



Asamblea General

Distr. general
20 de abril de 2012
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

45º período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 6 de julio de 2012

Algunas cuestiones de orden legislativo que repercuten en la microfinanza

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-2	3
II. Los préstamos garantizados en la microfinanza	3-22	3
A. Panorama general	3-8	3
B. Prácticas poco equitativas en las operaciones microfinancieras	9-12	6
C. Valoración de la garantía prendaria en una operación microfinanciera	13	7
D. Inscripción registral de una garantía real en una operación microfinanciera	14-16	8
E. Ejecución justa y transparente de una garantía real en una operación microfinanciera	17-18	10
F. Marco jurídico de las operaciones garantizadas en el contexto de la microfinanza	19-20	11
G. Cuestiones que se deberían examinar	21-22	11
III. Mecanismos de solución de controversias	23-35	12
A. Breve evaluación del marco jurídico	23-31	12
B. Tipos de controversias	32-33	15
C. Cuestiones que se deberían examinar	34-35	16



IV.	Dinero electrónico	36-54	18
A.	Perspectivas para la inclusión financiera	36	18
B.	Situación del sector	37-44	18
C.	Cuestiones de reglamentación emergentes en un sector dinámico	45-50	21
D.	Cuestiones que se deberían examinar	51-54	23

I. Introducción

1. En su 44° período de sesiones, celebrado en 2011, la Comisión tuvo ante sí una nota de la Secretaría que contenía un resumen de las deliberaciones y las principales cuestiones tratadas en el coloquio internacional sobre la microfinanza que había tenido lugar en Viena los días 12 y 13 de enero de 2011, en cumplimiento de una solicitud de la Comisión (A/CN.9/727). Tras deliberar, la Comisión convino en incluir la microfinanza en el temario de la labor futura de la CNUDMI y en seguir examinando el asunto en su siguiente período de sesiones, en 2012. La Comisión convino también en que, si los recursos lo permitían, la Secretaría debería estudiar los aspectos siguientes y presentar sus conclusiones a la consideración de la Comisión: i) la captación en garantía de excesivos bienes o de bienes sin valor económico; ii) el dinero electrónico y su conceptualización como una forma de ahorro; la conceptualización de la emisión de dinero electrónico como práctica bancaria a los fines de su reglamentación; y la cobertura de los fondos así emitidos por el seguro de depósito bancario; iii) la apertura de una vía equitativa, rápida, transparente y poco costosa para dar satisfacción a las controversias nacidas de operaciones microfinancieras; iv) la facilitación del recurso a préstamos garantizados, velando por su transparencia, para la pequeña y mediana empresa y la microempresa.

2. En la presente nota se ofrece un breve resumen de la situación actual relativa a los cuatro aspectos señalados, junto con las principales cuestiones de orden legislativo y reglamentario conexas, para su consideración por la Comisión.

II. Los préstamos garantizados en la microfinanza

A. Panorama general

3. La microfinanza no entraña necesariamente préstamos garantizados (es decir, préstamos con una garantía real consistente en un bien mueble que cubre la cantidad adeudada). Pueden concederse microcréditos sin ninguna garantía, con una fianza personal o con una garantía consistente en bienes inmuebles. Sin embargo, también pueden otorgarse préstamos garantizados, en que los prestatarios más frágiles del sector de la microfinanza pueden dar en prenda enseres domésticos esenciales para obtener préstamos con fines de microcomercio o de consumo. La naturaleza del prestatario y de la garantía prendaria puede plantear varios problemas. En primer lugar, puede haber prácticas poco equitativas para los prestatarios individuales que ofrecen bienes tales como sus enseres domésticos en prenda; en segundo lugar, valorar la prenda no es fácil (este es un problema que se plantea respecto de todo tipo de garantía prendaria, pero en particular cuando el valor de esa garantía es intangible o cuando es difícil de determinar, como en el caso de los enseres domésticos); en tercer lugar, el registro de las garantías reales en el contexto de la microfinanza crea dificultades especiales; y en cuarto lugar, la ejecución de la fianza en caso de impago del prestatario plantea problemas particulares. Todas estas cuestiones están vinculadas entre sí y pueden reducir la disponibilidad de crédito y la inclusión financiera de cualquier prestatario, especialmente en el caso de las operaciones microfinancieras.

4. En la esfera de los préstamos garantizados, la CNUDMI tiene un acervo de experiencia que podría ser de gran ayuda al sector de la microfinanza. La CNUDMI preparó: a) la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (la “Convención”), en 2001; b) la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (la “Guía”), en 2007; y c) el Suplemento relativo a las Garantías Reales sobre Propiedad Intelectual (el “Suplemento”), en 2010. La CNUDMI está preparando también un proyecto de Guía Legislativa Técnica para la Aplicación de un Registro de las Garantías Reales, que espera finalizar en 2013. Al igual que la mayoría de las leyes nacionales sobre las operaciones garantizadas, todos estos textos se aplican a las operaciones garantizadas entre empresas, incluidas las pequeñas y medianas empresas (PYME), así como entre una empresa y un consumidor. Sin embargo, en la Convención y en la Guía se estipula que lo que en ellas se dispone no menoscabará los derechos que dimanen de la legislación protectora del consumidor (véanse el artículo 4.4 de la Convención y la recomendación 2, apartado b), de la Guía; esta recomendación se aplica también al Suplemento). El motivo por el que se adopta este criterio es que esos textos no contienen nada que pudiera ser incompatible con los principios de la buena fe y las prácticas comerciales leales que normalmente se plasman en las leyes de protección de los consumidores y otra legislación parecida, y la exclusión de las PYME o los consumidores podría redundar inadvertidamente en detrimento de la disponibilidad y el costo del crédito para las PYME o los consumidores. Esto es lo que ocurre con otros textos de la CNUDMI (por ejemplo, con la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional). Así pues, las operaciones de los consumidores no quedan totalmente excluidas de la Convención o la ley recomendada en la Guía, pero se otorga la debida deferencia a la legislación protectora del consumidor. En cualquier caso, la CNUDMI no ha intentado unificar o armonizar la legislación sobre protección del consumidor, debido a que esta se considera en general una esfera legislativa que no se presta a la unificación o la armonización a nivel internacional, porque plantea cuestiones de políticas fundamentales que constituyen el núcleo mismo de cada ordenamiento jurídico.

5. En el último decenio, el sector de la microfinanza ha suscitado el interés de los inversores internacionales, y las inversiones en él han aumentado. De hecho, Mix Market, una entidad que vigila la transparencia financiera de las instituciones microfinancieras, informa de que el sector ha crecido un 39% anual en promedio en los últimos 10 años, lo que representa más de 45.000 millones de euros en volumen de operaciones a nivel mundial¹. Con el paso del tiempo, las instituciones microfinancieras también han modificado su metodología en comparación con años anteriores, en que los préstamos se basaban en gran medida en el mecanismo de ejecución grupal. Los grupos eran responsables de asegurar que todos los miembros fueran solventes y, como consecuencia de ello, cada miembro del grupo se convertía en un garante por responsabilidad solidaria de los préstamos de los demás miembros. En contraste, la microfinanciación moderna de muchos países da prioridad a los préstamos individuales respaldados por garantías consistentes en activos del propio prestatario, por ejemplo, en enseres domésticos o hipotecas sobre

¹ Informe del Estado de la Campaña de la Cumbre de Microcrédito 2011, sobre la base de una muestra de datos de 3.300 instituciones microfinancieras que facilitaron datos anuales sobre el volumen de clientes. Disponible en http://www.microcreditsummit.org/SOCR_2011_SP_web.pdf.

bienes inmuebles. También se piden fianzas personales como garantías adicionales del reembolso.

6. Al igual que cualquier otro prestamista garantizado, las instituciones microfinancieras deberían cumplir con una serie de regímenes legislativos, como el derecho de contratos, el régimen de la propiedad y en particular la legislación sobre las operaciones garantizadas, el derecho procesal civil, el derecho de tierras, el régimen de la insolvencia, la legislación de protección del consumidor y el derecho del comercio leal y de la competencia. Evaluar de manera fiable el riesgo de impago es siempre un problema para cualquier prestamista, incluidas las instituciones microfinancieras, especialmente en muchos países en desarrollo donde no se dispone de suficiente información sobre los prestatarios ni existe una oficina de crédito que pueda ilustrar el historial de reembolsos de un posible prestatario. Así pues, la obtención de otras seguridades de reembolso, como las garantías de amigos y familiares, las prendas de bienes muebles y las hipotecas de bienes inmuebles, es parte integrante de toda operación de microfinanza.

