leyes.

La Resolución SBS N° 2116-2009 del 02.04.2009 dictó las normas de gestión del riesgo operacional, aplicadas a todo el sistema financiero peruano y definidas en el artículo 3 "la posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos

externos. Esta definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y de reputación.”

Los expertos advierten que esta gestión de riesgos ha tomado importancia, debido a la crisis e cada vez más notorio en la comunidad financiera internacional debido a que algunas instituciones financieras han colapsado.

Estas pérdidas han despertado el interés por la importancia del riesgo operacional y por mejorar los sistemas de control interno en las entidades financieras. En este contexto, cada vez más instituciones se dan cuenta de que los programas integrales de gestión de riesgos garantizan la seguridad y solidez del banco.

2.2.9 Fuentes o factores de riesgo operacional

La Resolución SBS N°2116-2009, en su apartado 4°, identifica el riesgo operacional.

Rodríguez (2007). Expresa que:

Procesos Internos: Las empresas deben gestionar adecuadamente los riesgos asociados a los procesos internos implementados para operar sus operaciones y servicios, el diseño inadecuado de procesos, o la inadecuación u omisión de políticas y procedimientos puede conducir a un mal desarrollo de las actividades y servicios, pudiendo llegar hasta la suspensión de los mismos.

Las empresas deben gestionar de forma eficaz los riesgos asociados al personal de la empresa, esto relacionado a su capacitación, negligencia, errores en su labor, el fraude, el robo, la seguridad y la información sensible.

Tecnología de la información: las empresas deben abordar los riesgos relacionados con la tecnología de la información, la seguridad del sistema y la continuidad del negocio, los errores de diseño e implementación del sistema, los problemas de calidad de los datos y el riesgo de inversión. Falta de tecnología en otras áreas. (Biagsch, 2007, 20).

Eventos externos: las empresas deben gestionar los riesgos asociados con eventos externos que no están bajo control de la entidad, como interrupciones del servicio público, desastres naturales, ataques y actividades delictivas.

La regla implícita (Art. 5°) se aplica a situaciones de pérdida por riesgo operacional:

a) Fraude interno: pérdidas resultantes de fraude, apropiación indebida de recursos o violación de leyes, reglamentos o políticas comerciales, atribuidas a una persona en la empresa y con la intención de obtener ganancias ilícitas.

b) Fraude externo: Destrucción por un tercero con la intención de apropiarse de bienes, engañar o de otra manera eludir la orden.

c) Riesgos relacionados con el trabajo y en el lugar de trabajo: Reclamos de salud o seguridad en el lugar de trabajo, reclamos por lesiones personales o cualquier otra disposición o contrato de trabajo discriminatorio.

d) Clientes, productos y actos empresariales: Las pérdidas surgen por el incumplimiento involuntario de una obligación contractual con un cliente específico, o en todo caso sobre el diseño de un producto.

e) Daño a la propiedad: daño o pérdida al patrimonio debido a un desastre u otro acontecimiento.

f) Interrupción del negocio y fallos en los sistemas: Pérdidas derivadas de interrupciones en el negocio y de fallos en los sistemas.

g) Ejecución, entrega y gestión de procesos: Pérdidas derivadas de errores en el procesamiento de operaciones o en la gestión de procesos, así como de relaciones con contrapartes comerciales y proveedores.

Finalmente, como se refleja en la gestión de riesgos moderna, la norma contempla la diferenciación de los seguros para adaptarse al perfil de cada organización.

2.2.10 El riesgo de crédito

En la Resolución SBS N.0 3780-2011 del 31.03.11, que establece el Reglamento de Gestión de Riesgo de Crédito, se define el 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".

El Art. 20 establece que los bancos deben considerar toda la información sobre la reputación y el estado crediticio de la contraparte (incluidos los accionistas y gerentes) al evaluar el crédito. Además, son responsables de las políticas que ayuden a evaluar la viabilidad de las operaciones financieras; esto permite decidir los términos apropiados en función de la calidad crediticia del emisor y el instrumento.

Por su parte, el Art. 31 agrega que las empresas bancarias deben, entre otras cosas, identificar señales de alerta temprana cuantitativas y cualitativas que indiquen un acreedor o acreedores negativos, las contrapartes o el mercado en el que operan para evitar riesgos. De igual forma, verificar el nivel de cobertura (relación préstamo/garantía) y establecer criterios prudentes para identificar y reportar exposiciones crediticias con inconvenientes.

2.2.11 El riesgo socio ambiental y la responsabilidad civil de los bancos

En marzo el 27 del 2015 se emitió la Resolución SBS N° 1928-2015 que aprobó el Reglamento para la Gestión del Riesgo Social y Ambiental. Desde una perspectiva civilista, esta norma establece que un banco que financia un proyecto puede ser considerado responsable administrativo si no supervisa adecuadamente a la empresa prestataria antes y después de otorgar el préstamo. Además, en nuestra opinión, el banco también puede ser considerado responsable civilmente por los daños causados por el prestatario si este no gestiona adecuadamente su riesgo de crédito. En otras palabras, si el deudor del banco ocasiona daños socio ambientales que el banco podría haber evitado gracias a su gestión profesional de riesgos, entonces el banco puede responder por dichos daños.

Lo señalados líneas arriba no busca trasladar a las empresas del sistema financiero, las responsabilidades o funciones temas sociales y ambientales de la

OEFA, ni hacer responsables a las empresas por futuros incumplimientos de los proyectos, sin embargo, no significa que no llegue a ser responsable vía las reglas de la responsabilidad civil (por culpa). De hecho es responsable administrativo ante la Superintendencia de Banca y Seguros, pero también podría serlo civilmente ante posibles perjudicados.

Aunque no se trate de una relación de consumo que pueda dar lugar a una relación entre el banco y el proveedor de bienes o servicios frente al consumidor, sí podemos ver que existe una estructura relacionada que involucra al banco y a su prestatario (el dueño del proyecto) y eventualmente a terceros afectados. Según el principio de eficacia relativa, estos conflictos no tendrían cabida en la relación, pero la norma los inserta de todas formas.

Con la aprobación de esta norma, el banco se encuentra dentro del ámbito de riesgo ambiental, en línea con otras legislaciones internacionales que promueven la responsabilidad social corporativa, como las normas ISO 260003 y los Principios del Ecuador. Ahora el banco es claramente responsable administrativo, pero también puede ser responsable civilmente si no gestiona adecuadamente sus riesgos (culpa). Según la norma, el riesgo social o ambiental del prestatario se convierte en un riesgo de crédito para el banco, y éste está obligado a gestionarlo. Esta es una responsabilidad nueva que no existe en otros contratos de préstamos bancarios, ni en financiamientos de proyectos de edificios o en financiamientos al consumo (al menos en Perú). Por lo tanto, resulta interesante la creación de esta plataforma que amplía la escena, incorporando los riesgos financieros que un profesional debe manejar.

Se ha analizado que los bancos, al proporcionar financiamiento para diversas actividades, indirectamente contribuyen a los daños ambientales causados por las empresas prestatarias. Por lo tanto, no es apropiado pensar que los sistemas de responsabilidad excluyen a los bancos de los daños ambientales ocasionados por sus clientes. Actualmente, parte de la responsabilidad de los bancos es asegurarse de que sus clientes cumplan con los estándares ambientales. En países vecinos ya se está hablando sobre esta nueva responsabilidad civil financiera.

