

La Contratación Electrónica de Servicios Financieros: Características y Principales Implicancias Legales

Maria del Carmen Yuta González*

Resumen:

En la primera parte del artículo se propone destacar la importancia que crecientemente experimenta la contratación electrónica en el ámbito de los servicios financieros, y como consecuencia de ello, las nuevas expresiones que surgen en la prestación de operaciones financieras pasando por una distinción conceptual de servicios y canales financieros. En este contexto, se configuran nuevos retos para los actores de la industria de este tipo de servicios que les exige continua especialización e innovación en el diseño de productos, de modo que éstos estén en grado de satisfacer las exigencias actuales de consumidores que cuentan con un perfil cada vez más informado, sofisticado y tecnológico en la adopción de sus decisiones de consumo.

En la segunda parte del artículo se describirá el tratamiento regulatorio local aplicable a la contratación electrónica de servicios financieros, destacando aquellos aspectos regulatorios que la distinguen respecto de la contratación tradicional, esto es, la contratación presencial por medios escritos. En esta sección se identificará a su vez las principales implicancias regulatorias de cara al consumidor y a la industria, tomando como referencia experiencias regulatorias a nivel comparado que puedan resultar interesantes de comentar en la formulación de consideraciones a que hubiera lugar.

Palabras clave:

Banca Electrónica – Contratación electrónica – Canales electrónicos de servicios – Empresas del sistema financiero – Factores de Autenticación – Firma digital – Microformas – Servicios financieros.

Abstract:

The first part of the article seeks to highlight the importance that increasingly electronic trading experience in the field of financial services, and as a result of that the new expressions that arise in providing financial transactions through a conceptual distinction of services and financial channels. In this context, new challenges for the industry players requiring them continuing specialization and innovation in product design, in order to satisfy the current demands of consumers who have configured one profile increasingly informed, sophisticated technology in making their consumption decisions.

In the second part of the article, I will describe the local regulation which applies to electronic contracting in comparison with the regulation that applies to the traditional contracting which use printed information and oral presentations. This section identifies also the main regulatory implications for the consumer and the industry, with reference of compared experiences that may be interesting to comment on the formulation of considerations if applicable.

Keywords:

Electronic Banking – Electronic Contracting – Services of electronic channels – Financial Systems – Authentic Factors – Digital signature – Microforms – Financial Services

Sumario:

1. Introducción – 2. Alcance del presente estudio - 3. De las nuevas expresiones que surgen en la prestación de servicios financieros – 4. Del tratamiento regulatorio aplicable a la contratación electrónica de servicios financieros – 5. Reflexiones finales

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Finanzas y Derecho Corporativo en la Universidad ESAN, Lima, Perú; con mérito en el mejor trabajo de tesis de su promoción (*Banking group as a mechanism for financial inclusion*). Máster en Internacionalización de empresas en *Nuovo Istituto di Business Internazionale* - NIBI, Milán, Italia. Profesora invitada en el curso de "Regulación y Supervisión del Sistema Financiero" en la Maestría de Derecho Bancario y Financiero de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. Introducción

Iniciamos este estudio haciendo referencia al papel de la regulación en el desarrollo de los servicios financieros, y la forma cómo un modelo regulatorio cobra especial relevancia fundamentalmente en contextos en los que la promoción de la inclusión financiera representa una política de Estado. En este escenario, aquellos servicios financieros que por su naturaleza resulten más inclusivos requerirán especial atención por parte del regulador en el diseño de propuestas normativas que impulsen su desarrollo sin descuidar otros objetivos regulatorios que puedan estar detrás.

Como se sabe, los servicios financieros vienen desarrollándose vertiginosamente en un contexto como el actual, globalizado y tecnológico. Así, el rol del regulador, a través de la formulación de propuestas regulatorias es crucial si lo que se pretende es un crecimiento sostenido de los servicios financieros de modo formal y eficiente. El término “servicios financieros” no debe confundirse necesariamente con aquellos servicios prestados por agentes que conforman el sistema financiero (llámense bancos o entidades financieras), ya que tales servicios pueden involucrar perfectamente a empresas del sector real que en el marco del ejercicio de sus actividades comerciales ven rentable la posibilidad de ofrecer servicios financieros (como podrían ser empresas de telecomunicaciones o de tecnología) sin la participación necesariamente de las empresas del sistema financiero, o bien diseñando con éstas alianzas estratégicas.

Ciertamente, los servicios financieros comprenden la labor de intermediación financiera, entendida en nuestra regulación local como la captación de fondos del público bajo cualquier modalidad para su posterior colocación en el público en forma de créditos y de inversiones; así como actividades

relacionadas a la intermediación financiera como es el caso de los servicios de créditos. Dicha labor de intermediación financiera y los servicios asociados a la misma son provistos exclusivamente por empresas del sistema financiero¹, y respecto de éstas vale la pena precisar que existe una importante carga regulatoria expresada en el cumplimiento de una serie de obligaciones legales² que tienen por finalidad asegurar la solvencia y la estabilidad del sistema financiero, cobrando especial relevancia en este contexto la protección al ahorro del público como bien jurídico constitucionalmente tutelado. El mercado de intermediación financiera es conocido como “mercado de intermediación indirecta”³.