7. En toda operación garantizada, incluidas las de microfinanciación, la utilización adecuada de una garantía prendaria puede redundar en beneficio tanto del prestamista como del prestatario. Los prestatarios que poseen enseres domésticos (en la medida en que puedan ser gravados, de conformidad con el régimen general de la propiedad), existencias comerciales o créditos por cobrar y otros haberes pueden en teoría obtener créditos más altos o (si el que concede el préstamo es un banco comercial) tal vez a tipos de interés más bajos y con períodos de reembolso más largos. Los prestamistas que valoran correctamente los bienes y obtienen de hecho garantías reales como fianza tienen menos probabilidades de sufrir pérdidas en caso de que un prestatario no sea solvente, y pueden ampliar su actividad. Los prestatarios que están en condiciones de ofrecer en prenda determinados tipos de haberes, tales como enseres domésticos, pueden ser incluidos en el sistema financiero y/o tener acceso a un crédito asequible. Naturalmente, que un bien sea o no transferible y por lo tanto pueda o no ser ofrecido como garantía prendaria de un crédito depende normalmente de lo que disponga el régimen de la propiedad. Para proteger el nivel de vida mínimo de los prestatarios, muchos ordenamientos jurídicos no permiten la constitución de garantías reales sobre enseres domésticos esenciales o prestaciones de empleo que sean indispensables para satisfacer las necesidades básicas de una persona o una familia. Por el mismo motivo, en muchos ordenamientos jurídicos, incluso si se permite la constitución de una garantía real sobre ese tipo de bienes, la ejecución de esa garantía está sujeta a reglas especiales. En reconocimiento de las políticas sociales que esos ordenamientos intentan aplicar, la ley recomendada en la Guía no anula lo dispuesto en otros regímenes que limiten la constitución o la ejecución de una garantía real sobre determinada categoría de bienes, o su transferibilidad (véase la recomendación 18).

8. En muchos países, sin embargo, la ausencia de legislación moderna sobre las operaciones garantizadas ha dado lugar a la implantación de prácticas poco equitativas, en particular en el sector de la microfinanza. Así pues, es importante promover la aprobación mundial de leyes eficaces y eficientes sobre las operaciones garantizadas, tales como los textos preparados por la CNUDMI y otras organizaciones, por ejemplo el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (“UNIDROIT”) y la Conferencia de La Haya de Derecho

Internacional Privado (“Conferencia de La Haya”)². También puede ser importante examinar la forma en que esos textos se aplican, en particular, al sector de la microfinanza³.

B. Prácticas poco equitativas en las operaciones microfinancieras

9. Para determinar las pautas de utilización de las garantías prendarias en el sector de la microfinanza, la Secretaría estudió una muestra aleatoria de instituciones microfinancieras que comunican datos financieros a Mix Market, con inclusión de información sobre sus productos financieros y su metodología de préstamo. La Secretaría analizó los tipos de préstamo y los requisitos de garantía prendaria de 33 instituciones de 11 países. Los resultados del estudio muestran que 26 de las 33 instituciones encuestadas exigen una garantía que puede consistir en: a) un ahorro forzoso retenido por la institución; b) enseres domésticos; c) bienes muebles; d) créditos por cobrar; e) bienes inmuebles; f) fianzas personales; y g) porciones bloqueadas del propio microcrédito⁴.

10. Las instituciones microfinancieras, al igual que numerosos prestamistas comerciales, exigen múltiples garantías prendarias, combinando el ahorro forzoso y los enseres domésticos con fianzas personales. Los requisitos más complejos a este respecto parecen ser los de las instituciones microfinancieras de Europa oriental y América Latina, donde se utilizan bienes inmuebles como garantía prendaria, e incluso créditos por cobrar (que en el momento del cobro se destinan a una cuenta de reserva pagada por el prestatario)⁵. La garantía más comúnmente exigida, según el estudio, es el requisito del ahorro forzoso. Trece de las instituciones microfinancieras encuestadas exigen un ahorro que retiene la institución; tres de ellas exigen también alguna otra forma de garantía prendaria, como bienes personales.

11. Las prácticas de las instituciones microfinancieras varían enormemente dentro de cada país y de una región a otra en lo que respecta a la cuestión del ahorro forzoso. Hay ejemplos de instituciones que piden un ahorro relativamente pequeño de 25 centavos por semana⁶, mientras que otras exigen un ahorro forzoso del 20%

² En el documento A/CN.9/720 figura un análisis comparado de las principales características de los instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas.

³ A este respecto, reviste particular interés el trabajo de UNIDROIT acerca de un nuevo Protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo sobre cuestiones específicas de los bienes de equipo de la agricultura, la construcción y la minería.

⁴ Los datos de las instituciones microfinancieras se tomaron de www.MixMarket.org y se contrastaron con información que figura en los sitios de las instituciones en Internet.

⁵ En la Fundación Mujer de Costa Rica, un prestatario individual paga 200 colones por la cuenta de reserva de saldos deudores; y de 2.000 a 3.000 colones por un estudio de crédito y honorarios legales por concepto de formalización en caso de prenda o hipoteca dados en garantía para un microcrédito. Las condiciones del crédito individual pueden consultarse en www.fundacionmujer.org/servicios/credito-individual.

⁶ Véase, por ejemplo, la Fundación Dariu de Viet Nam: el saldo de préstamo promedio es de 133 dólares por cliente, y el saldo de depósitos promedio es de 13 dólares, según los datos presentados por la Fundación a Mix Market y disponibles en <http://www.mixmarket.org/mfi/dariu/report>. Así pues, aunque el requisito del ahorro forzoso parece moderado, se traduce en realidad en un costo adicional importante para el prestatario.

(lo que produce el efecto de elevar el tipo de interés efectivo al 125,9%)⁷. En algunos países, las instituciones microfinancieras combinan la metodología grupal con ahorros forzosos y enseres domésticos como garantía prendaria⁸.

12. La práctica del ahorro forzoso vinculado a un préstamo suscita varias preocupaciones. En primer lugar, un número importante de instituciones microfinancieras que exigen ahorros forzosos no son instituciones financieras autorizadas a recibir depósitos. Por lo tanto, no es probable que la institución pague intereses sobre esas cuentas de ahorro, y las cuentas no están protegidas por seguros de depósito bancario. Además, esta práctica tiene el efecto de aumentar el costo de los fondos para los prestatarios, a la vez que les dificulta enormemente el cálculo del tipo de interés efectivo del préstamo o del costo total de los fondos para fines de comparación. Asimismo, la vinculación o el agrupamiento obligatorio de servicios financieros de modo tal que el cliente deba adquirir dos servicios, aun cuando tal vez solo desee uno de ellos, plantea cuestiones relacionadas con el comercio leal y la competencia. Lo más común es que las instituciones microfinancieras agrupen el ahorro forzoso con productos de seguros. El primero no devenga intereses para el cliente, y los segundos se proporcionan a menudo sin una prima explicativa, presentándose más bien como un costo adicional en el acuerdo de préstamo. Por lo tanto, en el fondo, estos productos parecen ser simplemente un seguro adicional contra el impago del prestatario, u otro tipo de garantía prendaria.

C. Valoración de la garantía prendaria en una operación microfinanciera

13. Al igual que cualquier otro prestamista garantizado, las instituciones microfinancieras deben mantener un delicado equilibrio con respecto a la garantía prendaria. Por una parte, necesitan cubrir el posible riesgo de impago, pero, por otra, no pueden pedir una garantía excesiva, porque los posibles clientes podrían no poseer bienes de un valor suficiente. Si exige una garantía demasiado alta, la institución microfinanciera corre el riesgo de excluir una parte importante de su mercado, porque la población más pobre puede no poseer bienes tales como un automóvil o una casa. En su valoración, la institución microfinanciera debe determinar correctamente el valor de mercado actual, *efectivo*, de la garantía para el caso de insolvencia en el futuro. Y también es probable que las prendas dadas en garantía por los prestatarios, que pueden ser aparatos electrodomésticos usados o animales viejos, tengan un valor mayor para el prestatario que para la institución. La exigencia de una garantía demasiado elevada en relación con el valor del préstamo puede poner al deudor en una situación precaria por la cual, si se ve en la imposibilidad de reembolsar el préstamo de microfinanciación, puede perder

⁷ Véase, por ejemplo, LAPO-Nigeria; los detalles de los préstamos figuran en <http://www.lapo-nigeria.org/web/what-are-the-benefitsadvantages-of-becoming-a-lapo-customer-.html>. Para obtener más aclaraciones sobre los precios, véase <http://www.kiva.org/partners/20>.