2.2.12 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. Dicha actividad es una obligación legal que no debe ser ajena a los operadores del derecho, constituye una acción típica exigida por la ley y reclamada 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 ya hemos visto no corresponde a nuestro sistema de responsabilidad contractual por defecto del servicio bancario), sino como parte del juicio gobernado por la culpa.

Según el profesor FERNÁNDEZ, la diligencia llega hasta donde comienza la imposibilidad de modo que solo ella libra al deudor. Así, el banco solo podrá liberarse del cumplimiento de sus obligaciones, una de las cuales es la gestión de los riesgos de su actividad, si acredita el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles le impidieron cumplir sus obligaciones.

Es decir, que comprobando que se omitió cumplir o se cumplió defectuosamente la obligación de gestionar los riesgos de la actividad bancaria en cada caso, se podemos encontrar el fundamento para establecer la responsabilidad de los bancos. (Fernández, 2010, p. 617).

La responsabilidad civil de los bancos está respaldada por su diligencia profesional y su obligación legal de gestionar los riesgos de su actividad. Por lo tanto, no es necesario recurrir al principio de buena fe para establecer su responsabilidad.

Los bancos tienen una posición privilegiada debido a su experiencia y conocimiento en su campo, lo que les permite manejar los riesgos que su actividad profesional implica y tomar medidas para evitar daños. Por esta razón, creemos que su responsabilidad (ya sea grave o leve) debe evaluarse según su capacidad de actuación en cada situación. (De Trazegnies, 2004, p. 31).

En relación a lo anterior, la obligación de diligencia que se impone a las compañías financieras incluye los principios del criterio "Lex Artis" que acepta las

decisiones en base a pruebas que aceptan o rechazan una forma de actuar, y de los cuales se desprende la responsabilidad de gestionar adecuadamente los riesgos operativos y crediticios mencionados previamente.

2.2.13 Repensando el rol de los riesgos bancarios en la responsabilidad civil

Basilea II mejoró la seguridad y solvencia del sistema financiero para los operadores financieros, pero para los operadores del derecho, ofrece una oportunidad de ampliar la perspectiva y repensar el derecho civil en diálogo con otras ciencias sociales. (De Trazegnies, 2004, p. 324-325).

La incorporación de los conceptos de gestión de riesgos en la responsabilidad civil de las entidades financieras es una expresión de la visión estratégica del derecho y su adaptación al "conjunto de la realidad". Esto es necesario para reivindicar la justicia social y sistémica en lugar de una bipartita y relacional." (De Trazegnies, 2004, p. 313. 329-332).

La finalidad de esta investigación es dar a conocer los conceptos de riesgo de crédito y riesgo operacional en el juicio de responsabilidad de los bancos; comunicar estos conceptos del derecho bancario que son sido reconocidos y regulados en nuestra legislación, con el derecho de la responsabilidad civil, en particular en el ámbito de los criterios de imputación. Creemos que dichas aproximaciones no son indiferentes, sino que pueden juntarse y sustentar o dar definición a múltiples casos de responsabilidad civil de los bancos en el ejercicio de su actividad. Estos conceptos son también jurídicos y únicamente falta relacionarlos o retroalimentarlos en la casuística.

Como hemos visto, la actividad bancaria conlleva riesgos que deben ser asumidos o distribuidos. Los bancos son los encargados de incorporar estos riesgos en sus precios (intereses) o asegurarlos, ya que tienen una mejor capacidad que sus clientes consumidores para hacerlo. Por lo tanto, la responsabilidad por los daños sufridos por un consumidor dependerá de la habilidad del banco para controlar o adoptar medidas necesarias para evitar su ocurrencia.

Los usuarios tienen el derecho de recibir servicios con estándares de seguridad y calidad, conforme a las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades financieras en materia de gestión de riesgos, en materia de seguridad y calidad en los distintos medios de servicios financieros.

Como hemos visto, la banca implica riesgos, y dado que estos riesgos deben tomarse o distribuirse, solo los bancos están obligados a incluirlos en el precio (tasa de interés) o asegurarlos, porque están en una mejor posición que sus clientes - consumidores. Esto lleva a la conclusión de que la responsabilidad por daños al consumidor dependerá de la capacidad del banco para controlar o tomar las medidas necesarias para evitar que suceda. El Banco tiene la capacidad y la responsabilidad de prevenir pérdidas gestionando hábilmente todos los riesgos relacionados con su negocio para evitar que sucedan. Si es necesario, también deben cubrirse contra estos riesgos, de acuerdo con las recomendaciones de la doctrina civil moderna y el derecho financiero.

Es importante recalcar que las reglas adoptadas por el Comité de Basilea en materia de riesgo operativo y de riesgo de crédito, y que regula nuestra legislación, son las que resultan aplicables en materia de responsabilidad del profesional financiero, responsabilidad aplicada a las actuaciones del personal a su servicio y a las fallas originadas en su infraestructura y en sus procesos tecnológicos.

Las entidades financieras se encuentran en mejores condiciones de prevenir los daños, gestionando como una organización financiera 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, trasladando los costos a los precios (los intereses y comisiones).

En nuestro país, los bancos no están cumpliendo con sus obligaciones legales y se ha reconocido que el crecimiento de sus ganancias se debe, en parte, a que no están asumiendo pérdidas que deberían ser responsabilidad de los consumidores y clientes bancarios.

También es importante destacar que la gestión de riesgos bancarios se basa en la idea de que la globalización económica busca expandirse hacia otros ámbitos

relacionados con el mercado y requiere que el Estado tenga una menor capacidad normativa. Este hecho no se nos escapa al analizar la situación. (Merino, 2016, p. 140).

Son los actores transnacionales públicos y privados los actuales productores del derecho global, considerando entre ellos precisamente al Comité de Basilea.

Si bien reflexiona Merino que no es muy democrático que los estándares legales sean producidos por estas corporaciones transnacionales (nuevos tipos de Leviatán), porque no intervienen los afectados por dicha regulación, consideramos que por lo menos en el tema que nos ocupa.

Es irónico cómo la obligación de gestionar los riesgos, que hemos redefinido a favor del consumidor, proviene de la regulación internacional privada y ha sido adoptada por los Estados. Sería difícil encontrar a alguien que niegue que estas reglas, creadas por los propios actores del mercado, son vinculantes, especialmente considerando que muchos de estos actores han reconocido su responsabilidad en los errores del pasado que los llevaron a buscar el rescate del Estado. Tal vez esta haya sido una forma de asumir la culpa o de aprender una lección valiosa. (Merino, 2016, p.140-141).

En realidad, los bancos se sometieron a sí mismos en la gestión de peligros y la integraron en su actividad, por lo que no deberían objetar que utilicemos esta gestión para evaluar su comportamiento hacia los usuarios. Nosotros, como juristas y la institución de responsabilidad civil, vemos favorablemente que los bancos nos muestren involuntariamente cómo juzgar sus acciones. Este camino se ha establecido y no se puede desandar, la institución de la responsabilidad civil lo ha registrado y hacer referencia a él es nuestra pequeña contribución.

