

V REUNION DE ASESORES LEGALES DE BANCA CENTRAL

PRESENTACIÓN: BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU

TEMA: ASPECTOS JURÍDICOS DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE PAGOS¹

INTRODUCCIÓN

Es objeto de la presente exposición mencionar y comentar algunos temas jurídicos que se consideraron durante la etapa de diseño, desarrollo y ejecución del proyecto de la reforma del sistema de pagos peruano.

Dicho proyecto, que ha sido y continua siendo liderado por el Banco Central de Reserva del Perú, ha tratado el tema en dos grandes campos: la reforma del Sistema de Pagos de Alto Valor y la reforma del Sistema de Pagos de Bajo Valor.

Es propicio resaltar que ambos proyectos se encuentran en etapas muy avanzadas de su ejecución. El primero, actualmente en producción, gobierna todas las transacciones interbancarias de gran valor que se efectúan mediante el denominado Sistema LBTR (Sistema de Liquidación Bruta en Tiempo Real). El segundo, que comprende las transacciones de bajo valor (canje y compensación de cheques, transferencias y otros instrumentos de pago) ha completado las etapas de diseño y desarrollo, y casi culminado las de implantación y pruebas, esperándose que en noviembre próximo se de inicio a la primera sesión de compensación electrónica de medios de pago.

El objetivo fundamental del proyecto es incrementar la eficiencia del sistema de pagos. Para ello, se busca neutralizar o reducir los riesgos inherentes a dicho sistema, propender a que las entidades del sistema financiero alcancen un manejo más efectivo de sus recursos y, permitir que los beneficiarios de las transferencias o pagos (clientes de la banca) obtengan, con mayor prontitud y seguridad, los recursos que le son transferidos.

Para lograr ese cometido, ha sido necesario efectuar importantes ajustes en los principios, normas y procedimientos operativos que han venido sustentando el funcionamiento del sistema de pagos peruano, así como en la tecnología aplicada al mismo.

El proyecto ha demandado también un importante esfuerzo a la asesoría jurídica brindada, a la que ha correspondido cuidar que el diseño, desarrollo y ejecución del proyecto resulte compatible con el régimen legal peruano, lo que eventualmente ha

¹ El presente documento contiene las opiniones del autor y no representa necesariamente el parecer del Banco Central de Reserva del Perú sobre la materia.

demandado la elaboración de propuestas de reformas legales o de proyectos de convenios, considerados necesarios para suplir el silencio de la ley.

1. Antecedentes del Proyecto de Modernización del Sistema de Pagos Peruano

Hasta antes de su reciente modernización, el sistema de pagos peruano estuvo caracterizado por el uso de baja tecnología (teléfono, fax, disquete), abundante participación humana en los procesos operativos, uso de documentos sobre papel, ausencia de métodos alternativos para situaciones de contingencia, cuyo manejo y distribución no se hallaba suficientemente desarrollado en la legislación respectiva.

1.1. Características en el Proyecto de Reforma del Sistema de Pagos

Como resultado de las transacciones de alto valor tenían su inicio en alguna comunicación telefónica (complementado por un facsímil), mediante la cual un representante de la empresa bancaria ordenante instruía al área de cuentas corrientes del Banco Central, a fin de que se cargue un determinado monto en sus cuentas corriente y se acredite en la cuenta corriente de una institución bancaria beneficiaria. La instrucción así recibida (el documento original debía ser remitido al Banco Central dentro de las 24 horas) era ejecutada por el Banco Central mediante los registros contables respectivos (cargo y abono) en las entidades financieras involucradas. Al término del día, considerando la totalidad de las instrucciones de cargo y abono recaídas sobre las cuentas de cada entidad financiera, se establecía, mediante un sistema de *neteo*, la posición final que a cada una correspondía. En caso de que la posición resultase negativa, la entidad financiera era informada a fin de que efectúe el abono que le permita cubrir el déficit incurrido.