⁸ Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, *Consumer Protection and Microfinance Country Reports*, 2011, páginas 81 a 83, disponible en <http://www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf>.

también la única fuente de ingresos de la familia, o incluso su vivienda⁹. Determinar la relación adecuada entre la garantía y el préstamo es una cuestión importante para cualquier prestamista garantizado, incluidas las instituciones microfinancieras, así como para cualquier prestatario, con inclusión de las PYME y los consumidores. Ahora bien, no parece haber consenso en la comunidad de la microfinanza sobre cuál es la proporción justa y adecuada. Y el asunto tampoco parece haber sido objeto de gran atención en los últimos años entre los profesionales de la microfinanza, ni entre las organizaciones internacionales interesadas en la protección de los clientes. Además, la relación entre la garantía y el préstamo que aplican las instituciones microfinancieras es mucho más alta que la que exigen los bancos comerciales. Es cierto que tratándose de préstamos cada situación es diferente, pero las instituciones microfinancieras tienen un mandato que se relaciona con la reducción de la pobreza, por lo que las prácticas óptimas en los préstamos garantizados son sin duda un aspecto importante del debate. Sin embargo, la valoración de la garantía es una cuestión económica, no jurídica. Por consiguiente, la Guía se refiere a la valoración de la garantía en diversos puntos para destacar los aspectos de interés, pero no formula recomendaciones¹⁰.

D. Inscripción registral de una garantía real en una operación microfinanciera

14. Al igual que cualquier otro prestamista garantizado, las instituciones microfinancieras tienen también que proteger su garantía real e inscribir un aviso registral de ella en el caso de los tipos de fianza que utilizan los prestatarios en las operaciones de microfinanciación, a fin de que esa garantía real sea oponible contra terceros y tenga prelación sobre otros intereses en juego. La prelación es particularmente importante cuando los mismos bienes (por ejemplo, el mismo televisor, los mismos utensilios de cocina o los mismos pollos) se utilizan para distintos préstamos otorgados por diferentes instituciones microfinancieras, y el valor total de los préstamos excede del valor total de la garantía prendaria, de modo que los acreedores sin prelación no podrán ser reembolsados, o podrán serlo solo en parte. Este es un reto importante, porque muchos países, tanto desarrollados como en desarrollo, no tienen registros de las garantías reales sobre bienes muebles. De los 11 países en desarrollo encuestados, según los informes *Doing Business* del Banco Mundial, solo cuatro tenían registros de las garantías prendarias y leyes que permitían a una empresa utilizar bienes muebles como fianza sin perder la posesión de esos bienes¹¹. No está claro, sin embargo, si los registros de las garantías prendarias de esos cuatro países permiten inscribir un aviso de una garantía real como fianza en una operación microfinanciera a fin de que esa garantía real tenga eficacia contra terceros. Además, tampoco está claro cuán simple, rápido y barato es

⁹ Los prestatarios encuestados en el Camerún tenían que dar con frecuencia los títulos de propiedad de sus casas como garantía de un microcrédito. La relación entre el valor de la prenda y el valor del préstamo era, en promedio, del 356%.

¹⁰ Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, páginas 233, 318, 457, 462, 479, 480 y 564.

¹¹ Una de las cuestiones evaluadas en los informes *Doing Business* del Banco Mundial es el acceso al crédito y los préstamos garantizados. Los informes de los distintos países pueden consultarse en www.doingbusiness.org, utilizando la función “Explorar datos de economías”.

el proceso de inscripción, lo que es muy importante porque la duración de un préstamo de microfinanciación puede ser bastante breve¹². Así pues, incluso si las instituciones microfinancieras de esos cuatro países disponen técnicamente de un registro de las garantías prendarias, el tipo de registro puede no ser adecuado para los microcréditos a corto plazo.

15. En ausencia de un registro de las garantías reales que sea eficaz y eficiente, como el que se recomienda en la Guía y en el proyecto de Guía Legislativa Técnica para la Aplicación de un Registro de las Garantías Reales, las instituciones microfinancieras elaboran mecanismos que pueden o no ser legales o justos y que probablemente no protejan suficientemente sus garantías reales. Por ejemplo, como ya se mencionó, en algunos países las instituciones microfinancieras piden simplemente una transferencia de la titularidad del bien inmueble del prestatario y conservan esos documentos en sus cajas fuertes. Pero los prestatarios han descubierto posteriormente que es bastante fácil obtener un nuevo documento de título, ya que basta declarar que el antiguo se ha “extraviado”¹³. Por consiguiente, la falta de un registro de las garantías prendarias eficaz y eficiente ha inducido a las instituciones microfinancieras a adoptar métodos que podrían privarlas de toda seguridad. Este resultado tendrá inevitablemente un efecto en la disponibilidad y el costo del crédito, lo que a su vez contribuirá probablemente a perpetuar la exclusión financiera de las PYME y los consumidores.

16. Para abordar los problemas arriba mencionados, puede ser necesario establecer registros de las garantías reales, o reorganizar los ya existentes, de conformidad con las recomendaciones de la Guía y del proyecto de Guía Legislativa Técnica para la Aplicación de un Registro de las Garantías Reales. En particular, el registro de las garantías reales recomendado en la Guía está concebido de modo que permita la inscripción de avisos de las garantías reales en todos los tipos de operaciones garantizadas, incluidas las operaciones de microfinanciación (es decir, los haberes de las PYME o los consumidores), en la medida en que, en virtud del régimen de la propiedad pertinente, un determinado bien pueda ser transferido o gravado (véanse las recomendaciones 32 y 34). Esa inscripción no crea una garantía real, ni es un requisito para la constitución de una garantía real (véase la recomendación 33). Además, el proceso de inscripción es rápido, fácil y barato, y por consiguiente sirve para cualquier tipo de operación garantizada, incluidas las operaciones microfinancieras de breve duración, o aquellas en que la cuantía del crédito o el valor de la garantía prendaria es pequeño (véase la recomendación 54).

¹² Si bien en el sitio de los informes *Doing Business* no figuran datos específicos sobre el tiempo y los costos que conlleva la inscripción de las garantías prendarias, podemos utilizar como indicadores la duración y el número de los pasos necesarios para inscribir una propiedad. En uno de los países examinados, que tiene un registro de las garantías prendarias, se requieren 13 pasos para inscribir una propiedad, lo que lleva, en promedio, 82 días, según el Banco Mundial. Esto no parece compatible con los ciclos de los préstamos a corto plazo en operaciones microfinancieras. El informe sobre el acceso al crédito en Nigeria puede consultarse en <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/nigeria#registering-property>.

¹³ Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, *Consumer Protection and Microfinance Country Reports*, 2011, disponible en <http://www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf>.

E. Ejecución justa y transparente de una garantía real en una operación microfinanciera

17. Las instituciones microfinancieras tienen que aplicar también prácticas justas y transparentes en relación con la ejecución de sus garantías reales y el cobro de sus deudas. Cuando se ven obligadas a embargar los bienes gravados de un deudor y a venderlos, en los países en que el mecanismo del préstamo grupal está aún muy difundido las instituciones microfinancieras recurren a los propios miembros del grupo para que lleven a cabo ese embargo y venta de la garantía prendaria. Por ejemplo, en un país, los grupos constituidos a instancia de las instituciones microfinancieras tienen a una persona designada para este fin, que se considera el “responsable de la disciplina”¹⁴. Sin embargo, esto no parece compatible con la legislación del país, que especifica que solo los subastadores autorizados pueden embargar las garantías prendarias y venderlas de una manera muy precisa, con estrictas reglas de notificación para asegurar la transparencia de todo el proceso de ejecución¹⁵. En otro país, los organismos de supervisión bancaria llegaron a la conclusión de que las prácticas coercitivas y agresivas de ejecución y cobro pueden haber contribuido a una reciente crisis de sobreendeudamiento en la región¹⁶.