No estamos seguros si los bancos estaban conscientes de las herramientas que ofrecían al instituto de la responsabilidad civil. Sin embargo, dado que vivimos en una sociedad del riesgo, donde los bancos han experimentado crisis mundiales, es urgente reflexionar sobre ellos y encontrar soluciones.

Es posible que la responsabilidad civil esté evolucionando en esta sociedad cada vez más consciente del riesgo, y puede que la gestión de los riesgos bancarios sea un componente clave en esta evolución.

CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1 Resultados en tablas y figuras

Descripción 1: Respecto a la responsabilidad civil de los bancos por la falta de medidas de seguridad para prevenir actividades fraudulentas, 3,8% totalmente en desacuerdo, 28,6% en desacuerdo, 12,1% en desacuerdo, 38,5% de acuerdo, totalmente de acuerdo Total 17%.

Descripción 2: Los resultados en función de la no inversión de medidas de seguridad en contra de los delitos informáticos se ha obtenido que: 2,7% totalmente en desacuerdo, 23,6% en desacuerdo, 11% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 37,9% de acuerdo y 24,7% totalmente de acuerdo.

Descripción 3: Los resultados en función a la no culpabilidad de los clientes de proporcionar su datos a terceros se tiene que: 3,3% totalmente en desacuerdo, 22,0% en desacuerdo, 18.1% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 37,9% de acuerdo y 24,7% totalmente de acuerdo.

Descripción 4: En lo que se refiere a la responsabilidad civil por el mal funcionamiento y manejo de los bancos en la actividad económica, se concluyó que el 5% está totalmente en desacuerdo, el 22,5% en desacuerdo, el 16,5% ni de acuerdo ni en desacuerdo, el 47,3% de acuerdo y el 13,2% totalmente de acuerdo.

Descripción 5: Respecto a la responsabilidad civil por falta de seguridad en operaciones fraudulentas: totalmente de acuerdo 4,4%, en desacuerdo 25,3%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 15,9%, de acuerdo 34,6%, totalmente de acuerdo 19,8%.

Descripción 6: Sobre la desproporcionalidad de información insuficiente del peligro de Phishing se tiene que: en desacuerdo 27.5%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 11.5%, de acuerdo 47.3%, totalmente de acuerdo 13.7%.

Descripción 7: Incumplimiento de las medidas de seguridad emitidas por la SBS: 1,6% totalmente en desacuerdo, 26,4% en desacuerdo, 10,4% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 39,6% de acuerdo, 22% totalmente de acuerdo.

Descripción 8: En cuanto a los beneficios de implementar medidas de seguridad en la lucha contra los delitos de phishing, 4,9% totalmente en desacuerdo, 20,9% en desacuerdo, 11% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 45,6% de acuerdo, 17,6% totalmente de acuerdo

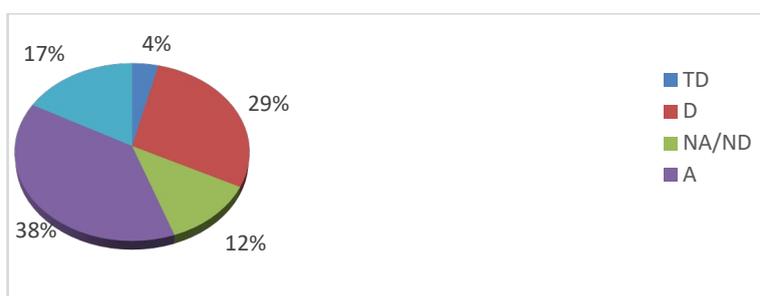
Descripción 9: Los resultados en función a falta de idoneidad de los bancos: totalmente en desacuerdo 2,2%, en desacuerdo 18,1%, ni de acuerdo ni en desacuerdo 13,7%, de acuerdo 43,4%, totalmente de acuerdo 22,5%.

Descripción 10: Los resultados en función a idoneidad de nivel de identificación en contra del Phishing: totalmente en desacuerdo 5 %, en desacuerdo 15,9 %, ni de acuerdo ni en desacuerdo 8,8 %, de acuerdo 48,4 %, totalmente de acuerdo 26,4 %.

Tabla 1.- Responsabilidad civil de los bancos

Descripción	Frecuencia	%
TD	7	3.8
D	52	28.6
NA/ND	22	12.1
A	70	38.5
TA	31	17.0
Total	182	100.0

Figura 1.- ¿Considera usted que debe acarrear una responsabilidad civil los bancos por falta de medidas de seguridad que deben tomar para detectar las operaciones fraudulentas?

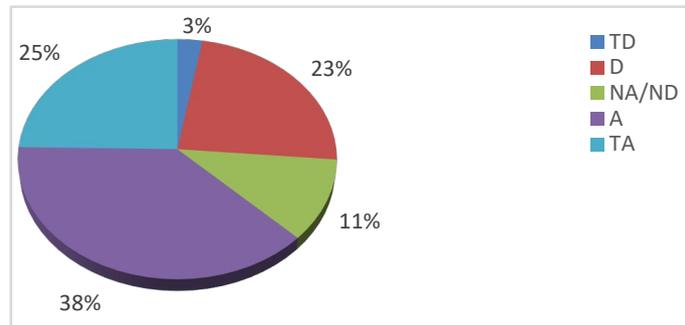


Fuente: Del autor

Tabla 2.- Seguridad Informática

Descripción	Frecuencia	%
TD	5	2.7
D	43	23.6
NA/ND	20	11.0
A	69	37.9
TA	45	24.7
Total	182	100.0

Figura 2.- ¿Cree usted que los bancos no invierten lo suficiente en las medidas de seguridad en contra de los delitos informáticos?

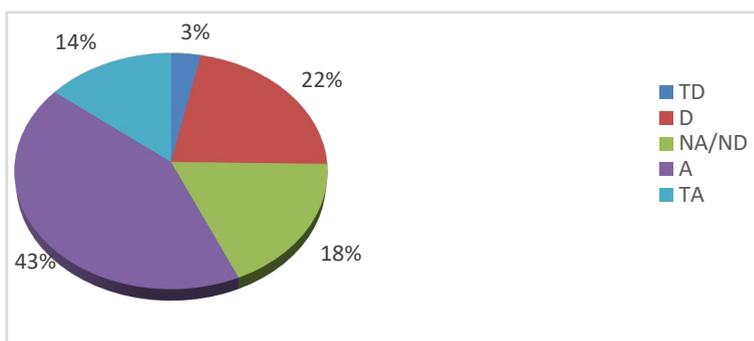


Fuente: Del Autor

Tabla 3.- Culpabilidad de los delitos

Descripción	Frecuencia	%
TD	6	3.3
D	40	22.0
NA/ND	33	18.1
A	77	42.3
TA	26	14.3
Total	182	100.0

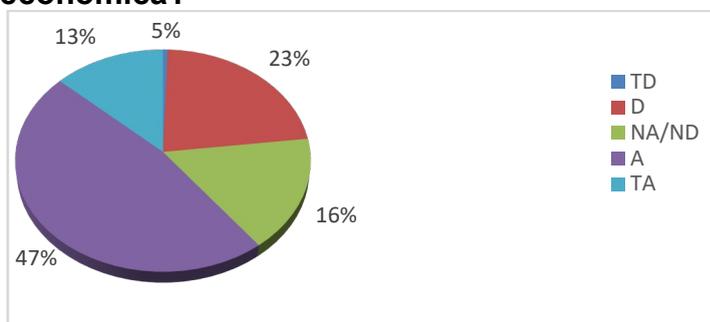
Figura 3.- ¿Cree usted que los bancos deben culpar a sus clientes por no tomar las medidas de seguridad y proporcionar sus datos a terceros?