Para la cobertura del déficit, la entidad financiera podía recurrir a préstamos interbancarios, realizar operaciones de reporte, swaps u otras que le permitieran adquirir la liquidez necesaria; finalmente, podía solicitar préstamos de liquidez al Banco Central, quien, discrecionalmente, podía decidir otorgar el referido crédito. En la eventualidad de que no consiguiera liquidez, y por lo tanto no pudiera cubrir su déficit en cuenta corriente, generaba un incumplimiento de pagos que, según la ley vigente, podía dar lugar a su intervención y eventual liquidación con participación de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Como se aprecia en la sucinta descripción anterior, las transferencias de alto valor se caracterizaron por el bajo uso de tecnología (fax, carta, teléfono); la presencia de riesgos operacional por la abundante intervención de factor humano; la ausencia de firmeza en cada una de las transacciones; la aparición de un sistema neto en lugar de un sistema de liquidación bruta en tiempo real; presencia de riesgo de liquidación; presencia de riesgo de crédito en la eventualidad de que el Banco Central decidiera cubrir la posición deudora; falta de firmeza en las operaciones, entre otros.

1.2. Características de las transacciones de Bajo Valor

El sistema de bajo valor comprendía únicamente el proceso de canje y compensación de cheques. Aquel que se efectuaba en la cámara (recinto) instalada en el Banco Central, comprendía básicamente dos sesiones: “presentados” y “rechazados”.

El proceso se iniciaba con la presentación de los cheques físicos, agrupados en un lote por cada entidad bancaria girada. De esta manera, en la cámara cada banco recibía todos los cheques que se habían girado en su contra, a la vez que identificaba al banco presentador. Simultáneamente, en un disquete que entregaban al administrador de la cámara, las empresas bancarias dejaban constancia del monto total de cheques que presentaban contra cada una de las demás entidades participantes.

Una vez recibida la información de todas las entidades participantes, el Banco Central, valiéndose de un software diseñado por él, realizaba la compensación y determinaba los saldos netos, a favor y en contra, que correspondía a cada una de las empresas participantes en la compensación. Dicha información era remitida al área de cuentas corrientes del Banco Central a efectos de que se realice los cargos o abonos correspondientes.

En la eventualidad de que alguna de las empresas con saldo deudor no contara con los recursos suficientes para cubrir su posición negativa, las regulaciones vigentes preveían que el Banco Central facilitará los fondos necesarios y que la empresa infractora fuera excluida de las futuras sesiones de compensación en tanto no cancele su saldo deudor. Dicha situación, que para la ley de bancos calificaba como una cesación de pagos, podía dar lugar a la inmediata intervención y liquidación de la empresa bancaria involucrada, caso en el que el Banco Central se convertía en un acreedor más de la empresa en liquidación, aunque con un trato preferente del orden en que correspondía ser atendida su acreencia.

Conforme se evidencia, el bajo valor llevaba implícito un riesgo de liquidación que asumía el Banco Central; la cobertura por parte del Banco Central, a su vez, significaba un riesgo de crédito, el bajo uso de tecnología implicaba un alto índice de intervención humana con los correspondientes riesgos operacionales; el procedimiento de la compensación no permitirá la pronta disponibilidad por parte de los beneficiarios de los instrumentos compensados.

La situación anterior, que incluye el alto y bajo valor, encontraba su sustento legal en el uso de documentos sobre papel y en la firma manuscrita, elementos que determinaban los efectos vinculantes de las instrucciones, la validez de las operaciones y la conservación de las pruebas sobre la ejecución de las mismas.

2. Retos Jurídicos en el Proyecto de Reforma del Sistema de Pagos

Como resultado de la evaluación del sistema de pagos peruano vigente en ese momento, el Banco Central decidió asumir el liderazgo de su modernización. Para el efecto, constituyó un equipo integrado por funcionarios representantes de las áreas del Banco involucradas en dicha temática: la Gerencia Central en Asuntos Técnicos, la Gerencia de Sistemas (informática) y la Gerencia de Crédito y Regulación Financiera (encargada de las operaciones con las empresas del sistema financiero) El equipo, a su vez, contó con la asesoría brindada por la Oficina Legal.