18. Para hacer frente a los problemas específicos arriba mencionados, es aconsejable que se pongan en práctica las recomendaciones contenidas en la Guía con respecto a la ejecución. De particular importancia a este respecto son las recomendaciones siguientes:

a) Recomendación 131, por la que el acreedor garantizado debería proceder a la ejecución de su garantía real conforme a las disposiciones pertinentes, actuando de buena fe y de forma razonable desde el punto de vista mercantil;

b) Recomendaciones 132 a 135, en virtud de las cuales esas normas no podrán ser objeto de una renuncia mediante acuerdo antes del incumplimiento;

c) Recomendación 136, por la cual, si una persona incumple las obligaciones establecidas en las disposiciones relativas a la ejecución, estará sujeta al pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento;

d) Recomendación 142, que prevé la ejecución mediante un procedimiento judicial o por vía extrajudicial;

e) Recomendación 145, según la cual el acreedor garantizado cuya garantía real goce de prelación sobre la del acreedor garantizado ejecutante tendrá derecho a asumir el proceso de ejecución; y

¹⁴ Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, *Consumer Protection and Microfinance Country Reports*, 2011, página 77, disponible en <http://www.idlo.int/DOCCalendar/FINAL%20Microfinance%20Reports.pdf>.

¹⁵ Leyes de Kenya, la Ley de los subastadores, cap. 526, 2009, disponible en inglés en <http://www.kenyalaw.org/klr/fileadmin/pdfdownloads/Acts/AuctioneersActCap526.pdf>.

¹⁶ Banco de la Reserva de la India (RBI), *Report of the Sub-Committee of the Central Bank Board of Directors of Reserve Bank of India to Study Issues and Concerns in the MFI Sector*, enero de 2011, disponible en <http://www.rbi.org.in/scripts/PublicationReportDetails.aspx?UrlPage=&ID=608#L11>.

f) Recomendaciones 147 a 151, que prevén la protección del deudor y otras personas que tengan derecho sobre el bien gravado en caso de ejecución extrajudicial.

F. Marco jurídico de las operaciones garantizadas en el contexto de la microfinanza

19. En muchos Estados, el marco jurídico nacional de las operaciones garantizadas entraña una serie de leyes nacionales. Esos Estados no tienen una ley completa sobre las operaciones garantizadas como la que se recomienda en la Guía. Más bien, la legislación al respecto es un mosaico conformado por diversos segmentos del derecho del Estado. Por ejemplo, en un estudio jurídico de profundización del sector financiero en un país se encontraron alrededor de 25 leyes que influían en la inscripción registral de las garantías reales¹⁷. En otro país, 21 leyes diferentes tenían repercusiones en los préstamos garantizados¹⁸. Además, en muchos países no existe un registro de las garantías reales, o el registro que existe no sirve para las operaciones garantizadas, incluidas las de microfinanciación. Por ejemplo, la inscripción de avisos de las garantías reales puede no ser posible en el caso de garantías prendarias tales como los enseres domésticos, o el proceso de inscripción puede ser simplemente demasiado largo y suponer un costo adicional para las instituciones microfinancieras.

20. Las instituciones microfinancieras han tendido, pues, a compensar estos problemas con estrategias que pueden ser injustas para los clientes y que no protegen efectivamente a la propia institución contra los riesgos legales o crediticios. Las instituciones pueden haber adoptado estas estrategias a raíz de problemas relacionados, por ejemplo, con la falta de un registro eficaz de las garantías reales para los bienes muebles en general o para el tipo de garantía prendaria utilizado en las operaciones de microfinanza. Así pues, las instituciones microfinancieras soslayan estos problemas exigiendo un ahorro forzoso o productos de seguro obligatorios.

G. Cuestiones que se deberían examinar

21. En vista de estos problemas, la Comisión tal vez desee examinar si las cuestiones de las operaciones garantizadas que se mencionan en los párrafos precedentes están ya debidamente tratadas en la Guía, y recomendar la aplicación general de las recomendaciones de la Guía. Una vez que un número suficiente de Estados haya puesto en práctica las recomendaciones de la Guía, la Comisión podría considerar también si es necesario abordar específicamente alguna otra cuestión relativa a las operaciones garantizadas con el fin de facilitar las operaciones de microfinanciación.

¹⁷ Financial Sector Deepening Kenya (FSD), *Costs of Collateral in Kenya, Opportunities for Reform*, septiembre de 2009.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Securing Small Loans: The Transaction Costs of Taking Collateral*, 2001.

22. Por otra parte, la Comisión podría examinar, junto con otras organizaciones que se ocupan de la microfinanza, como el Banco Mundial, la forma en que el régimen de las operaciones garantizadas recomendado en la Guía se aplica a esas operaciones en el contexto de la microfinanza, y considerar si sería útil elaborar un suplemento de la Guía para analizar y aclarar la aplicación del régimen de las operaciones garantizadas en el contexto de la microfinanza y, de ser necesario, formular nuevas recomendaciones.

III. Mecanismos de solución de controversias

A. Breve evaluación del marco jurídico

Acceso de los pobres a la justicia

23. En reconocimiento de que el acceso a la justicia es esencial en la lucha contra la pobreza, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) acogió una Comisión para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres, una iniciativa mundial que tiene por objeto estudiar los vínculos entre la exclusión, la pobreza y la ley. En un informe preparado en cumplimiento de la resolución 63/142 de la Asamblea General, se subrayó que las medidas encaminadas a mejorar el acceso a la justicia deberían centrarse en elaborar modelos de administración de justicia de bajo costo, teniendo cuenta la capacidad y disposición de los pobres para pagar esos servicios, la congestión del sistema judicial y la eficacia de los mecanismos informales y alternativos de solución de controversias¹⁹.

24. La gravedad de las carencias en el acceso de los pobres a la justicia se puso de relieve en el informe de la Comisión titulado “La ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones”. En este informe se indica que 4.000 millones de personas carecen de acceso a sistemas judiciales eficaces debido a la pobreza. Los pobres tienen poco acceso a sistemas de solución de controversias asequibles, eficientes y justos, sobre todo cuando se trata de controversias por bienes de escaso valor. Además, el sistema contradictorio excluye a los pobres, que no pueden permitirse contratar a un abogado o pagar las costas judiciales. Asimismo, los procedimientos judiciales pueden ser lentos, y es frecuente que los tribunales tengan un retraso considerable en la tramitación de las causas²⁰.

25. Estudios realizados por la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo han puesto de relieve que las instituciones microfinancieras conciertan acuerdos contractuales con personas pobres que a menudo tienen bajos niveles de alfabetización y que no están plenamente informadas de las condiciones del contrato de préstamo, particularmente en lo que respecta a los honorarios y los tipos de interés aplicables, incluida la categoría del tipo de interés, es decir, si es fijo o decreciente²¹. Los clientes de la microfinanza tienen también bajos niveles de

¹⁹ *Ibid*, sexagésimo cuarto período de sesiones (A/64/133), párr. 24.

²⁰ PNUD, Comisión para el Empoderamiento Jurídico de los Pobres, “La ley: La Clave para el Desarrollo sin Exclusiones”, disponible en www.undp.org/legalempowerment.

²¹ Centro de Microfinanza, *How do Microfinance Clients Understand their Loans?* Tiwari, A., Khandelwal, A. y Ramji, M., octubre de 2008. Disponible en <http://www.microfinancegateway.org/p/site/m/template.rc/1.9.31190/>.

instrucción financiera, y pocos conocimientos de los derechos que les asisten en virtud de la ley²². Así pues, los clientes pueden tener dificultades para comprender sus derechos y obligaciones respecto de un contrato²³. Además, si surge una controversia, lo único que puede hacer normalmente el cliente del sistema de microfinanciación es recurrir al propio funcionario encargado del préstamo o a la propia institución microfinanciera para obtener reparación²⁴. En el sector de la microfinanza se habla, a este respecto, de “las asimetrías de la información”, expresión técnica que indica un desequilibrio de poder más bien grande.

Reglamentación aplicable

26. Un componente esencial de la protección de los clientes de los servicios financieros, que es la existencia de mecanismos de solución de controversias eficaces y no judiciales para las microempresas, simplemente no existe en muchos casos²⁵. A veces puede haber también varias autoridades con competencias superpuestas para la resolución de reclamaciones relativas a los servicios financieros, lo que hace que el cliente del sistema de microfinanza tenga dificultades para discernir cuál autoridad es competente para conocer de la reclamación²⁶.