Fuente: Del Autor

Tabla 4.- Responsabilidad Civil de los Bancos

Descripción	Frecuencia	%
TD	1	5
D	41	22.5
NA/ND	30	16.5
A	86	47.3
TA	24	13.2
Total	182	100.0

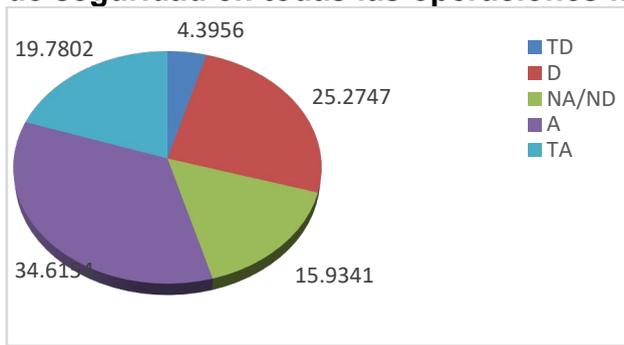
Figura 4.- ¿Considera usted que deba existir la responsabilidad civil de los Bancos por la indebida gestión de sus riesgos en la operación económica?

Fuente: Del autor

Tabla 5.- Responsabilidad Civil

Descripción	Frecuencia	%
TD	8	4.4
D	46	25.3
NA/ND	29	15.9
A	63	34.6
TA	36	19.8
Total	182	100.0

Figura 5.- ¿Cree que la responsabilidad civil de los bancos es por la falta de seguridad en todas las operaciones fraudulentas?

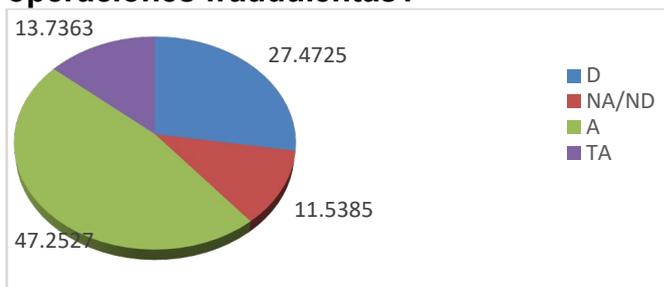


Fuente: Del Autor

Tabla 6.- Desproporcionalidad de información del Peligro de Phishing

Descripción	Frecuencia	%
D	50	27.5
NA/ND	21	11.5
A	86	47.3
TA	25	13.7
Total	182	100.0

Figura 6.- ¿Las iniciativas de empuje de los bancos a utilizar plataforma de Internet sin que exista información proporcional y suficiente acerca de los peligros Phishing generan una desproporcionalidad ante estas operaciones fraudulentas?

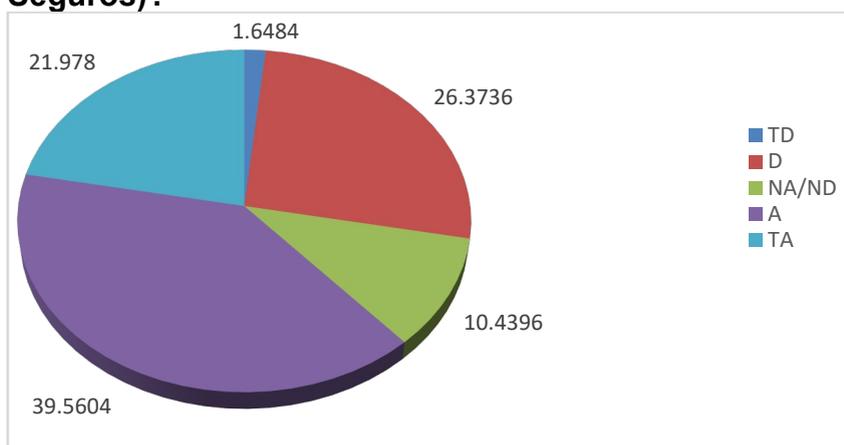


Fuente: Del Autor

Tabla 7.- Seguridad Emitida por la SBS

Descripción	Frecuencia	%
TD	3	1.6
D	48	26.4
NA/ND	19	10.4
A	72	39.6
TA	40	22.0
Total	182	100.0

Figura 7.- ¿Considera que los bancos no cumplen cabalmente con las medidas de seguridad emitidas por la SBS (Superintendencia de Banca y Seguros)?

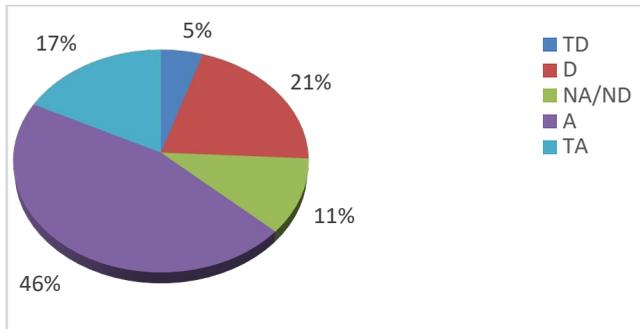


Fuente: Del Autor

Tabla 8.- Medidas de Seguridad

Descripción	Frecuencia	%
TD	9	4.9
D	38	20.9
NA/ND	20	11.0
A	83	45.6
TA	32	17.6
Total	182	100.0

Figura 8.- ¿Cree usted que sería beneficioso que los bancos adopten prácticas que permitan reducir las vulnerabilidades de inseguridad de dichos sistemas en contra de los delitos informáticos como Phishing?

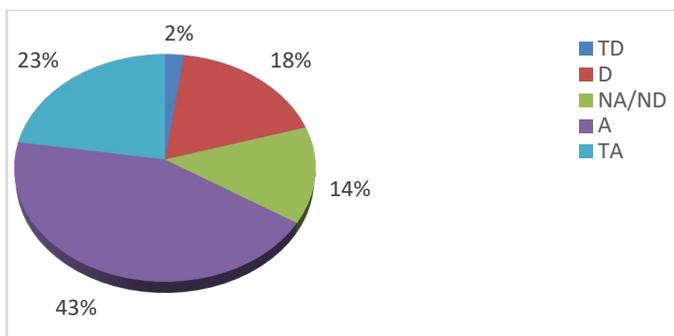


Fuente: Del Autor

Tabla 9.- Idoneidad de los Bancos

Descripción	Frecuencia	%
TD	4	2.2
D	33	18.1
NA/ND	25	13.7
A	79	43.4
TA	41	22.5
Total	182	100.0

Figura 9.- ¿Considera que son vulnerables los principios *restitutio in integrum* y *in dubio pro consumidor* frente a los casos de falta de idoneidad de los bancos?