Por otro lado, la clasificación de servicios financieros incluye, a su vez, a todos aquellos servicios que no comprende la intermediación financiera, pues el agente financiero no opera con fondos del público, no asume la titularidad ni el riesgo de los fondos que administra, y tampoco efectúa, respecto de éstos, ni colocaciones ni inversiones. Bajo esta categoría de servicios, el agente es tan solo un facilitador de transacciones financieras, siendo un claro ejemplo los servicios de pagos y transferencias de fondos, el otorgamiento de créditos con recursos propios de los agentes (no del público), o la labor de contacto (*match financiero*) con otros proveedores de crédito. En este contexto, resulta oportuno mencionar la experiencia de países como Kenia y Filipinas⁴, donde el diseño de soluciones financieras innovadoras contribuyó al desarrollo de servicios de pagos y transferencias electrónicas a través de la participación de empresas del sector real, particularmente empresas de telecomunicaciones líderes en el sector. Tales experiencias ayudan a entender de modo más claro cómo la regulación requiere moldearse a las exigencias concretas de cada país, y de modo coherente con los objetivos regulatorios que corresponde cautelar al Estado.

- 1 Son aquellas entidades constituidas bajo la forma de sociedad anónima y cuentan con autorización de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) para dedicarse a la intermediación financiera y/o a las actividades relacionadas a ella. Se listan en el artículo 16° de la Ley N° 26702 y constituyen las siguientes categorías de empresas: empresas bancarias, empresas financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa (EDPYMEs), cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público, cajas rurales de ahorro y crédito, empresas de capitalización inmobiliaria, empresas de arrendamiento financiero, empresas de factoring, empresas afianzadoras y de garantías, empresas de servicios fiduciarios, empresas administradoras hipotecarias y bancos de inversión.
- 2 A modo de referencia hacemos mención general a la imposición de límites legales en función al patrimonio efectivo de las empresas, la constitución de reservas y de provisiones, aportes de primas al sistema de garantía de depósitos, exigencias de capital mínimo, el cumplimiento de normativa prudencial asociada a una adecuada gestión de riesgos, así como la satisfacción de estándares en materia de contratación y transparencia de información con usuarios del sistema financiero, entre otras obligaciones regulatorias.
- 3 Intermediación indirecta porque la labor de intermediación la realiza el agente financiero (empresa del sistema financiero), quién asume la titularidad y el riesgo del dinero que capta, y con tales fondos efectuar colocaciones o inversiones. En este contexto, el público ahorrista le confía a este agente financiero sus excedentes dinerarios, sin saber dónde éstos serán invertidos, asumiendo sólo frente al agente un derecho de crédito, decidiendo éste último dónde y cómo colocar los fondos del público que opera.
- 4 En Kenia, el uso dinero electrónico y la administración de monederos electrónicos, denominados “M-Pesa” fueron ofrecidos en un primer momento de modo exclusivo por el operador de telefonía “Safaricom”. El servicio opera a través de la telefonía celular (mensajes de texto SMS que comunican y confirman instrucciones de clientes) a partir del registro por medio de agentes denominados “M-Pesa agents”. En Filipinas, se experimentaron alianzas comerciales entre Smart (compañía de telefonía móvil) y Banco Oro (empresa del sistema financiero) que dieron lugar al lanzamiento del servicio “Smart Money”, que hizo posible el acceso a población de escasos recursos a los servicios de pagos a través de la vinculación de teléfonos móviles con cuentas bancarias. Otra experiencia interesante es la autorización dada por la Banca Central de dicho país a Globe Telecom (compañía de telefonía móvil) a lanzar el producto

2. Alcance del presente estudio

Hecha la precisión respecto al alcance de los servicios financieros, es propósito del presente estudio analizar la contratación electrónica en el contexto de la regulación peruana, tanto desde la óptica de servicios que no constituyen intermediación financiera como de aquellos ofrecidos en el mercado de intermediación financiera directa, siempre que en ambos casos se trate de servicios financieros prestados por las empresas del sistema financiero autorizadas a operar por la SBS⁵, y que tales servicios financieros sean prestados en un contexto de la contratación con usuarios del sistema financiero.

A tal efecto, resulta oportuno mencionar la definición que adopta la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, y Orgánica de la SBS, Ley N° 26702, (en adelante, "Ley de Bancos"⁶). Para esta norma, "Servicio Financiero" significa *"cualquier servicio de naturaleza financiera. Los servicios financieros comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera"*.

Asimismo, es importante delimitar el alcance del concepto de "usuario o consumidor financiero" en la regulación peruana. A este propósito, es pertinente hacer referencia al Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, aprobado por Resolución SBS N° 8181-2012 (en adelante, "Reglamento de Transparencia de Información"), ya que éste constituye la norma especial que tiene por objeto cautelar el Principio de Transparencia de Información en el marco de la contratación de servicios financieros con usuarios o consumidores financieros. Dicha norma, viene aplicada de modo coherente y complementario con la regulación general en la materia de protección al consumidor, en este caso el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, el Código de Consumo).