Utilización del sistema judicial por las instituciones microfinancieras

27. No está claro con qué frecuencia las instituciones microfinancieras recurren al sistema judicial para el cobro de una deuda. Los tribunales de muchos países en desarrollo no están informatizados, por lo que es difícil obtener datos. Los casos de los que se tiene conocimiento parecen indicar que los tribunales se utilizan más como una posible amenaza para inducir a los deudores recalcitrantes a pagar, que como un mecanismo efectivo para el cobro de las deudas²⁷.

²² *Ibid.* En el mencionado estudio del Centro de Microfinanza, menos de 50% de los clientes del régimen de microfinanciación de la India que habían sido encuestados podían citar el tipo de interés efectivo que se les había aplicado y habían recibido una explicación, aunque solo oral, de los términos del contrato; no se les había facilitado copia por escrito. Del mismo modo, en una encuesta efectuada por el Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre en Kenya, el 25% de los clientes de la microfinanza expresaron sorpresa ante los tipos de interés aplicados y los honorarios exigidos por los servicios, así como ante las limitadas vías de recurso disponibles. En relación con la importancia de reforzar la formación financiera y la capacidad de los usuarios de los servicios de microfinanza, véase también “Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion”, Subgrupo sobre vías de acceso innovadoras del Grupo de Expertos sobre inclusión financiera del G-20, páginas 27 y 28.

²³ En relación con este punto, véase también “Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion”, Subgrupo sobre vías de acceso innovadoras del Grupo de Expertos sobre inclusión financiera del G-20, páginas 25 y 26.

²⁴ *Supra*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, página 34, donde se menciona que el 100% de los clientes del sistema de microfinanza de la India indicaron que en caso de queja, el único recurso que tenían era la administración de la institución microfinanciera, o una línea telefónica de ayuda al cliente interna de esa institución.

²⁵ Economist Intelligence Unit (EIU), *Global Microscope on the Microfinance Business Environment*, EIU, Ltd. 2011.

²⁶ Esas autoridades pueden ser, por ejemplo, un organismo de protección del consumidor, el Banco Central, organismos administrativos o tribunales locales.

²⁷ *Supra*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, páginas 65 y 110.

Existencia de sistemas de solución de controversias por otras vías

28. La Economist Intelligence Unit observó en su evaluación del clima empresarial para la microfinanza en 55 países que la falta de sistemas eficaces de solución de controversias era un denominador común en la mayoría de los países encuestados. En el informe se señala que “cuando existe un mecanismo establecido para la solución de controversias y los clientes de la microfinanza tienen acceso a él, en muchos casos ese mecanismo no sirve en la práctica, a menudo porque es demasiado caro, requiere demasiado tiempo o solo puede atender a un número limitado de usuarios”²⁸. De igual modo, el Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre estudió 140 países en el marco de una encuesta sobre el acceso financiero realizada en 2010 y observó que, aunque más de la mitad de los países tenían un mecanismo de recurso externo para la solución de controversias con los consumidores, por ejemplo un ombudsman o un sistema de mediación, la aplicación efectiva de ese mecanismo podía ser limitada²⁹.

29. Si bien las partes directamente interesadas en la microfinanza admiten que la existencia de mecanismos de solución de controversias eficientes y justos para los clientes es indispensable para el correcto funcionamiento de todo el sector, sus esfuerzos por fortalecer esos mecanismos y por mejorar el acceso de los clientes a ellos se centran exclusivamente en la solución interna de las controversias. Action International, por ejemplo, es un destacado agente del sector de la microfinanza que estableció un código de conducta voluntario para las instituciones microfinancieras, consistente en siete principios integrales para la protección del cliente que incluyen la existencia de un procedimiento de solución de reclamaciones interno³⁰. Más de 2.300 agentes del sector de la microfinanza, incluidos 714 proveedores de servicios financieros, han firmado este código de conducta, denominado “Smart Campaign” (Campaña inteligente)³¹. Hasta la fecha, sin embargo, no se ha hecho un análisis detallado de los procedimientos de solución de controversias establecidos por las instituciones microfinancieras que participan en esta campaña. Tampoco se ha reunido ni comparado información sobre los volúmenes y los tipos de reclamaciones de los clientes de la microfinanciación en todo el sector.

30. Además, el carácter informal de la microfinanza, y el hecho de que un número sustancial de instituciones microfinancieras siguen sin estar supervisadas por un regulador prudencial, limitan de por sí el recurso al único mecanismo de reparación existente para las controversias relativas a los servicios financieros. Así, incluso si el regulador establece una ventanilla para las reclamaciones, un ombudsman u otro mecanismo para atender a las quejas, estos servicios no suelen estar disponibles para los clientes de las instituciones microfinancieras no reguladas. En la India, por ejemplo, quienes tienen una reclamación contra un banco comercial pueden

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre, Grupo del Banco Mundial, *Financial Access 2010: The State of Financial Inclusion through the Crisis*, 2010, disponible en http://www.cgap.org/gm/document-1.9.46570/FA_2010_Financial_Access_2010_Rev.pdf.

³⁰ Véase <http://www.smartcampaign.org/about-the-campaign/smart-microfinance-and-the-client-protection-principles>.

³¹ Véase http://centerforfinancialinclusionblog.files.wordpress.com/2011/11/20111115_certification_proposal-for-public-comment_final1.pdf.

recurrir a uno de los 15 Ombudsmen del Banco de la Reserva de la India³². Sin embargo, este servicio no está disponible para los clientes de las instituciones microfinancieras no reguladas. Del mismo modo, en Colombia existe un Defensor del Consumidor Financiero, cuyos servicios de mediación están a disposición de los clientes de las instituciones microfinancieras reguladas, pero solo si estas instituciones han optado por utilizar los servicios del Defensor y han convenido en acatar sus decisiones³³. En el Perú ha habido un intento de conectar a los clientes de la microfinanza con servicios de arbitraje³⁴.

31. En la Unión Europea se han establecido ombudsmen para los servicios financieros en la mayoría de los Estados miembros, y el Ombudsman del Reino Unido, en particular, publica anualmente datos sobre el volumen y los tipos de quejas que recibe³⁵, lo que ha ilustrado el valor intrínseco del ombudsman como ayuda para la formulación de leyes y políticas, además de la solución de controversias. Por consiguiente, parece ser que una labor preparatoria necesaria para la elaboración de nuevas leyes y políticas sobre la solución de controversias en el sector de la microfinanza sería agregar los datos que las distintas instituciones microfinancieras ya pueden estar reuniendo sobre los tipos de reclamaciones que presentan los clientes y cómo se resuelven, tal como lo hace el Ombudsman del Reino Unido.

B. Tipos de controversias

32. Así como escasean las investigaciones publicadas sobre el volumen y los tipos de reclamaciones específicos del sector de la microfinanza, también es poca la atención que se ha prestado a las controversias de las pequeñas empresas en los países en desarrollo, incluida la frecuencia con que recurren a los tribunales o utilizan alguna otra vía no judicial para resolverlas³⁶.

³² Las oficinas de los Ombudsmen del Banco de la Reserva de la India figuran en http://www.rbi.org.in/Scripts/bs_viewcontent.aspx?Id=164.

³³ *Supra*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, páginas 68 y 69; Colombia, Ley 1328 de 2009.

³⁴ Esta iniciativa de solución de controversias por alguna otra vía (la “iniciativa Huancayo”) se presentó en el Coloquio de la CNUDMI sobre la microfinanza celebrado en Viena los días 12 y 13 de enero de 2011. Se indicó que en el Perú había 250.000 controversias por servicios financieros por año que se resolvían en los tribunales, estimándose que cada una de las 60 instituciones microfinancieras reguladas del Perú tenía 2.000 controversias anuales.

³⁵ Véase <http://www.financial-ombudsman.org.uk>.

³⁶ En una encuesta a 30 propietarios de pequeñas empresas peruanas, los empresarios indicaron que su impresión del sistema judicial los inducía a modificar su conducta empresarial a fin de evitar la necesidad de una intervención judicial para ejecutar los contratos. Véase Herrero, Alvaro, y Henderson, Keith, *The cost of resolving small-business conflicts: the case of Peru*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2004.