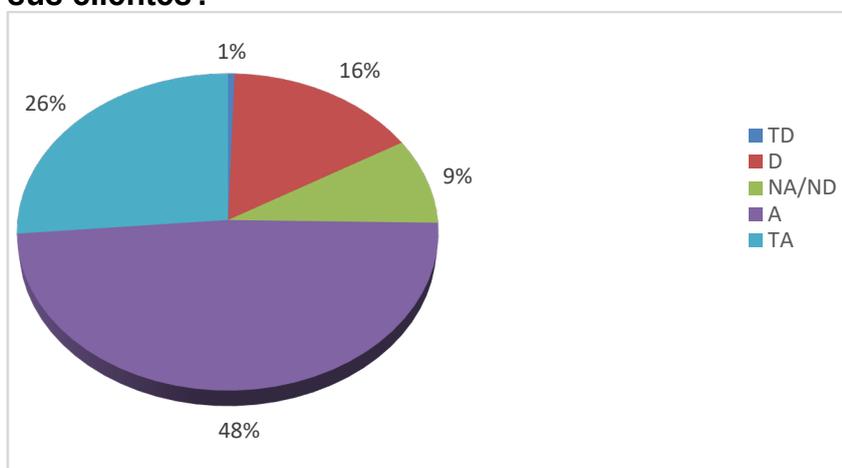


Fuente: Del Autor

Tabla 10.- Idoneidad del nivel de identificación en contra del Phishing

Descripción	Frecuencia	%
TD	1	.5
D	29	15.9
NA/ND	16	8.8
A	88	48.4
TA	48	26.4
Total	182	100.0

Figura 10.- ¿Usted considera que el nivel de identificación de los bancos en contra de los fraudes informáticos es el idóneo para el beneficio de sus clientes?



Fuente: Del Autor

3.2 Discusión y contrastación de hipótesis

Analizar la responsabilidad civil de las entidades financieras, en relación al riesgo de las actividades que realizan.

Los resultados basados en la responsabilidad civil de los bancos por falta de garantías contra actividades fraudulentas fueron los siguientes: Totalmente en Desacuerdo 3,8%, En Desacuerdo 28,6%, Ni de Acuerdo ni en Desacuerdo 12,1%, 38,5% De Acuerdo, 17% Totalmente de Acuerdo (Fig. 1).

Al respecto se obtuvieron los resultados de la responsabilidad civil de los bancos por manejo indebido de operaciones financieras: categóricamente en desacuerdo 5%, en desacuerdo 22.5%, en general en desacuerdo 16.5%, de acuerdo 47.3%, en general de acuerdo 13.2%. (Figura 4)

Con base en los resultados obtenidos, los bancos son considerados profesionales de acuerdo a sus actividades, teniendo en cuenta la especialización del negocio que realizan, la diligencia que se debe observar tanto objetiva como subjetivamente sobre los riesgos creados por su alta cualificación, lo cual enfatiza la responsabilidad del banco en relación con su condición de experto en la materia.

Rodríguez, A. (2013). En un estudio titulado “Análisis Económico de la Responsabilidad de los Bancos por Fraude Electrónico: Riesgo Beneficios, Riesgos y Riesgos”, tesis doctoral seleccionada por la Maestría de la Pontificia Universidad Javeriana, planteó en la conclusión final: La responsabilidad de los bancos en el fraude electrónico hacia sus clientes bajo el régimen de responsabilidad subjetiva y el régimen de responsabilidad objetiva, seguido de un análisis de la eficiencia de cada persona utilizando algunas herramientas microeconómicas

Campos (2016). En su estudio: “Responsabilidad civil de los bancos por la mala gestión de riesgos en las operaciones económicas de financiación de la compra de bienes inmuebles planificados” para optar el grado de magister en derecho civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, afirmando en su conclusión:

La actividad económica de financiación de la compra del inmueble proyectado se estructura a través de tres relaciones jurídicas claramente independientes: la primera es un préstamo entre el banco y la promotora inmobiliaria, la primera concede a esta última un préstamo de construcción (el préstamo promotor), y en segundo lugar, el vendedor (y el promotor inmobiliario) y el comprador de la compra de la propiedad, y el tercero es una transacción entre el comprador y el banco que financia la compra de la propiedad (préstamo final); de hecho, ambos forman una sola relación jurídica tripartita, una operación económica global. Según los autores, aún

hoy se consideran servicios financieros todas las operaciones realizadas por los clientes como parte de una determinada industria, fuera de la base de la protección al consumidor y donde las consideraciones de protección al consumidor se desplazan hacia la intervención directa para proteger al consumidor y tener un mejor control del diseño de servicios.

Delimitar cuales son los casos de fraudes electrónicos bajo la modalidad *phishing*.

Los resultados desproporcionados basados en información insuficiente sobre los peligros del phishing se tienen: En desacuerdo 27,5 %, Ni de acuerdo ni en desacuerdo 11,5 %, De acuerdo 47,3 %, muy de acuerdo 13,7 % (Figura 6). En base a los beneficios de implementar medidas de seguridad para combatir los delitos de phishing, los resultados deberían ser los siguientes: 4,9% muy de acuerdo, 20,9% en desacuerdo, 11% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 45,6% de acuerdo, 17,6% muy de acuerdo (Figura 9).

De acuerdo con los resultados obtenidos, la decisión se tomó en base a la desproporcionada cantidad de información que los agentes bancarios entregan a sus clientes sobre este delito de phishing, que ha crecido tanto en América Latina y Perú que se ha afirmado que su práctica es superior a este delito de phishing, en el mundo es un 20% superior en otros lugares, por lo que los riesgos son digitales y el phishing es uno de los más importantes. Salas D. (2010). En su investigación titulada “Responsabilidad Civil de los Bancos ante los Clientes por Delitos Informáticos”, tesis seleccionada para la carrera de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos dice en sus conclusiones finales:

Los bancos tienen responsabilidad civil por los delitos informáticos cometidos por los clientes. Para ello, el objetivo general es comprobar si el banco tiene responsabilidad civil si uno de sus clientes es víctima de un delito informático. Para lograr este objetivo, además de los objetivos específicos, se utilizan fuentes primarias que abordan los temas incluidos en este estudio, entre los que se encuentran la responsabilidad civil, la atribución objetiva, los delitos informáticos,

los mecanismos de seguridad, los derechos del consumidor, etc. Además, se utiliza la investigación cara a cara para obtener información directa necesaria para el desarrollo de la investigación a través de entrevistas y encuestas.

Atza (2017). En su estudio: "Gestión del riesgo financiero y su impacto en la rentabilidad de las empresas bancarias, región de San Isidro, 2017", el título profesional de contador público escoge de las conclusiones finales:

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad determinar cómo incide la gestión del riesgo financiero en la rentabilidad de las empresas bancarias del distrito de San Isidro en el año 2017. La importancia de esta investigación se fundamenta en la necesidad que tienen las empresas del sector bancario de gestionar sus riesgos financieros en el 2017. para reducir la posibilidad de sufrir grandes pérdidas que incluso pueden conducir a su quiebra. Dichos problemas para esta unidad de negocio se relacionan principalmente con la medida en que está expuesta a posibles cambios repentinos en su entorno, que se manifiestan como riesgos financieros. El banco debe determinar el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir y cómo se gestionará. Los autores señalan que el elevado número de casos de phishing demuestra que los bancos no informan de forma suficiente y específica a los clientes sobre los riesgos asociados a la banca online, que debería ser específica, clara y voluntaria, especialmente cuando muchos clientes no están familiarizados con la tecnología y sus riesgos.