Muchos criterios y opciones debieron evaluarse antes de proponer el esquema que definiría el nuevo sistema de pagos peruano. La evaluación comprendió las cuatro grandes áreas involucradas en todo proceso de reforma del sistema de pagos: el diseño de política, la infraestructura informática, el desarrollo operativo y el sustento legal.

Desde el punto de vista legal puede ponerse en relieve tres grandes aspectos: el estudio de la normatividad vigente para i) determinar el nivel de competencia de las autoridades y entidades involucradas en el proyecto; ii) evaluar los alcances del sistema de pagos propuesto, a fin de determinar su compatibilidad con el sistema jurídico vigente así como la eventual necesidad de introducir cambios e innovaciones (leyes, reglamentos y convenios) que sustenten el nuevo sistema de pagos peruano; y, iii) diseñar la estructura organizacional del proyecto.

2.1 Estudio de la normatividad vigente para determinar los niveles de competencia y participación de las autoridades y entidades involucradas

2.1.1. Bajo Valor

En este aspecto, el estudio apuntó principalmente a delimitar las atribuciones y competencias que en materia de emisión, canje y compensación de instrumentos de pago poseen las entidades privadas y las autoridades públicas. Entre ellas, las principales son: el Banco Central, la Superintendencia de Banca y Seguros y las empresas bancarias.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central, a éste corresponde regular, mediante Circulares, todos los aspectos operativos referentes a sus funciones de autoridad monetaria y, en lo concerniente al bajo valor, autorizar la constitución y reglamentar el funcionamiento de las cámaras de compensación. La Ley Orgánica también le atribuye la emisión de billetes y monedas; le permite recibir depósitos; suministrar a entidades financieras servicios bancarios que no impliquen financiamiento; conceder créditos de regulación monetaria a las empresas bancarias (con sujeción a los criterios que en materia de plazo, montos, garantías y otras medidas dispone la ley), entre otros.

A la Superintendencia de Banca y Seguros le corresponde el control y la supervisión de las empresas del sistema financiero. Vigila la solidez económico-financiera de las empresas sometidas a su competencia y vela por el cumplimiento de las normas reglamentarias y estatutarias relacionadas con el funcionamiento del sistema

financiero. La Ley General del Sistema Financiero, al referirse a las empresas de canje, ha dispuesto que corresponde a la Superintendencia autorizar la organización y el funcionamiento de dichas empresas.

Según dispone la citada Ley General, las instituciones bancarias son personas jurídicas autorizadas a efectuar operaciones de intermediación financiera, entre cuyas funciones se mencionan las de efectuar cobros, pagos y transferencias de fondos, así como recibir depósitos a la vista. Están sometidas a la supervisión de la SBS.

Las empresas de Canje son mencionadas en la Ley General del Sistema Financiero como entidades de servicios complementarios a la actividad financiera. Según la ley de bancos, se encuentran sometidas a la autorización y control de la SBS.

Al tener en cuenta la información antes enunciada, quedó claro que uno de los primeros esfuerzos en el proyecto de modernización del sistema de pagos, debía apuntar hacia la apropiada determinación de la competencia que sobre la nueva empresa de canje y compensación correspondería ejercer al Banco Central y a la Superintendencia de Banca y Seguros, lo que permitiría determinar las tareas que a cada una correspondería en el nuevo esquema del sistema de pagos. Como resultado de las coordinaciones llevadas a cabo entre ambas instituciones, se suscribió el convenio denominado “Acta de Entendimiento”, en el que ambas entidades determinaron la responsabilidad que cada una debía asumir.

En ese sentido, se acordó que las dos participarían en el proceso de autorización para la constitución de las empresas que brindarían el servicio de canje y compensación (ESEC). Además, al Banco Central le correspondería emitir la reglamentación que gobernaría integralmente el funcionamiento de los procesos de canje y compensación, incluyendo las actividades que desarrollan las entidades que participan en esos procesos; en tanto que a la Superintendencia le correspondería ejercer la supervisión sobre las actividades de dichas empresas, lo que incluye el cumplimiento de las normas emitidas por el Banco Central.