33. Estudios realizados por destacadas organizaciones internacionales, tales como *Microfinance Pricing Transparency*, indican que en el sector de la microfinanza un número importante de controversias puede deberse a la poca transparencia de la fijación de precios y a las políticas contractuales poco equitativas del sector³⁷. La Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo también realizó una evaluación de la protección *de jure y de facto* de los clientes de la microfinanza, que reveló que los prestatarios a menudo tenían quejas relacionadas con la comunicación incompleta e inexacta de las condiciones del acuerdo y con la negativa de las instituciones microfinancieras de reestructurar la deuda en caso de dificultad para el reembolso³⁸. Otros estudios de los abusos del sector microfinanciero se concentran casi exclusivamente en las prácticas de cobro inadecuadas y el robo a los clientes³⁹. Asimismo, en caso de insolvencia del deudor, debería redundar en interés de la institución microfinanciera mediar e intentar reestructurar los préstamos de los clientes, ampliando los plazos para el reembolso o reduciendo la cuantía de las cuotas en los períodos de menor corriente de efectivo de las microempresas. Sin embargo, en un análisis de esta cuestión, la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo descubrió que las instituciones microfinancieras no parecen estar interesadas en reestructurar los préstamos, pese al interés manifestado por los clientes⁴⁰. El hecho de aceptar la reestructuración salvaría muy probablemente la relación con un cliente (una vez que un prestatario ha resultado ser insolvente, lo normal es que no se le concedan nuevos préstamos y la institución pierde así un cliente). Por lo tanto, la mediación parecería ser la solución más favorable tanto para la institución microfinanciera como para el cliente, en lugar del embargo y venta de los haberes que el deudor ha dado en prenda, como se vio en la primera parte del presente documento.

C. Cuestiones que se deberían examinar

34. Ante unas carencias tan grandes en el acceso de los pobres a la justicia, deberían elaborarse sistemas de solución de controversias nuevos, innovadores y más eficientes que se ajusten a los bajos ingresos, los niveles de alfabetización y las limitaciones geográficas y culturales de los pobres. Cuando las partes en un contrato tienen un poder de negociación desigual, es probable que surjan malentendidos y controversias. Sin embargo, en los países en desarrollo, donde el acceso de los pobres a los servicios financieros es bajo, los reguladores rara vez cuentan con recursos para crear sistemas de solución de controversias relativas a los servicios

³⁷ *Microfinance Transparency* ha desarrollado una calculadora de los precios, disponible en www.MFTransparency.org, en que los pobres pueden introducir todos los costos, incluidos el seguro y las partes retenidas o bloqueadas del préstamo que se utilizan como fianza, para determinar la tasa porcentual anual efectiva, o el costo real del préstamo.

³⁸ *Supra*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, páginas 32 y 33, 62, 77, 79 y 80, 96 y 97 y 101.

³⁹ Zeija, Flavian, *The Legal Requirements of Profitability, Sustainability, and Loan Recovery by Arrest and Imprisonment: A Dichotomy between Concern for the Poor and Concern for the Rich in Uganda*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, Voices of Development Jurists, 2009. Disponible en <http://www.idlo.int/MF/Documents/Publications/60E.PDF>.

⁴⁰ *Supra*, Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo, páginas 33, 64 y 65.

financieros⁴¹. Así pues, la falta de mecanismos de reparación ajenos a las instituciones microfinancieras parece ser un obstáculo tanto para los clientes que buscan resolver sus reclamaciones contra las instituciones, como para las instituciones financieras que buscan ejecutar y cobrar las deudas válidas.

35. En su 44° período de sesiones, la Comisión⁴² señaló que un marco legal y reglamentario propicio para la microfinanza incluía el establecimiento de procedimientos justos, eficientes, transparentes y baratos para resolver las controversias que surgieran a raíz de las operaciones de microfinanciación, y que la ausencia de esos procedimientos para los clientes de la microfinanza era una cuestión que debía examinarse más a fondo. Así pues, la Comisión tal vez desee considerar los siguientes asuntos:

a) Si los sistemas alternativos de solución de controversias, como el arbitraje, la mediación y la conciliación, pueden ofrecer soluciones viables para la resolución económica de las controversias de los pobres que no entrañan sumas elevadas; y, en particular, en caso de que se establezca un sistema de ese tipo, cómo debería financiarse para que mantenga su independencia, y cómo podrían acceder a él los clientes de las instituciones microfinancieras que viven en zonas alejadas;

b) Si el sector de la microfinanza necesita entender mejor los tipos de reclamaciones de los clientes, y cómo influyen en el crecimiento del sector en su conjunto, y si necesita la asistencia del sector jurídico para elaborar mecanismos de reparación adecuados a sus necesidades. A este respecto, es preciso realizar una evaluación detallada de los tipos y volúmenes de reclamaciones del sector, como requisito para determinar si algún otro método de solución de controversias podría ser eficaz y, en caso afirmativo, cuál modalidad se adaptaría mejor a las necesidades y los estilos de vida de los pobres. Ese estudio podría correr a cargo de la CNUDMI, junto con organismos de las Naciones Unidas tales como el PNUD y el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Capitalización, el Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre, del Banco Mundial, Acción Internacional, una institución de investigación destacada o un agente de la sociedad civil interesado en estos asuntos; y

c) Dados los avances tecnológicos relativos a la banca móvil y el dinero electrónico que ya utilizan las instituciones microfinancieras de varios países para distribuir préstamos, si debería estudiarse también la creación de un servicio de solución de controversias en línea, para determinar si es viable en el caso de la microfinanza. Un sistema de solución de controversias en línea ofrecería la posibilidad de llegar a los pobres que viven en las zonas rurales, aunque podría ser necesario llevar a cabo también una extensa campaña de creación de conciencia.

⁴¹ Véase Brix, Laura, y McKee, Katharine, *Consumer Regulation in Low-Access Environments: Opportunities to Promote Responsible Finance*, Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre, Focus Note núm. 60, febrero de 2010.

⁴² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/66/17)*, párrs. 242 y 246.

IV. Dinero electrónico

A. Perspectivas para la inclusión financiera

36. El dinero electrónico puede tender un valioso puente entre los pobres y los servicios financieros. Por dinero electrónico se entienden los valores que solo se intercambian en forma electrónica, utilizando redes informáticas, Internet y sistemas de valor almacenado (véase A/CN.9/698). Para utilizar dinero electrónico, un cliente convierte moneda efectiva en dinero virtual, por lo general en una agencia del proveedor del servicio. El cliente puede también acceder a otros servicios financieros, como cuentas de ahorro vinculadas y crédito en forma de dinero electrónico. El crecimiento de este sector ha sido sumamente rápido en los países en desarrollo, donde un gran porcentaje de la población no tiene cuenta bancaria. Según las cifras presentadas en el Coloquio de la CNUDMI, para 2012 podrían estar empleando servicios financieros móviles 364 millones de personas de bajos ingresos que carecen de cuenta bancaria⁴³.

B. Situación del sector

37. En el mundo existen aproximadamente 130 iniciativas de dinero móvil⁴⁴. En los países en desarrollo, los teléfonos móviles han demostrado su notable capacidad de llegar a aldeas rurales remotas donde no existen bancos, ni tampoco instituciones microfinancieras, debido a los altos costos de infraestructura⁴⁵. Los proveedores de servicios de telefonía móvil tienen agentes en miles de tiendas que reciben y entregan dinero en efectivo en todo el país, lo que confiere una importante ventaja de mercado a las iniciativas de dinero electrónico basadas en las telecomunicaciones. Los agentes están también acostumbrados a tramitar grandes volúmenes de operaciones en efectivo de bajo valor.

El dinero electrónico estimula la colaboración de los sectores financieros y de las telecomunicaciones

38. Tal como ocurre con las instituciones microfinancieras, la relación de las telecomunicaciones con los bancos también evoluciona constantemente. En los últimos tiempos ha habido varias iniciativas conjuntas para ofrecer una gama más amplia de servicios financieros por telefonía móvil. Por ejemplo, la ONG internacional CARE se ha asociado con Orange/Telkom Kenya y el Equity Bank para ofrecer cuentas de ahorro a asociaciones de ahorro y préstamo rurales. A través

⁴³ Véase el documento A/CN.9/727 de la CNUDMI.

⁴⁴ Dolan, Jonathan, *Accelerating the Development of Mobile Money Ecosystems*, Washington, D.C.: CFI y Harvard Kennedy School, 2009.

⁴⁵ Véase también “*Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*”, Subgrupo sobre vías de acceso innovadoras del Grupo de Expertos sobre inclusión financiera del G-20, 3 de mayo de 2010, página 3 y páginas 30 y 31.

de agentes Equity/Orange se puede acceder a servicios tanto de depósito como de retiro de dinero⁴⁶.