Así, de acuerdo al referido reglamento, la Transparencia de Información constituye un mecanismo que busca mejorar el acceso a la información de los usuarios financieros. A este propósito, las empresas sujetas a la supervisión de la SBS deberán ser plenamente transparentes en la difusión, aplicación y modificación de las condiciones contractuales, tasas de interés

compensatorio, tasas de interés moratorio o penalidades aplicables en caso de incumplimiento, comisiones y gastos asociados a las operaciones activas y pasivas que realicen, así como a los servicios que brinden, según corresponda.

Por usuario o consumidor financiero debe entenderse a la persona que adquiere, utiliza o disfruta de los productos o servicios ofrecidos por la empresa del sistema financiero, o que potencialmente podría utilizarlos, en la medida que sea en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No será considerado consumidor quién adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio financiero normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. En este contexto, los microempresarios podrán ser a su vez consumidores o usuarios financieros si evidencian una asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio de su negocio.

Finalmente, es oportuno dejar establecido que el alcance del Reglamento de Transparencia de Información responde tanto a una etapa de: (i) difusión de conceptos previa a la contratación financiera mediante el establecimiento de estándares y medios de información permanentes; (ii) durante la fase de contratación misma a través de la regulación de información mínima a serle suministrada al consumidor con la finalidad que éste pueda adoptar decisiones de consumo informadas; así como (iii) durante todo el ciclo de ejecución de acuerdos contractuales en los que la variación de condiciones pactadas y/o de resolución de contratos debe respetar ciertas condiciones mínimas en función a las circunstancias del caso que se presenten.

3. De las nuevas expresiones que surgen en la prestación de servicios financieros

Las nuevas expresiones en materia de prestación de servicios financieros han traído consigo el uso de una serie de canales que han hecho cada vez más eficiente la contratación, sobretodo en términos de tiempo, frente a los canales tradicionales de contratación a través de agencias u oficinas.

Así, de la relación de modalidades operativas que vinculan los sistemas financieros con la contratación electrónica hacemos referencia a

⁵ "G-Xchange" que operaba a través del monedero electrónico "G-Cash". Dicha licencia no autorizaba a "Globe" a intermediar (captar fondos y otorgar préstamos), actividad reservada sólo a instituciones financieras, pero sí lo autorizaba a brindar servicios como "agente de transferencia de dinero".

⁶ Ver pie de página 1.

⁶ Glosario de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, y Orgánica de la SBS, Ley N° 26702.

los siguientes canales tecnológicos cuyo uso por parte de los usuarios financieros es cada vez más difundido.

3.1 La Banca Electrónica

La banca electrónica hace referencia al tipo de banca que usa medios electrónicos representando una categoría amplia de prestación de operaciones y servicios financieros que alinea diversos canales electrónicos. En este contexto, la banca electrónica no debe confundirse con la banca por internet (conocida como banca en línea o *Homebanking*), ya que esta última modalidad de canal se soporta necesariamente de una red internet siendo una subcategoría de la banca electrónica, como veremos más adelante.

A través de la banca electrónica las instituciones financieras ofrecen una gama de operaciones financieras que calzan en la definición de servicios financieros antes mencionada, y que de acuerdo a la referida la Ley de Bancos⁷, pueden clasificarse en función a su naturaleza en operaciones pasivas, activas; servicios o inversiones. A continuación una breve explicación de cada una de éstas:

(i) Operaciones activas: son aquellas operaciones que implican la colocación de fondos a través del otorgamiento de créditos bajo distintas modalidades. En el contexto que nos ocupa, tales recursos tienen como fuente a terceros proveedores de crédito, como es el caso de usuarios o consumidores financieros. Los productos de crédito pueden ser de diferente tipo, diferenciados por lo general en función a la modalidad u objeto del financiamiento, como es el caso de los créditos de consumo, crédito hipotecario para vivienda, entre otros.

(ii) Operaciones pasivas: constituyen aquellas operaciones que implican la captación de fondos del público bajo cualquier modalidad, y que en el marco de la contratación con usuarios financieros responden a una distinción clásica en función a su naturaleza del depósito, clasificándose en: depósitos de ahorro, depósitos a plazo fijo, depósitos en cuenta corriente⁸ y depósitos de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS).

(iii) Operaciones neutras: también conocidas como "servicios", que no tienen la naturaleza de una operación activa ni tampoco pasiva, con

lo cual la retribución derivada de su prestación viene expresada a través de una comisión o gasto financiero. Dentro de esta categoría de servicios podemos hacer referencia a las órdenes de pagos y/o transferencias electrónicas, incluyendo aquellos servicios de tipo informativo (saldos y movimientos, simuladores de créditos, reportes de extravío de tarjetas, consulta de tasas o índices bursátiles, etc.).

Ahora bien, dentro de las subcategorías asociadas al canal de banca electrónica podemos hacer referencia a las siguientes:

3.1.1 La banca por internet

Tal y como se ha explicado, constituye una canal electrónico que hace viable la realización de operaciones y servicios desde cualquier lugar del mundo con acceso a internet, siendo la página web el medio que hará viable la distribución del servicio. Se caracteriza por la presencia de vínculos de acceso que muestran un menú de opciones con factores de autenticación y/o codificaciones en función al grado de confidencialidad de la información de que se trate.