2.1.2. Alto Valor

Independientemente de identificarlo como un instrumento crítico para ejecución de la política monetaria que administra el Banco Central, el sistema de transferencias de alto valor ha sido entendido como la prestación de un servicio a cargo del Banco Central en el que los usuarios (empresas bancarias) deben acordar con aquel las condiciones bajo las cuales se brinda dicho servicio.

Consecuentemente, y dada la ausencia de una norma explícita sobre la materia, la regulación de las operaciones de alto valor se han basado en el “Convenio de Adhesión” que han debido suscribir las empresas bancarias para acceder al referido servicio.

El Convenio de Adhesión, concebido como norma entre las partes, fue elaborado y suscrito en el año 1999, período en el que la legislación peruana no había incorporado aún el documento ni la firma electrónica. Asimismo, no había sido promulgada la actual ley de Títulos Valores que, entre otras, permite el uso de medios electrónicos para la compensación de medios de pago. Consecuentemente, el convenio debió recoger en su texto todos los aspectos concernientes a: i) objeto del contrato; ii) naturaleza jurídica y descripción del servicio; iii) mecanismo para el uso de las cuentas corrientes de los bancos en el BCRP (instrucciones, reportes de conformidad o rechazo); iv) sometimiento de los participantes a las reglas que gobiernan el funcionamiento del Sistema LBTR; v) equipamiento mínimo requerido a los participantes; vi) obligatoriedad de pagar las tarifas correspondientes al servicio; vii) responsabilidades del Banco Central (administrar el sistema, garantizar condiciones de alta disponibilidad, mantener un esquema de contingencias, velar por una apropiada liquidación, establece lineamientos mínimos en materia de seguridad informática); viii) validez del archivo del Sistema LBTR y de la información que este conserva; ix) confidencialidad de la información; x) derechos de propiedad intelectual del BCRP sobre el software aplicable en el Sistema LBTR; xi) obligación del participante de adoptar las medidas de protección del software; xii) responsabilidad de los participantes por las acciones de su personal y por el manejo de las claves de seguridad para acceder al uso del Sistema LBTR; xiii) riesgos y responsabilidades por el envío de instrucciones en que pueda incurrir el participante; xiv) riesgos por actos dolosos o de culpa inexcusable; xv) prohibición de ceder o transferir los derechos y obligaciones; xvi) régimen de visitas de inspección; xvii) sanciones por incumplimiento de obligaciones; xviii) mecanismo para la solución de controversias entre el BCRP y los participantes y entre estos; xix) duración del convenio.

3. Elaboración de las nuevas normas jurídicas que sustenten el nuevo Sistema de Pagos

Como antes ha sido mencionado, el nuevo sistema de pagos peruano requería de una estructura normativa distinta, justificada por la presencia de nuevas entidades participantes, por la incorporación de nuevos elementos tecnológicos, por la modificación de los procedimientos operativos aplicables, y por la mejor identificación de los riesgos involucrados y el apropiado manejo de estos, entre otros.

En ese sentido, el proyecto debió considerar la elaboración de dos estructuras normativas (para los sistemas de alto y bajo valor, respectivamente) que permitiera el funcionamiento ordenado y eficiente del nuevo sistema de pagos peruano. Así, conforme aparece en los gráficos adjuntos, el sistema de bajo valor demandó la emisión de más de quince instrumentos jurídicos, en tanto que el de alto valor siete aproximadamente. Ambos sistemas, sin embargo, debieron verse reforzados con la promulgación tres importantes leyes que, de un lado, otorgaron valor jurídico y efecto vinculante al uso de los documentos electrónicos y de la firma digital y, de otro, modernizaron las normas referidas a los títulos valores.

3.1. El Documento Electrónico y la Firma Electrónica

Uno de los aspectos inherentes a la modernización de los sistemas de pago es la incorporación de elementos informáticos que permitan una mejora sustancial en los procesos de transmisión de la información relativa a las transacciones que se canalizan por el sistema de pagos (rapidez en la transmisión, integridad del mensaje, verificación de su procedencia, protección de la información, entre otros).

Dicha modernización, además de la necesaria modificación de los procedimientos operativos, demanda una rigurosa revisión del sistema normativo vigente a fin de verificar que este otorgue valor legal y efecto vinculante a la información que se transmite, recibe, ejecuta y conserva mediante instrumentos electrónicos.