39. Los acontecimientos recientes en la escena financiera mundial han demostrado que la autorregulación de las instituciones financieras es a menudo insuficiente para proteger a los consumidores y mantener su confianza. Por consiguiente, es fundamental que los reguladores presten gran atención a las novedades relativas al dinero electrónico.

Los bancos centrales de los países en desarrollo están vigilando activamente las iniciativas no bancarias de dinero electrónico y colaborando con ellas para elaborar una reglamentación proporcionada

40. Tanto en Filipinas como en Kenya, donde las iniciativas de dinero electrónico están prosperando, los reguladores procedieron primero a *observar, entablar un diálogo con el sector y aprender*⁴⁷, lo que les permitió calibrar los posibles efectos y riesgos del dinero electrónico antes de determinar cómo reglamentarlo. A partir de sus observaciones, los Bancos Centrales de ambos países determinaron el nivel apropiado de supervisión de los agentes de dinero electrónico, basándose en sus actividades y no en el tipo de institución.

41. En Filipinas se publicó luego la circular núm. 649 de 2009 sobre el dinero electrónico⁴⁸, mientras que el Banco Central de Kenya publicó una carta de abstención de toda acción legal respecto de las operaciones de M-Pesa. Hasta la fecha, Kenya aún no tiene una reglamentación sobre el dinero electrónico (pero ha publicado un proyecto de reglamento)⁴⁹. La destreza reguladora de ambos Bancos Centrales ha sido ampliamente reconocida, no solo por lo que respecta al dinero electrónico sino también por su compromiso en favor de la inclusión financiera⁵⁰. Gracias a ello, ambos países tienen una experiencia positiva desde los puntos de vista de la reglamentación, del mercado y del consumidor en relación con el dinero electrónico.

42. En Filipinas, Smart Money y Globe G-Cash (un producto vinculado a un banco y un producto de dinero electrónico por telecomunicaciones, respectivamente)⁵¹ comenzaron a funcionar en 2003 y 2004 y tienen acumulativamente más de

⁴⁶ “CARE, el Equity Bank and Orange lanzan una alianza para conectar a los grupos de ahorro con los bancos por medio de la telefonía móvil”, comunicado de prensa de 16 de marzo de 2012, disponible en inglés en <http://www.care.org/newsroom/articles/2012/03/care-mobile-banking-services-kenya-20120316.asp>.

⁴⁷ En los Principios para la inclusión financiera innovadora del G-20 se hace referencia explícita a un método de *ensayo y aprendizaje* como una forma eficaz de gestionar la innovación. Véase *Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*, Subgrupo sobre vías de acceso innovadoras del Grupo de Expertos sobre inclusión financiera del G-20, 3 de mayo de 2010, páginas 24 y 25.

⁴⁸ Disponible en <http://www.cgap.org/gm/document-1.9.44821/Circular%20649.pdf>.

⁴⁹ <http://www.centralbank.go.ke/downloads/nps/Electronic%20%20Retail%20and%20E-regulations.pdf>.

⁵⁰ Véase el documento A/CN.9/727 de la CNUDMI.

⁵¹ Véase también “*Innovative Financial Inclusion, Principles and Report on Innovative Financial Inclusion*”, Subgrupo sobre vías de acceso innovadoras del Grupo de Expertos sobre inclusión financiera del G-20, página 31.

9 millones de suscriptores. Safaricom de Kenya, una empresa de servicios móviles, tenía 14,91 millones de clientes en su servicio M-Pesa en junio de 2011, y había efectuado operaciones por valor de 3.150 millones de dólares en un período de seis meses⁵². Posteriormente, Safaricom se ha asociado con el Equity Bank de Kenya con el fin de ofrecer a los clientes de M-Pesa una cuenta de ahorro que devenga intereses y un servicio de remesas internacionales para que la diáspora kenyana envíe dinero a casa (en asociación con la Western Union), además de productos de seguros.

Adquisiciones de las empresas de tarjetas de crédito en el mercado del dinero electrónico

43. Las grandes empresas de tarjetas de crédito también están estableciendo servicios de dinero electrónico. Una empresa mundial de tarjetas de crédito está adquiriendo plataformas de dinero electrónico ya existentes. Por ejemplo, en junio de 2011 Visa adquirió un proveedor de plataformas de dinero electrónico sudafricano, *Fundamo*, que tenía una base de suscriptores de 5 millones y un crecimiento previsto hasta más de 180 millones de clientes⁵³. En diciembre de 2011, Visa firmó también un contrato con el Gobierno de Rwanda para prestar servicios financieros al gobierno y simultáneamente ofrecer servicios financieros y programas de alfabetización a los ciudadanos del país⁵⁴. Si las adquisiciones y los acuerdos (posiblemente exclusivos) con los gobiernos continúan, podría generarse un efecto negativo en la competencia entre los proveedores de dinero electrónico antes de que el sector tenga la oportunidad de madurar. Por consiguiente, las autoridades encargadas de la competencia deberían vigilar estrechamente el desarrollo del sector. También debería prestarse atención al requisito de la interoperabilidad de las redes, a fin de que puedan entrar nuevos actores al mercado. En efecto, esto permitiría al consumidor enviar dinero desde cualquier proveedor de servicios a un usuario de otro proveedor de servicios sin utilizar múltiples tarjetas SIM o cuentas de dinero electrónico.

⁵² *Safaricom Half-Year Results Presentation*, noviembre de 2011, disponible en http://www.safaricom.co.ke/fileadmin/About_Us/Documents/Half%20Year%20Results%20September%202011.pdf.

⁵³ “Visa adquiere Fundamo y firma un nuevo acuerdo con Monitise”, comunicado de prensa de Visa de 9 de junio de 2011, disponible en inglés en <http://corporate.visa.com/media-center/press-releases/press1128.jsp>.

⁵⁴ “Asociación Visa-Rwanda impulsa los servicios financieros electrónicos”, comunicado de prensa de Visa de 5 de diciembre de 2011, disponible en inglés en <http://pressreleases.visa.com/phoenix.zhtml?c=215693&p=irol-newsarticlePR&ID=1635856&highlight=>. “Visa aspira a percibir el 50% de sus ingresos fuera del mercado estadounidense de aquí a 2015”. Comunicado de prensa de Visa de 5 de diciembre de 2011 (véase el enlace anterior). El mercado de Rwanda es interesante para los proveedores de dinero electrónico y otros servicios financieros como Visa debido a que se prevé que el PIB por habitante de este país llegará a 1.000 dólares en 2020, en comparación con 220 dólares en 2000. Sin embargo, la preocupación relativa a la inclusión financiera se relaciona con la difuminación de la diferencia entre los proveedores de servicios de pago y los proveedores de crédito. La concesión (excesiva) de crédito a personas de ingresos bastante moderados puede tener graves repercusiones en la economía y la cultura de una nación.

Posibles riesgos del dinero electrónico para el consumidor

44. Los riesgos del uso de dinero electrónico incluyen la posibilidad de que:

- a) Una parte importante de los ingresos del cliente almacenados en un teléfono móvil o una tarjeta de prepago se pierda por actos de piratería y fraude;
- b) Los problemas de liquidez, la insolvencia o la quiebra de un proveedor (o un agente) impidan el acceso del cliente a los fondos de manera temporal, o tal vez incluso permanente;
- c) El mayor acceso a productos crediticios conduzca a niveles más altos de sobreendeudamiento en personas que tal vez ya vivan en el umbral de pobreza o cerca de él; y
- d) Se planteen problemas relacionados con la privacidad, debido a que los datos personales y financieros y los historiales de gastos se comparten cada vez más con los comerciantes⁵⁵.

C. Cuestiones de reglamentación emergentes en un sector dinámico

45. Los proveedores de servicios no bancarios de dinero electrónico parecen estarse convirtiendo en proveedores de servicios financieros propiamente dichos, entre otras cosas mediante asociaciones con instituciones de servicios financieros sometidas a regulación prudencial⁵⁶. Sin embargo, ¿cómo debería abordar un regulador la compleja tarea de establecer reglamentación para los proveedores no bancarios de dinero electrónico, como las empresas de telecomunicaciones y de tarjetas de crédito, que no se asocian con instituciones financieras reguladas pero prestan servicios de tipo bancario? Y ¿puede el valor almacenado convertirse en algún momento en una cuenta de depósito de ahorro?