Proponer un proyecto de Ley que regule la responsabilidad de los bancos en función al *phishing* en la Ley General de Banca y Seguros.

Resultados basados en el incumplimiento de las medidas de seguridad emitidas por la SBS: 1,6% muy en desacuerdo, 26,4% en desacuerdo, 10,4% ni de acuerdo ni en desacuerdo, 39,6% de acuerdo y 22% muy de acuerdo (Figura 7). Los resultados basados en la aplicabilidad del nivel de identificación al phishing son: Muy en desacuerdo 5%, En desacuerdo 15,9%, Ni de acuerdo ni en desacuerdo 8,8%, De acuerdo 48,4%, Muy de acuerdo 26,4%. (Figura 10).

La información obtenida muestra que el proyecto de regulación de la responsabilidad bancaria del phishing es fundamental, debido a que actualmente se sabe que los bancos no cuentan con los mecanismos ideales para combatir

de manera efectiva los delitos informáticos como el phishing para sus clientes. Chozo (2016). En su estudio: “Riesgo de crédito, riesgo soberano y actividad económica en el Perú, 2011 - 2013” luego de optar por el título profesional de economista en la Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo, concluye: Las instituciones financieras de todo el mundo enfrentan dificultades durante períodos de expansión caracterizados por malas calificaciones crediticias, mala gestión de riesgos de cartera y falta de atención a los cambios económicos que afectan la solvencia de los deudores. Por lo tanto, la regulación y supervisión bancaria debe ser más detallada para evitar la expansión del riesgo crediticio al final del ciclo.

Chaparro (2017). En su estudio “Arrendamiento Financiero y Obligaciones Extracontractuales de los Bancos”, titulado Magíster en Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, concluye:

Un análisis de los casos muestra que la Corte Suprema de mi país considera que los bancos son los responsables de cubrir los costos de los daños a los bienes arrendados por leasing, lo que incrementará el costo del arrendamiento financiero, lo que se verá reflejado en tasas más altas.

Según los autores, la responsabilidad bancaria debe regularse porque los clientes están en riesgo en todas las actividades bancarias, y si estos delitos se regulan de manera óptima al final del ciclo de expansión, todas las partes involucradas en las actividades se benefician de ello.

Casuística

Caso 1

Según lo expresado por el periódico Gestión (2019), que hace referencia a un nuevo récord de fraude de nombres de dominio en Internet en 2018 con 3.447 casos, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) recibió 3.447 denuncias en 2018. Fraude de nombres de dominio de Internet, un 12 por ciento más que en 2017.

Estas denuncias de "ciberocupación" (creación fraudulenta de nombres de dominio que se asemejan a otros nombres de dominio propiedad de una organización o empresa) afectaron a 5.655 nombres de dominio, detallando la organización en la que se basaron las Naciones Unidas. Observó un aumento en el fraude relacionado con nuevos nombres de dominio como: online, life o app. Por país, Estados Unidos fue la principal fuente de quejas (976) y denunciantes (840), con casos contra dominios chinos cayendo al segundo lugar (466), seguido por Reino Unido (216). Por industria, el 12 por ciento de las empresas denunciadas y afectadas pertenecían al sector financiero, el 11 por ciento a empresas farmacéuticas y biotecnológicas, el 11 por ciento a empresas de Internet y el 8 por ciento a marcas de moda. "La cantidad de casos refleja la necesidad de una vigilancia continua por parte de los propietarios de marcas de todo el mundo", dijo el director general de la OMPI, Francis Geary, en un comunicado, y agregó que esta es una forma de fraude que afecta a los consumidores en todos los casos. Estos tipos de dominios fraudulentos a menudo se escriben como páginas web muy populares, pero con algunas letras cambiadas, lo que da como resultado que las páginas a menudo vendan productos falsos o "phishing" (robo de identidad para obtener información bancaria, personal y otra información valiosa).

Caso 2

Se refirió a que según la redacción de Perú21, dijo que los delitos siempre se ocultan, desarrollando nuevas formas de robarle. Por lo tanto, debe tener mucho cuidado al usar tarjetas bancarias, incluidas las tarjetas de crédito y

débito. El tipo de fraude más común en el país es la "clonación". Los delincuentes utilizan dispositivos electrónicos para extraer toda la información de las bandas magnéticas. Para evitar esto, la primera regla es no olvidar su tarjeta y no compartir su PIN con nadie durante la operación. El Banco de Crédito recomienda solicitar el pago inalámbrico en un punto de venta o restaurante. La "clonación" no es posible con este sistema. El usuario puede solicitar a su banco una tarjeta con chip. Los costos promedian S/.4 por mes, pero varían según la unidad. Además, hay beneficios adicionales a los que puede suscribirse, como un seguro contra robo. Este tema es tan importante que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) viene trabajando en una norma que hará obligatorio este dispositivo para todos los plásticos emitidos a partir de julio de 2014. Otro tipo de fraude común es el "cambiado", donde los delincuentes aprovechan la atención de los usuarios para quedarse con la tarjeta. Interbank recomienda firmar o marcar la tarjeta para facilitar la identificación. Trate de usar los cajeros automáticos durante el día y en áreas concurridas. Nunca acepte ayuda de extraños y cubra siempre el teclado cuando ingrese su contraseña.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- Las entidades bancarias tienen una responsabilidad económica de resarcir el daño a sus clientes cuando estos sean víctimas del delito informático de phishing; debido a que, el ilícito penal se configura dentro de sistema bancario esto es por la vulnerabilidad del sistema de protección del patrimonio de los clientes, puesto que no resguarda o protege los datos de los clientes o hay déficit en su protección por parte de la entidad bancaria, siendo ella responsable directa, porque es quien debe de resguardar estos bienes.
- La responsabilidad civil de las entidades financieras, en relación al riesgo de las actividades que realizan se encuentra estrechamente ligada al tipo de la naturaleza de la relación jurídica entre la entidad y el cliente, además en este tipo de relaciones jurídicas entra a tallar la SBS, siendo un órgano de supervisión de estas relaciones y protección de los interés y derechos de los consumidores o clientes.
- Los casos de fraudes electrónicos bajo la modalidad phishing, se encuentran enmarcados es estos tipos de phishing que son el fraude por medio de las redes sociales, el fraude mediante el telemarketing y además también se pronuncia mediante los operadores de búsqueda en donde el consumidos esta vulnerable a que sea víctima del delito de phishing.
- Proponiendo el proyecto de Ley que regule la responsabilidad de los bancos en función al *phishing* en la Ley General de Banca y Seguros, se estaría protegiendo además de los datos personales de los clientes y además el patrimonio de estos, con lo que se estaría logrando una adecuada seguridad jurídica en distintos campos como por ejemplo del comercio electrónico que no está regulado de la manera adecuada en la *lex mercatoria*.