Resulta útil para las empresas del sistema financiero no sólo como un mecanismo de contratación de operaciones y servicios sino a su vez de difusión de información permanente que opera con presidencia de la contratación. En efecto, dentro de los canales de difusión de información previa a la contratación, la página web constituye para tales empresas un medio obligatorio de difusión de tarifas (tasas de interés, comisiones y gastos) al usuario; siendo fundamental en la dinámica de oferta de productos y servicios financieros e incluso como canal de formulación de reclamos y/o consultas por los usuarios financieros, reemplazando a todos los efectos a las sucursales tradicionales.

3.1.2 La Banca Móvil

Antes de referirnos específicamente al canal de la banca móvil es oportuno introducir el concepto del canal móvil como categoría más amplia que introduce entre otras expresiones a la banca móvil dentro de sus alcances. El canal móvil aspira a convertirse en el principal dispositivo para efectuar transacciones y, detrás de éste, existe una multitud de conceptos asociados al servicio de pagos móviles (e-commerce, banca móvil, dinero o billetera móvil, micro pagos, etc.).

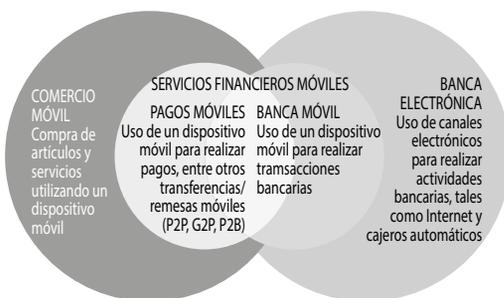
7 Ibidem

8 La cuenta corriente es por naturaleza definida en doctrina como una operación pasiva pero en la práctica constituye un híbrido, ya que adopta a su vez la naturaleza de una operación activa. En efecto, en función a lo pactado, la entidad del sistema financiero podrá cumplir órdenes de pago emanadas del titular de la cuenta corriente en función a la cantidad de dinero que éste haya depositado o al crédito que ambas partes hayan acordado, pudiendo admitir sobregiros.

De acuerdo al Informe del Banco Mundial “Integridad en los Servicios Financieros mediante Teléfonos Móviles” publicado en el año 2008, se distinguen las siguientes categorías de servicios financieros a través del teléfono móvil⁹:

- a. **Servicios de información financiera móvil:** servicio por lo general ofrecido por la banca tradicional en virtud del cual la información financiera está disponible en soportes celulares, sin la posibilidad de realizar operaciones (transacciones financieras).
- b. **Banca Móvil:** constituye el canal para la realización de transacciones en línea que las empresas del sistema financiero ofrecen a sus clientes a través de cuentas bancarias asociadas. Tal como se ha mencionado, constituye una subcategoría de la denominada “banca electrónica” que permite la realización de transacciones en función a los productos ya ofrecidos por la banca tradicional, además del acceso a servicios de información financiera móvil referidos precedentemente.

En este contexto, es oportuno hacer referencia a la relación existente entre la Banca Móvil y los Pagos Móviles. La primera, como hemos mencionado, se asocia el uso del dispositivo móvil desde una o varias cuentas bancarias, permitiendo la realización de diversas operaciones, entre ellas: pagos y transferencias, la contratación de operaciones activas, pasivas y servicios; incluyendo aquellos servicios de índole informativa (estados de cuenta, movimientos, etc.). Los Pagos Móviles por el contrario son una categoría más amplia de servicios que pueden utilizar fuentes de almacenamiento expresadas en cuentas bancarias (situándonos dentro del alcance de la banca móvil) como el uso de medios de pagos fuera del sistema financiero, como se advierte a continuación:



Fuente: Documento sobre políticas. Servicios financieros móviles. Ampliar el acceso mediante la regulación. AFI (Alliance for financial inclusión). 2010.

- c. **Monedero móvil:** constituye una alternativa al uso del dinero en efectivo ya que consiente el almacenamiento de valor monetario, por lo general sujeto a ciertas limitaciones, en determinados soportes electrónicos (tarjetas prepago, equipos celulares, etc.). Cumple similar función que una cuenta dineraria por cuanto permite la realización de pagos y transferencias. Su uso, en caso que sea provisto por una empresa del sistema financiero, se asocia al canal de la banca móvil; de lo contrario, podrá ser gestionado por empresas emisoras de dinero electrónico distintas de las entidades financieras, y que en el contexto de la regulación peruana deben de igual modo contar con autorización de la SBS para operar en el mercado.

3.1.3 Cajeros automáticos

Los cajeros electrónicos (ATM) constituyen dispositivos electrónicos que interconectados con las empresas del sistema financiero permiten a los usuarios financieros la realización de diversas operaciones y servicios, en función a la oferta que dichas empresas diseñen en el mercado. Por ejemplo, hacen viable la utilización de tarjetas de crédito, de débito u otros mecanismos de identificación que requieren el empleo de firmas electrónicas o similares, de acuerdo a los procedimientos establecidos por las empresas.

Lo particular de este tipo de canales es que mayormente se han caracterizado por estar asociados a la prestación de servicios de tipo informativo (saldos y movimientos, consulta de tasas, etc.) así como a la realización de servicios de pagos y/o transferencias electrónicas. Sin embargo, actualmente son considerados a su vez como un canal alternativo para la contratación de determinadas operaciones financieras. Es el caso de operaciones de depósitos, particularmente cuentas básicas en las que la carga de informativa que deben satisfacer las empresas de cara al usuario resulta ser menor; e incluso operaciones de crédito y seguros. En este último caso por ejemplo bajo la modalidad banca seguros, en situaciones en las que la cobertura de riesgos constituye una condición esencial para la obtención de financiamientos.