Antes de su última y reciente modificación, la legislación peruana estuvo fundamentalmente dirigida al uso de documentos sobre papel, cuyo grado de fuerza vinculante y probatoria reconocido por la ley dependía fundamentalmente de la instancia que los hubiere emitido (pública o privada). Asimismo, la vinculación del contenido del documento con su emisor se sustentaba en la firma manuscrita impuesta por este último.

En años recientes, como un avance hacia la incorporación del documento electrónico, el Código Procesal Civil peruano otorgó el reconocimiento de documento al facsímil, al fax, a las microformas (tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos) y la telemática en general, enfatizando que debía reconocerse como documento a todo escrito u objeto que sirva para acreditar un hecho.

La generalidad del enunciado, sin embargo, parecía insuficiente, para garantizar la firmeza de la creciente cantidad de transacciones cuyo pago se canalizaría por el nuevo sistema de pagos. Esa fue una de las razones por las que el “Convenio de Adhesión” (acuerdo entre las partes) incorporó el reconocimiento de las partes a la validez jurídica de las operaciones que se instruyeran, ejecutaran y cuya información se conservará mediante el uso de medios electrónicos.

Esa situación se consolidó favorablemente con la recientemente promulgación de las Leyes 27602 y 27291, que permiten la aplicación de medios electrónicos para comunicar la manifestación de voluntad, y autorizan el uso de la firma electrónica, a la que le reconocen la misma validez y eficacia jurídica que la atribuida a la firma manuscrita.

Aún cuando se espera una regulación más detallada, sobre todo en lo concerniente a la firma electrónica, la legislación peruana habría tenido en cuenta las recomendaciones contenidas en los trabajos efectuados por organizaciones internacionales referidas a la armonización de la legislación de la materia, uno de cuyos principios, denominado de “funciones equivalentes”, recomienda extender al documento y a la firma electrónica la misma función y propósito otorgado al documento sobre papel y a la firma manuscrita.

Como se sabe, algunos de los criterios contenidos en el principio de funciones equivalentes son: i) proporcionar prueba tangible de una manifestación de voluntad; ii) que sea legible; iii) que sea inalterable; iv) que se pueda conservar en el tiempo; v) que se pueda reproducir; vi) que se

pueda presentar ante las autoridades publicas y tribunales; vii) que se pueda identificar su origen; y, viii) que se pueda vincular la firma con el descuento al que se adhiere.

3.2. Algunas normas del Sistema de Pagos de Alto valor

3.2.1. Reglamento Operativo del Sistema LBTR

Establece la mecánica operativa bajo la cual se realizan las transferencias de alto valor. Asimismo, regula las condiciones que deben cumplir los participantes para acceder a ese servicio (mantener cuentas en el BCRP, tener fondos disponibles, acreditar un sistema informático y de comunicaciones que cumpla con los requisitos previstos por el BCRP, contar con un adecuado sistema de seguridad interna), las características operativas del sistema (uso de claves, montos mínimos, recepción de mensajes de ejecución, el período de inicio y cierre del ciclo operativo, los cargos priorizados del Banco Central, las tarifas aplicables, entre otros).

También regula el sistema de crédito intradiario que otorga el BCRP para superar situaciones de iliquidez transitoria; establece los esquemas de garantías requeridas para acceder al crédito intradiario así como la forma y preferencia para la liberación o eventual ejecución de aquellas.

3.2.2. El Contrato de transporte de mensajes del Sistema LBTR

Regula las características del servicio que brindará la empresa encargada del transporte de los mensajes que se generan en el Sistema LBTR. Además de configurar, desarrollar, administrar y brindar mantenimiento a los circuitos virtuales que permitirá una comunicación *on line* entre los participantes, la empresa proveedora será responsable de instalar los equipos necesarios, y garantizar una alta disponibilidad del servicio, una capacidad suficiente (ancho de banda) para atender horas de alta demanda, la implantación de mecanismos de seguridad (seguridades físicas, encriptación, certificado de seguridad, entre otros) que impidan el acceso de hackers a la información que se transporta, además, deberá proveer un apropiado sistema de archivo de la información, contar con un mecanismo alternativo de comunicaciones, establecer procedimientos para la reparación de fallas o averías. Finalmente, el contrato establece las penalidades aplicables en caso de incumplimiento, causales de resolución, y mecanismos para la solución de conflictos.