46. Hasta la fecha, todos los países en que existen iniciativas de servicios financieros móviles exigen que el 100% del valor electrónico del cliente esté respaldado por depósitos en un banco regulado⁵⁷. Y, hasta ahora, los países con regímenes de dinero electrónico más evolucionados, como Kenya, Malasia y Filipinas, han determinado que el dinero electrónico no es un depósito *per se*, sino un fondo de operaciones que permanece en una cuenta en espera de ser transferido. Ningún Estado, sin embargo, ha declarado específicamente que una empresa de

⁵⁵ Como ya se está viendo en Internet y con los adelantos de la tecnología de los teléfonos inteligentes, las empresas no solo estudian las pautas de búsquedas de los consumidores, el contenido de sus correos electrónicos (Gmail y Hotmail) y las pautas de compra, y les envían anuncios específicos basados en sus compras anteriores, sino que también pueden rastrear los desplazamientos físicos del consumidor.

⁵⁶ Colombia, por ejemplo, ha aprobado varios decretos que estimulan el microahorro ofreciendo un procedimiento simplificado de apertura de cuentas de ahorro tradicionales para personas que posean pequeños ahorros (Circular Externa 053/09), e incluso decretos relativos a cuentas de ahorro electrónico (decretos 4590/08 y 1349/09). Misión Permanente de la Oficina de Colombia ante las Naciones Unidas, Comunicación EMD-096, 30 de enero de 2012.

⁵⁷ *The Mobile Financial Services Development Report 2011*, World Economic Forum USA, Inc. 2011, disponible en <http://www.weforum.org/reports/mobile-financial-services-development-report-2011>.

telecomunicaciones que mantenga dinero en flotación electrónica depositado en un banco regulado *no pueda optar* por pagar intereses sobre el valor almacenado. Permitir el pago de intereses sobre las cuentas de valor almacenado respaldadas en un 100% por depósitos en instituciones financieras reguladas puede ser una forma adicional de fomentar la inclusión financiera de los pobres.

47. Destacados promotores de la inclusión financiera pertenecientes al Grupo Consultivo de Ayuda a la Población Más Pobre han abogado también por que se permita a los proveedores no bancarios de dinero electrónico pagar intereses, a condición de que los fondos estén protegidos por seguros.

Integridad del sector financiero y preocupaciones relacionadas con los delitos financieros

48. En lo que respecta a la integridad del sistema financiero, deben abordarse ciertamente las cuestiones de la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. Ahora bien, el dinero electrónico, a diferencia de las operaciones en efectivo, permite vigilar las actividades sospechosas, lo que no es posible con los pagos en efectivo. Una vez más, Kenya ha tratado este asunto inicialmente por medio de un acuerdo de notificación voluntaria, en virtud del cual las empresas de telecomunicaciones presentan informes al Banco Central, especialmente sobre las operaciones y las pautas sospechosas. También existe un límite a la cantidad de dinero que se puede mantener y enviar a través de Safaricom⁵⁸. Además, Kenya trató también el requisito de “conocer al cliente” retroactivamente, exigiendo que toda tarjeta SIM estuviera registrada a nombre de un solo usuario; cuando no se proporcionara una identificación adecuada a la empresa emisora, la cuenta quedaría invalidada (ya que un gran porcentaje de las tarjetas se había vendido antes de la existencia de M-Pesa, cuando no se exigía ninguna documentación)⁵⁹. Sudáfrica, Tanzania y Etiopía también exigen el registro obligatorio de los números SIM para combatir los delitos financieros y el terrorismo⁶⁰.

Seguridad de las plataformas de dinero electrónico para el cliente

49. La integridad de los programas informáticos que utilizan los proveedores de dinero electrónico por telecomunicaciones también es una prioridad. En Kenya, Safaricom abordó este asunto sometiéndose a una auditoría intensiva de sus sistemas a cargo de una empresa consultora externa, a petición del Banco Central⁶¹. Esta cuestión podría seguramente tratarse tal como las empresas de tarjetas de crédito han tratado el problema de la protección contra el fraude, así como los planes de seguro. Además, la existencia de un sistema de solución de controversias justo y transparente para los clientes debería ser un requisito previo.

⁵⁸ Mutegi, M. *Kenya: Safaricom in talks to Raise M-Pesa Limit*, AllAfrica.com, 4 de octubre de 2010, disponible en <http://allafrica.com/stories/201010080127.html>.

⁵⁹ “Ahora es obligatorio registrar la tarjeta SIM”, comunicado de prensa de la Comisión de Comunicaciones de Kenya de 21 de junio de 2010, disponible en inglés en http://www.cck.go.ke/news/2010/news_21june2010.html.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Alliance for Financial Inclusion, *Enabling mobile money transfer: The Central Bank of Kenya's treatment of M-Pesa*, 2010, página 5.

Condición jurídica del dinero electrónico y de las operaciones correspondientes

50. Análogamente, ahora que las microempresas comienzan a realizar una mayor proporción de sus operaciones comerciales con dinero electrónico, debería determinarse cuál es la condición jurídica de los pagos realizados exclusivamente con dinero electrónico. ¿Está el cliente obligado a aceptar el uso de dinero electrónico en lugar de dinero en efectivo para los reembolsos?⁶² Este también es un tema nuevo, respecto del cual pocos países tienen legislación aplicable.

D. Cuestiones que se deberían examinar

51. El aspecto más importante del dinero electrónico para la inclusión financiera podría ser si los proveedores no bancarios de dinero electrónico pueden pagar intereses sobre el valor almacenado. Puesto que los principales actores en este sector son las empresas de telecomunicaciones y de tarjetas de crédito, la CNUDMI podría estudiar junto con los reguladores la manera de permitir sin riesgos que esas instituciones ofrezcan cuentas de ahorro que devenguen intereses y seguros, tal vez estableciendo una reglamentación en función de los tipos de servicios financieros que se presten. De igual modo, los proveedores no bancarios de dinero electrónico que deseen ofrecer productos crediticios deberían contar con medidas que permitan determinar la idoneidad de los servicios financieros ofrecidos en función de las necesidades de los clientes y de su capacidad de reembolso⁶³.

52. La venta de servicios financieros inadecuados puede conducir al sobreendeudamiento que sido la causa de las crisis del reembolso en los sectores de la microfinanza de no pocos países en desarrollo. Así pues, podría ser oportuno que la comunidad internacional desarrollara prácticas óptimas para la concesión responsable de productos de crédito electrónico. La CNUDMI podría contribuir a este esfuerzo iniciando ese diálogo entre las naciones.

53. Además, debido a que el dinero electrónico es el resultado de una tecnología nueva, con el tiempo podrían salir a relucir problemas de seguridad. Expertos externos en seguridad deberían realizar auditorías periódicas de la seguridad de la plataforma informática, incluidos los protocolos de privacidad de los datos de los clientes. La CNUDMI podría contribuir a este esfuerzo elaborando directrices sobre la integridad de las plataformas de dinero electrónico y determinando la frecuencia con que deberían realizarse esas auditorías de los sistemas y los aspectos en que deberían centrarse.

⁶² En Singapur, el regulador expresó la intención de que los comerciantes estuvieran obligados a aceptar pagos en dinero electrónico para 2008. *Electronic Money: the new legal tender*, ZDnet.com, 21 de diciembre de 2000, disponible en <http://m.zdnet.com.au/electronic-money-the-new-legal-tender-120107819.htm>. Nigeria también está desplegando esfuerzos para convertirse en una sociedad sin dinero en efectivo. Por lo tanto, cabe suponer que el dinero electrónico pasará a ser la moneda de curso legal por defecto.

⁶³ Véanse las disposiciones de la Ley de crédito nacional de Sudáfrica. Hasta ahora, Sudáfrica parece ser el único país en que las instituciones financieras son responsables de velar por que los servicios financieros proporcionados sean adecuados a las necesidades de los clientes. República de Sudáfrica, núm. 34 de 2005; Ley de crédito nacional, 2005, disponible en inglés en http://www.ncr.org.za/pdfs/NATIONAL_CREDIT_ACT.pdf.

54. La Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de efectuar un estudio de las cuestiones arriba mencionadas para determinar las directrices legislativas adecuadas, o elaborar recomendaciones con respecto a un enfoque armonizado de la regulación de las instituciones financieras no bancarias que ofrecen servicios de dinero electrónico que no sean simples transferencias de dinero, equilibrando a) la necesidad de inclusión financiera, con b) la necesidad de proteger a la población de clientes vulnerables en una economía mundialmente interconectada que aún es frágil.