3.1.4 Banca telefónica (phonebanking)

La banca por teléfono ha estado tradicionalmente considerada como un canal para la realización de ofertas y/o promociones de servicios financieros en general, sin embargo en la actualidad representa a su vez un canal útil para la contratación de operaciones activas, pasivas y neutras.

9 Informe sobre nuevos métodos de pago: tarjetas prepagadas, pagos por telefonía móvil y pagos por internet. Junio 2013. GAFISUD. Pág. 10

En este contexto, las empresas del sistema financiero deberán a su vez satisfacer las exigencias de la regulación sobre transparencia de información de modo tal que el cliente disponga de toda aquella información mínima exigible para brindar su consentimiento, debiéndose dejar constancia del cumplimiento de ello. A tal efecto, la normativa sobre la materia ha pretendido impulsar este tipo particular de contratación diseñando fórmulas especiales que permitan a las empresas el uso de canales alternativos de contratación como en el presente caso sin descuidar el derecho de información reconocido a los consumidores.

3.1.5 Otras modalidades de canales electrónicos

El uso de la tecnología expresado en nuevas modalidades de comunicación han hecho posible el surgimiento de una serie de alternativas que se soportan en el uso de diversas plataformas *on line* (ej. redes sociales - *social networking*) y de las cuales se valen las empresas del sistema financiero para la difusión e incluso la contratación de operaciones y servicios financieros.

Resulta claro que tales canales electrónicos (plataformas *on line*) no son administrados directamente por las empresas ni son exclusivos de la actividad financiera; sin embargo su difusión en este contexto y su uso generalizado por parte de los consumidores llevan a catalogarlo como un canal innovador que se expresa en el ámbito de los servicios financieros. En virtud de ello, alternativas tales como skype, line, viber, whatsapp, Hangouts - Google, etc., sea en la modalidad de información textual y/o de video llamadas o video conferencias, resultan en la actualidad útiles en la difusión de información financiera, en la formulación de consultas o pedidos de información de usuarios financieros, e incluso en la contratación de determinados productos financieros. Su viabilidad dependerá en gran medida del cumplimiento por parte de las empresas de estándares de información mínimos y de la adecuada gestión de riesgos asociados a este tipo de canales, en particular la gestión del riesgo operacional expresado en la seguridad de la contratación y confidencialidad de la información.

4. Del tratamiento regulatorio aplicable a la contratación electrónica de servicios financieros

4.1 De la contratación con usuarios financieros

La contratación en general con usuarios financieros exige considerar la normativa de carácter especial que regula la transparencia de información en el ámbito financiero, concretamente la Ley Complementaria en materia de servicios financieros (Ley 28587), y su Reglamento (Reglamento de Transparencia de Información). Asimismo, de existir normativa particular SBS que tenga por finalidad regular la operación financiera específica, ésta deberá ser a su vez tomada en consideración¹⁰; sin perjuicio de aquella de tipo prudencial en materia de gestión de riesgos. Las disposiciones del Código Civil en este caso son de aplicación supletoria.

El referido marco normativo requerirá a su vez ser aplicado de modo coherente con las disposiciones generales contenidas en el Código de Consumo. De esta forma el precitado Código ha dispuesto que su aplicación será complementaria con relación a las normas especiales que rigen la transparencia de información, no pronunciándose en este extremo respecto a situaciones de conflicto normativo. Sin embargo, tratándose del escenario de la regulación y supervisión del sistema financiero, el Código de Consumo ha considerado oportuno pronunciarse en torno a la aplicación preferente de la Ley de Bancos frente a una situación de conflicto normativo en relación a sus normas; situación que a todas luces resulta obvia considerando la competencia de la SBS delegada en la Constitución Política de ejercer el control de las empresas que conforman el sistema financiero¹¹.

Ahora bien, por el lado específico de la regulación productos y servicios financieros, el Código de Consumo a su vez ha dispuesto que frente a una situación de conflicto normativo entre sus normas y aquellas especiales que regulan tales productos y servicios, prima la aplicación preferente de la Ley de Bancos, en atención a un criterio de

10 Se precisa en este extremo que no todas las operaciones financieras cuentan con una regulación específica (por ejemplo, el sobregiro, depósitos a plazo fijo, etc.). En tal caso, sus alcances deberán considerar la práctica bancaria, la que constituye costumbre y tiene la naturaleza de fuente del derecho.

11 Constitución Política del Perú

Artículo 87.- Superintendencia de Banca y Seguros

El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

(.....)

especialidad normativa. Sobre el particular, vale la pena precisar que gran parte de la regulación que define la naturaleza y características de los productos y servicios financieros, incluyendo estándares de difusión e información mínima contractual, corresponde a regulación de tipo reglamentario SBS. La Ley de Bancos en este contexto representa una norma de alcance general cuya adecuada interpretación exige ir acompañada de la normativa reglamentaria que le sirve de sustento, que la desarrolla¹². Todo ello en su conjunto debe ser considerado el marco jurídico especial aplicable a los productos y servicios financieros¹³.