3.3. Algunas normas del Sistema de Pagos de Bajo valor

3.3.1. Reglamento General de los Servicios de Canje y Compensación

Mediante este instrumento, el Banco Central ha emitido las regulaciones aplicables a los servicios de canje y compensación que brinden de las empresas dedicadas a dicho rubro, independientemente del tipo de instrumento compensable que se trate. El reglamento establece el rol que corresponde desempeñar al Banco Central, a la empresa compensadora, a las empresas bancarias participantes; asimismo, establece el procedimiento y los horarios que deberán aplicarse en la ejecución del canje y compensación; los criterios que deberán observarse en caso se presenten circunstancias que impidan el normal desarrollo del proceso, etc.

Esta normas deberán ser complementadas, en cada caso, con la regulación específica que el Banco Central emita por cada instrumento compensable. Asimismo, en cada caso, la empresa compensadora podrá emitir los reglamentos operativos internos que permitir manejar sus procesos con fluidez y eficiencia. La aplicación de estos últimos reglamentos deberán contar con la aprobación del Banco Central, quien deberá verificar que no contravengan los criterios y principios establecidos en su propia regulación.

3.3.2. Contrato de Outsourcing para la implantación y puesta en funcionamiento del Sistema Interbancario de Compensación de Medios de Pago

La empresa compensadora, cuyos accionistas son las mismas empresas bancarias que usarán sus servicios de compensación, debió contratar los servicios de una empresa especializada en el desarrollo del soporte lógico de la compensación (software), así como en el transporte de los mensajes electrónicos que se generen dentro del proceso de compensación.

Resulta obvia la importancia que el contrato reviste para el eficiente desarrollo del sistema de pagos de bajo valor. Por esa razón, no obstante su naturaleza privada, el contrato hubo de incluir ciertas consideraciones que mantuvieran consistencia con los objetivos del proyecto y reconocieran la estructura organizacional del mismo. Factores como la disponibilidad del servicio, la existencia de medidas para casos de contingencia, el pleno cumplimiento de las normas operativas, la protección de la información y la adopción de medidas de seguridad que protejan el sistema de terceros, son algunas de las consideraciones que se tomaron en cuenta al momento de elaborar el referido contrato.

4. Aspectos Organizacionales del Proyecto de Modernización del Sistema de Pagos Peruano

Como es sabido, los proyectos de modernización de los sistemas de pago involucran esfuerzos de largo alcance que, además de demandar importantes recursos económicos, involucran cambios sustanciales en los procedimientos aplicados por las entidades bancarias para desarrollar sus transacciones. Consecuentemente, demandan también ajustes organizacionales y funcionales en las empresas bancarias.

Por ello, uno de los primeros objetivos del proyecto fue lograr el desarrollo de una estructura organizacional donde todos los agentes involucrados puedan participar activamente, de modo que se facilite el camino para que estos asuman las tareas y responsabilidades que al interior del proyecto se les asigne.

En ese sentido, además de las funciones que constitucional o legalmente ha sido encomendadas a las autoridades reguladoras y supervisoras (Banco Central, SBS) el proyecto peruano consideró la necesidad de involucrar a las entidades privadas (fundamentalmente bancos) directamente involucradas en el sistema de pagos, lo que dio lugar a la constitución de la Comisión Interbancaria del Sistema de Pagos (CISPA), a la que corresponde servir de instancia de coordinación interinstitucional.

Para su implantación, se consideró necesario regular algunos críticos, tales como: la representatividad de las empresas, la capacidad de decisión de los representantes, la competencia de la comisión, su organización interna (quorum, votación, adopción de recomendaciones, etc.) y la existencia de grupos de trabajo o subcomisiones, dando lugar a la emisión del reglamento respectivo.

Javier Quinteros Zarzoza
Banco Central de Reserva del Perú