Recomendaciones

- Que las entidades bancarias cuenten con responsabilidad civil ante el daño patrimonial causado a los datos y patrimonio de los clientes o consumidores cuando se configure un fraude electrónico bajo la modalidad de phishing.
- Que las entidades bancarias en relación a la naturaleza del contrato o relación jurídica con el cliente, esta debe de advertir de los posibles riesgos que sufran los clientes, además de informar y garantizar una buena seguridad jurídica en dicha relación.
- Se debe de delimitar cuales son los casos de fraudes electrónicos bajo la modalidad *phishing*, esto es con finalidad de tener regulados de manera expresa en la norma y que tengan un buen tratamiento de acuerdo a la modalidad.
- Se debe de proponer un proyecto de Ley que regule la responsabilidad de los bancos en función al *phishing* en la Ley General de Banca y Seguros, siendo este un organismo competente para realizar acciones directas sobre las entidades bancarias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. (2001). Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, traducción a cura de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica.
- Alpa, G. (2004). Derecho del consumidor, traducción a cura de Juan Espinoza, Lima: Gaceta Jurídica.
- ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones, ob. cit., p. 86 y Rodríguez, A. (2014). "Análisis Económico de la Responsabilidad bancaria frente los fraudes electrónicos: el riesgo provecho, el riesgo creado y el riesgo profesional", en Universitas N°128, Bogotá.
- Alvergaria, M. (2006). Las instituciones financieras en la responsabilidad de orden socioeconómico, tesis para obtener el grado de magíster en Derecho de la Empresa, Nova Lima. Facultad de Derecho Milton Campos.
- Anaya Saade, C, (2012). "Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca", en Revista mercatoria, vol. XI, N° 1, Bogotá.
- Anaya, C. (2012). "Riesgos en las transacciones electrónicas bancarias. Una carga que debe ser asumida por la banca", en *Revista Mercatoria*, vol. 11, N° 1, Universidad Externado de Colombia.
- Angel, M. & Suárez, S. (2005). "La responsabilidad civil de directores y administradores de entidades financieras y la aplicación de la póliza" (Tesis de Pregrado) Recuperado de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TE SIS%2025.pdf>
- Aramburo, M. (2008). "Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo xxi", en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 38, N° 108.
- Artaza, A. (2017). "Gestión de riesgos financieros y su incidencia en la rentabilidad de las empresas del sector bancario, distrito de San Isidro, año 2017" (Tesis de Pregrado) Recuperado de http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/12152/Artaza_LAV.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Baena, L. (2013). Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

- Beck, U. (2013). *La sociedad de los riesgos: Hacia una nueva modernidad*, traducido por Jorge Navarro, Barcelona: Paidós, 1998. BELTRÁN PACHECO, Jorge y Marco Torres MALDONADO, "La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. ¿Y qué pasó al bien? A propósito del do ut des", en Torres Carrasco, Manuel (coord.), *Los contratos: Consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Boatright, J. (2011). "La ética de la gestión de riesgos: una perspectiva poscrisis".
- Campos, A. (2018). "*La responsabilidad civil de los bancos en compras financiadas en planos de inmuebles y en operaciones por Internet*", Lima: Instituto Pacífico.
- Campos, J. (2016). "La responsabilidad civil de los bancos por la indebida gestión de sus riesgos en la operación económica de compra financiada de un inmueble en planos" (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/9212>
- Cavanillas, S. (1987). *Transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi.
- Chaparro, E. (2017). "Arrendamiento financiero y la responsabilidad extracontractual de los bancos" (Tesis de Maestría). Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/8105/CHAPARRO_QUISPE_ELIZABETH_ARRENDAMIENTO_FINANCIERO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Chozo, V. (2016). "Riesgo crediticio, riesgo país y actividad económica peruana, 2011 – 2013" (Tesis de Pregrado). Recuperado de http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/852/1/TL_ChozoSeclenVivianadelRocio.pdf
- Coleman, J. (2010). *Riesgos y daños*, Madrid: Marcial Pons.
- D'amico, G. (2015). "*Contribución a la teoría de la responsabilidad contractual*" Lima: Legales Instituto.
- De Trazegnies, F, (2015). "Responsabilidad por riesgo", en *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. n, Lima: Instituto Pacífico.

- De Trazegnies, F. (1991). "El Derecho Civil ante la post-modernidad", en *Derecho PUCP*, N° 45, Lima.
- El Comercio (2017). "'Phishing' y 'bots': las amenazas al comercio en Latinoamérica". Recuperado de <<https://bit.ly/2O1r1ow>>.
- El Comercio (2017). "Las utilidades de los bancos crecieron 35% hasta setiembre". Recuperado de <<https://bit.ly/2RjxadM>>.
- Espinoza, J. (2007). *Derecho de la responsabilidad civil*, 5° ed., Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2008). "*Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*", Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2016). "Notas sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante transformación?", en *Themis*, N° 70, Lima.
- Favale, R. (2015). "La responsabilidad profesional del abogado en Italia", en *Actualidad Civil*, N° 18, Lima.
- Fernández, G. (1997). "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: La división de sistemas y la previsibilidad", en AA. VV., *Derecho civil patrimonial*, Lima: PUCP.
- Fernandez, G. (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.
- Fernández, G. (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.
- Fernández, G. (2005). "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el derecho continental y en el Código Civil peruano)", en *Themis*, N° 50, Lima.
- Figuroa, H. (2010). *Derecho del mercado financiero*, vol. r, Lima: Grijley.

- Franzoni, M. (2009). "La evolución de la Responsabilidad a partir del análisis de sus funciones", en Responsabilidad civil contemporánea, Lima: Ara Editores.
- Gabrielli, E. (2012). "La operación económica en la teoría general del contrato", *Ius Et Veritas*, N° 44, Lima.
- Gerscovich, G. (2003). "Marcos del derecho bancario y financiero", en Derecho bancario y financiero moderno. Principios generales. Mercados. Contratos. Responsabilidad. Insolvencia, Buenos Aires: Ad-hoc SRL. Villela Editor.
- Gestión (2018), BCP, "Nuestra principal competencia no es otro banco, sino el dinero en efectivo". Recuperado de <<https://bit.ly/2NloksF>>.
- Gestión (2018), "Indecopi: 45 de cada 100 reclamos son contra entidades financieras", Recuperado de <<https://bit.ly/2spFoWQ>>.
- Gherzi, C. (1995). Responsabilidad profesional, Buenos Aires: Astrea.
- Gonzales, A. (2000). "Responsabilidad civil y administrativa por el ejercicio de la función de intermediación en financiera Revista de derecho privado, Bogotá: Universidad de los Andes, N° 24.
- Grondona, M. (2015). "La responsabilidad de los proponentes y el nexo de ocasionalidad necesaria. Función de la institución y problemas operativos", en Derecho civil extrapatrimonial y responsabilidad civil, Lima: Gaceta Jurídica.
- Haro, J. (2004). "¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada", *Themis*, N° 49, Lima.
- Haro, J. (2004). "¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada", *Themis*, N° 49, Lima: PUCP.
- Jimenez, E & Martin, J. (2005). "El nuevo acuerdo de Basilea y la gestión del riesgo operacional", en *Universia Business Review*.
- Josserand, L. (1950). Derecho Civil, vol. II, Buenos Aires: Bosch.
- La República (2018), "Vacían cuenta de ahorros clonando página web de entidad bancaria". Recuperado de <<https://bit.ly/2QrMQua>>.
- León, L, (2003). La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, 3ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017. Lorenzetti, Ricardo, Consumidores, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