4.2 De la contratación electrónica de servicios financieros

En el contexto particular de la contratación electrónica de servicios financieros, el marco regulatorio especial antes referido regula requisitos y características especiales que las empresas del sistema financiero y empresas emisoras de dinero electrónico (en adelante, las Empresas); deberán tomar en consideración en la prestación de sus operaciones y servicios. Así, el Reglamento de Transparencia de Información (artículo 41°) admite la posibilidad de contratación no presencial y presencial a través de mecanismos distintos al escrito, como una alternativa a la contratación tradicional, entendida como aquella presencial por medios escritos.

A continuación formulamos una descripción de los principales requisitos y características que regula el Reglamento de Transparencia de Información, tomando como referencia aquellos aspectos en los que su alcance pueda ser pasible de generar cierto grado de dificultad en su aplicación práctica y/o incertidumbre en relación a su nivel de cumplimiento, formulando nuestras consideraciones en cada extremo:

4.2.1 De los canales de contratación

- El Reglamento de Transparencia de Información ha previsto como alternativas de canales de contratación el canal telefónico

y aquellos que utilicen medios electrónicos. Centrándonos en estos últimos, vemos que la opción del regulador no ha sido la de limitar el alcance de aquellos canales que podrán ser utilizados en la contratación electrónica, dejando al ámbito de las empresas la facultad de determinarlos libremente en función a su tamaño, al volumen de sus operaciones, y especialmente en función a su apetito de riesgo, considerando en este último caso las obligaciones legales asociadas a una adecuada gestión del riesgo operacional y legal que serán materia de comentario en los puntos siguientes.

Por tanto, la posibilidad del uso de canales electrónicos innovadores, como podría ser el caso de las redes sociales, no es en principio una alternativa que descarta nuestra regulación, si en su aplicación y/o administración las empresas logran satisfacer los estándares legales de información y de gestión de riesgos asociados a esta modalidad particular de contratación.

4.2.2 De la seguridad en la contratación

- Las empresas deberán contar con mecanismos adecuados que garanticen la seguridad en la contratación en todas sus etapas; siendo oportuno hacer referencia a las normas en materia de gestión de riesgos, específicamente de tipo operacional. El riesgo operacional se define en el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional (Resolución SBS 2116-2009) como la posibilidad de ocurrencia de pérdidas debido diferentes factores, entre ellos el asociado a la tecnología de información. Este factor de riesgo tiene una regulación especial en las normas sobre Gestión de la seguridad de la información (Circular SBS 140-2009), asociándose principalmente a fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas y la compatibilidad e integración de los mismos, problemas de calidad de información, la inadecuada inversión en tecnología, entre otros aspectos.

12 De acuerdo al artículo 349 (numerales 2 y 7) de la Ley de Bancos una de las atribuciones a cargo del Superintendente es la de aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la SBS, debiendo dicha autoridad velar por su cumplimiento; toda vez que es finalidad de la SBS velar porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que la rigen (artículo 347),

13 Este criterio de interpretación de prevalencia del marco jurídico especial, conformado por normas de rango legal y reglamentario, interpretadas de modo unitario se sustenta en la medida que exista una "norma de remisión" en la norma de rango legal que admita su interpretación coherentemente con aquellas disposiciones reglamentarias que le sirven de sustento.

Así, TORRES VÁSQUEZ (Introducción al Derecho: teoría general del Derecho, Lima, Palestra, 1999, p. 282), señala que las normas de reenvío son "normas en blanco que son llenadas con el contenido de la norma o normas a las cuales se hace remisión".

En ese sentido, todo el mencionado bloque conformará el "marco legal especial" que se configura como el contenido de la norma en blanco que efectúa la remisión. Solo de esta forma podrá ser integrado a cabalidad –es decir, sin que existan lagunas normativas- el contenido de la norma de reenvío. Del mismo modo, tal como señala HERNANDEZ MARIN, Rafael, Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica, Madrid, Marcial Pons, pp.324-325, se debe considerar que para realizar una interpretación completa (y no sólo parcial) de una remisión, es necesario consultar el objeto de la norma de la remisión. En el caso concreto, dicho objeto está constituido por el "marco legal especial".

- En el caso particular de la contratación electrónica resulta esencial la adecuada gestión de la seguridad de la información especialmente en el ámbito del uso de canales electrónicos, sobre todo cuando a través de éstos se realizan transferencia de fondos a terceros. En este contexto, es obligación de las empresas implementar esquemas de autenticación¹⁴ de sus clientes basado en dos factores como mínimo, salvo que el canal electrónico utilizado sea internet; en tal caso, uno de los factores de autenticación deberá necesariamente ser de generación o asignación dinámica (por ejemplo, claves digitales -*token*-, mensajes SMS que admiten su uso una sola vez, etc.).
- De una interpretación literal de las normas sobre Gestión de la seguridad de la información parece concluirse que en todos los casos en que se realicen transferencias de fondos a terceros a través del canal electrónico internet, las empresas deberán validar tales transacciones con al menos dos factores de autenticación debiendo ser uno de ellos de asignación dinámica. La inquietud que surge es qué ocurre con las denominadas “listas blancas” o también conocidas como listas de beneficiarios de confianza que son aquellas cuentas financieras donde el cliente normalmente destina pagos y/o transferencias de fondos. Respecto de éstas, cabría consultarnos si las empresas deberán necesariamente exigir a sus clientes el uso de factores de autenticación de asignación dinámica.
- En este extremo, es oportuno hacer referencia a las Directrices Definitivas sobre la Seguridad de los Pagos por Internet aprobadas por la European Banking Authority (EBA), las mismas que suelen adoptarse en la regulación interna de los países miembros de la comunidad europea adquiriendo carácter vinculante. Tales directrices han previsto una clara distinción entre el modelo de autenticación fuerte de clientes (*strong authentication*) respecto del modelo *alternativo de autenticación*. El primero resulta exigible específicamente al inicio de operaciones por internet y/o de acceso a datos de pagos sensibles o modificación de los mismos donde está previsto el uso de factores

de autenticación de asignación dinámica. Las medidas alternativas de autenticación por el contrario suponen requisitos de autenticación más flexibles aplicables precisamente al caso de listas blancas, operaciones entre cuentas de un mismo cliente o entre cuentas de una misma entidad.

Tal distinción resultaría de utilidad en nuestra regulación ya que simplificaría las transacciones electrónicas a través del canal internet en términos de tiempos y costos, ya que no exigirían a los usuarios el uso de factores de autenticación de asignación dinámica cada vez que éstos pretendan efectuar transacciones de ciertas características catalogadas de bajo riesgo operacional, específicamente de fraude en este caso.

4.2.3 De la constancia de la aceptación del contrato

- A diferencia de la modalidad de contratación presencial y escrita, en la contratación electrónica no se requerirá la firma de los formularios contractuales. Atendiendo a ello, las empresas deberán dejar constancia de la aceptación por parte del cliente y su cónyuge, en caso corresponda, de las estipulaciones contractuales.

Se advierte por tanto que la normativa SBS no ha regulado el uso de una tecnología específica en el procedimiento de aceptación contractual, siendo las empresas en teoría libres de determinar los medios electrónicos que estimen convenientes con la finalidad de vincular el documento contractual con la persona que lo suscribió, autenticando el mismo. De este modo es claro que la forma y/o modo en el que el consumidor financiero manifestará su voluntad expresa de contratar podrá ser establecido por cada empresa, pudiendo por ejemplo optarse por el uso de firmas escaneadas, códigos de identificación, factores biométricos que utilicen símbolos, etc.

- Considerando lo anterior, una primera inquietud que surge es determinar cómo juega la aplicación de las disposiciones SBS -bastante flexibles como se ha explicado- en relación a las normas especiales que regulan

14 Circular SBS G 140-2009 sobre Gestión de la seguridad de la información.

Definiciones

Artículo 2º.- Para efectos de la presente norma, serán de aplicación las siguientes definiciones:

(.....)

Factor de autenticación: Información utilizada para verificar la identidad de una persona.

Pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Algo que el usuario conoce (por ejemplo: una clave de identificación)
- Algo que el usuario posee (por ejemplo: una tarjeta)
- Algo que el usuario es (por ejemplo: características biométricas)

la firma digital. Como se sabe, el uso de firmas escaneadas e impresas en archivos electrónicos con documentación contractual es muy usual en el sistema financiero; y si bien desde el punto de vista legal es viable su uso, surge un problema en el ámbito probatorio y de oponibilidad frente a terceros pues no tiene los mismos efectos que la firma digital que sí está regulada.

Ciertamente, en relación con un documento electrónico, la firma digital tiene legalmente la misma validez y eficacia jurídica que la firma manuscrita u otra análoga, pudiendo por consiguiente admitirse como prueba en procesos judiciales y/o procedimientos administrativos en la medida que cuente con un certificado digital expedido por empresas prestadoras de servicios acreditadas. La base legal especial es la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269) y su reglamento (DS 052-2008-PCM). Por tanto, cualquier reproducción electrónica de firmas que no cuente con el reconocimiento legal antes referido carece de similar validez y eficacia jurídica que una firma manuscrita.

- En este escenario, es posible concluir que si bien el uso de la tecnología de firmas digitales no representa para las empresas una obligación legal de cara al supervisor (SBS) ni de cara al usuario financiero, pudiendo optarse por otros mecanismos legalmente válidos de aceptación, la dificultad principal que se advierte de prescindir de dicha tecnología (considerando lo oneroso que representa para las empresas el uso generalizado a nivel de banca de consumo) se vincula principalmente al riesgo de tipo legal¹⁵ frente a eventuales cuestionamiento en el ámbito judicial que le resten mérito probatorio a los contratos digitalizados limitando su eficacia jurídica y debilitando la posición jurídica de las empresas en este contexto.

En este sentido, es oportuno hacer referencia a la Ley de Títulos Valores (Ley 27287, artículo 6.2) en lo concerniente a la regulación sobre firmas en títulos valores. Dicha norma ha previsto como posibilidad que las partes acuerden la posibilidad de sustituir la firma autógrafa en el título valor por aquella firma digitalizada u otros medios de seguridad

gráficos, mecánicos o electrónicos, los que tendrán los mismos efectos y validez que la firma autógrafa. Ello, supone una salida legal inteligente en la promoción de las transacciones comerciales a través del uso de títulos valores; aspecto que podría ser a su vez tomando en consideración el ámbito de la contratación financiera si lo que se pretende es impulsar esta modalidad de contratación a través de canales electrónicos.