- Lorenzetti, R (1995). Las normas fundamentales de derecho privado, Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (2001). Derecho contractual. Nuevas formas contractuales, Lima: Palestra.
- Lorenzetti, Ricardo, "La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza". Revista de Derecho del Consumidor, N° 350, San Pablo: Revista dos Tribunais, 2000.
- Manrique, C. (2007). "La moderna concepción de la Buena Fe Objetiva como regla universal para los contratos", en Revista de Derecho Privado, N° 38, Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Mariño, A. (2004). Responsabilidad por utilización indebida de tarjetas de crédito, Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Martín, (2003). "Responsabilidad objetiva: supuestos especiales versus cláusula general", Derecho privado europeo, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Madrid: Colex.
- Martín, J. (2009). La responsabilidad civil del abogado, del procurador y de sus sociedades profesionales, Barcelona: Bosch Editor.
- Martínez, G. (2005). "Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea", en Revista de Derecho Informático, N°80, Alfa-Redi.
- Martínez, M. (2005). *"Responsabilidad Civil de las Entidades Financieras por la Generación, Difusión, y Mantenimiento de Información Crediticia Errónea"*. Perú: Derecho Informático. Lima: Gaceta Jurídica.
- Mascareñas, J, (2010). Introducción al riesgo en la empresa, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Mazeaud, Henry; MAZEAUD, León & André T (1963). Tratado teórico y práctico de la Responsabilidad Civil, t. I, vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Merino, R, (2016). Justicia social y economía en la teoría del derecho. Las intersecciones entre el derecho, la economía y la política, Lima: Palestra.
- Messina, G, (2004). Riesgos de empresa. Responsabilidad civil del empresario, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mosset, J. (2006). Responsabilidad por daños. Responsabilidad de los profesionales, t. v, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

- Picazo & Ponce, L (2011). Fundamentos de derecho civil patrimonial. La Responsabilidad Civil extracontractual, t. v, Madrid: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor.
- Przarro, D, (2015). Tratado de la responsabilidad objetiva, t. n, Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Reglero, F, (2008). "Los sistemas de responsabilidad civil", en Tratado de responsabilidad civil, t. r, Parte general, Fernando Reglero Campos (coord.), Madrid: Thomson Aranzadi, Cizur Menor.
- Rodríguez, S, (2005). Negocios fiduciarios: su significación en América Latina, Bogotá: Legis.
- Salas, D. (2010). "Responsabilidad Civil Bancaria frente al cliente por Delitos Informáticos" (Tesis de Pregrado) Recuperado de <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Tesis-Daniela-Salas.pdf>
- Schiesaro, A. (2016). "El contrato asimétrico", traducción de Ricardo Geldres, Actualidad Civil, N°22, Lima.
- Vodanovic, (2012). "Una visión global de la regulación financiera y una propuesta interesante: el caso de Inglaterra", en *Ius et Veritas*, n.o 44, Lima.
- Woolcott, O. (2002). La responsabilidad civil de los profesionales, Lima: Ara.
- Yzquierda, M. (1989). La responsabilidad civil del profesional liberal, Madrid.
- Zunzunegui, F, (2013)."Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos", en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Madrid.
- Zunzunegui, F. (2013). "*Derechos del consumidor de servicios y productos. Derecho del Mercado*" Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

Mediante esta técnica de recopilación de datos se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada al trabajo de investigación que permitirá contrastar la variable dependiente con la independiente, los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadro, marque con una X, la opción que usted crea conveniente.

1: Totalmente desacuerdo 2: Desacuerdo 3: Ni de acuerdo, Ni desacuerdo 4: De acuerdo 5: Totalmente desacuerdo

N°	PREGUNTAS	1	2	3	4	5
01	¿Considera usted que debe acarrear una responsabilidad civil los bancos por falta de medidas de seguridad que deben tomar para detectar las operaciones fraudulentas?					
02	¿Cree usted que los bancos no invierten lo suficiente en las medidas de seguridad en contra de los delitos informáticos?					
03	¿Cree usted que los bancos deben culpar a sus clientes por no tomar las medidas de seguridad y proporcionar sus datos a terceros?					
04	¿Considera usted que deba existir la responsabilidad civil de los Bancos por la indebida gestión de sus riesgos en la operación económica?					
05	¿Cree que la responsabilidad civil de los bancos es por la falta de seguridad en todas las operaciones fraudulentas?					
06	¿Las iniciativas de empuje de los bancos a utilizar plataforma de Internet sin que exista información proporcional y suficiente acerca de los peligros Phishing generan una desproporcionalidad ante estas operaciones fraudulentas?					
07	¿Considera que los bancos no cumplen cabalmente con las medidas de seguridad emitidas por la SBS (Superintendencia de Banca y Seguros)?					
08	¿Cree usted que sería beneficioso que los bancos adopten prácticas que permitan reducir las vulnerabilidades de inseguridad de dichos sistemas en contra de los delitos informáticos como Phishing?					
09	¿Considera que son vulnerables los principios <i>restitutio in integrum</i> y <i>in dubio pro consumidor</i> frente a los casos de falta de idoneidad de los bancos?					

10	¿Usted considera que el nivel de identificación de los bancos en contra de los fraudes informáticos es el idóneo para el beneficio de sus clientes?					
-----------	---	--	--	--	--	--

FÒRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE REGULE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS EN FUNCIÓN AL PHISHING EN LA LEY GENERAL DE BANCA Y SEGUROS.

INCORPORAR EL ARTICULO 382 EN LA LEY GENERAL DE BANCA Y SEGUROS, EN RELACIONA A LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS EN FUNCIÓN AL PHISHING Y

Artículo 1. Objeto de ley

La presente iniciativa legislativa tiene como objeto incorporar el artículo 382 en la Ley General de Banca y Seguros, en relación a la responsabilidad de los bancos en función al phishing.

Efectos De La Vigencia De La Norma:

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, coadyuva a tener una mejor seguridad jurídica y una adecuada responsabilidad de las entidades bancarias.

Análisis Costo Beneficio:

La presente propuesta no genera gasto para el Estado, por el contrario busca garantizar, salvaguarda y proteger los derechos e intereses de los consumidores.



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Yoni Lluen Gonzales
Título del ejercicio: ASESORIA POSTGRADO 1
Título de la entrega: INFORME
Nombre del archivo: TESIS_BANCOS_TURNITN_2.docx
Tamaño del archivo: 437.98K
Total páginas: 83
Total de palabras: 21,122
Total de caracteres: 114,216
Fecha de entrega: 18-abr.-2023 04:55p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega... 2068721856

**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**
ESCUELA DE POSGRADO
**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN
EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**"Análisis De La Responsabilidad Civil De Los Bancos Por El
Riesgo De Phishing - Chiclayo 2018"**

TESIS
**Presentada para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial**

AUTOR:
Lluén Gonzales Yoni

ASESOR:
Dr.

LAMBAYEQUE - PERÚ
2023


Miguel Arcángel Arana Cortez.
DNI N° 19222634