- Finalmente, en lo concerniente al requisito de participación del cónyuge bajo esta modalidad contractual sólo queda cuestionarnos la viabilidad práctica de su cumplimiento. Ello, por cuanto tratándose de contratos celebrados electrónicamente resulta complicado no sólo la satisfacción de un requisito de dicha naturaleza sino el control efectivo de su cumplimiento por parte de las empresas. Advertimos por tanto que también en este caso pueden existir dificultades asociadas al requisito del consentimiento que pueden a su vez limitar el impulso que naturalmente se le pretende dar a esta modalidad particular de contratación.

4.2.4 Del deber de conservación del contrato

- El Reglamento de Transparencia ha previsto el deber de las empresas de entregar a los usuarios en un plazo no mayor a quince (15) días posteriores a la celebración del contrato, dicho documento, incluidos sus anexos. En este contexto, las empresas deberán conservar la constancia de lo contratado en soporte duradero, así como la constancia de entrega del contrato.

El referido deber de conservación de documentos, tanto del contrato como de la entrega del mismo al usuario, podrá ser pasible de verificación por la SBS en el marco de su labor de supervisión y control.

- La base legal que soporta el deber de conservación de documentos está en la Ley de Bancos (artículo 183)¹⁶. Dicha obligación es desarrollada por la SBS en la Resolución SBS 5860-2009 que crea el Registro de Empresas especializadas en servicios de Microarchivos (REMA). Esta norma precisa

15 El riesgo legal ha sido definido en el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional como Riesgo legal como la "posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros".

16 **Artículo 183°.- Plazo de conservación de documentos.**

Las empresas del sistema financiero están obligadas a conservar sus libros y documentos por un plazo no menor de diez (10) años. Si, dentro de ese plazo, se promueve acción judicial contra ellas, la obligación en referencia subsiste en tanto dure el proceso, respecto de todos los documentos que guarden relación con la materia controvertida.

Para los fines de lo dispuesto en este artículo, puede hacerse uso de microfilms u otros medios análogos, con aplicación de la ley de la materia.

que el referido deber de conservación alcanza a la documentación derivada de las operaciones propias de los supervisados, refiriéndose a tal efecto a normativa especial que regula el almacenamiento de documentos a través de la tecnología de microformas, concretamente el Decreto Legislativo N° 681, Ley que regula el uso de tecnologías de avanzada en materia de archivos de las empresas, y su Reglamento (Decreto Supremo N° 009-92-JUS).

Sobre el particular, es oportuno precisar que la Resolución SBS 5860-2009 no obliga a las empresas a utilizar necesariamente la tecnología de microformas a efectos de cumplir con su deber de conservación de documentos. Ciertamente, el almacenamiento en microformas es una facultad de las empresas de cara ante la SBS. Por tanto, los archivos digitalizados que se utilicen en el marco de la contratación electrónica, los que deberán estar en soportes que permitan su lectura, impresión, conservación y reproducción sin cambios, también podrían migrar a dicha tecnología.

- Nótese sin embargo que al igual como ocurre en el caso de la firma digital, la normativa especial que regula la tecnología de las microformas otorga a ésta efectos legales y mérito probatorio siempre que cumplan los requisitos legales del caso. Por tanto, la contingencia que se verifica de no utilizar dicha tecnología en este caso va también por el lado del riesgo legal y de la posibilidad de que eventualmente pueda cuestionarse en el ámbito judicial el mérito probatorio de aquellos contratos digitalizados que no han sido almacenados en la modalidad de microformas.

5. Reflexiones finales

Hemos visto las ventajas que ofrece la contratación electrónica de servicios financieros a partir de nuevas expresiones que surgen en el uso cada vez más difundido de canales electrónicos, tanto tradicionales como innovadores en la prestación de servicios financieros. Este dinamismo y sofisticación en las transacciones cada vez más creciente es la evolución natural de una industria que requiere responder a las exigencias de un nuevo *target* de consumidor financiero, altamente tecnificado, amante de las redes sociales, del manejo virtual y de la inmediatez en la toma de sus decisiones.

Dicho esto, cabe preguntarse si para nuestra industria el desarrollo vertiginoso de los servicios financieros trae consigo a su vez nuevos desafíos que enfrentar. Entendemos que por el lado de la contratación electrónica los retos a satisfacer se encuentran sobretodo relacionados al cumplimiento de los estándares legales asociados a la transparencia de información con usuarios financieros, así como a la adecuada gestión de riesgos ligada a la contratación de servicios financieros, haciendo especial énfasis en aquellos riesgos que se reflejan de modo más claro en la contratación electrónica como es el caso del riesgo operacional, en la variante del riesgo legal y del factor de la tecnología de la información a través de la gestión de la seguridad de la misma.

Por lo demás, sólo resta incidir en el decisivo rol que tiene la regulación en el impulso de la contratación electrónica, en especial, en aquellos servicios financieros que por su naturaleza resulten más inclusivos, tomando en consideración aquellos aspectos que puedan representar un obstáculo importante en su desarrollo y efectuando respecto de éstos un adecuado análisis costo - beneficio. ■