

TENDENCIA DE LA LEGISLACIÓN BANCARIA Y BURSÁTIL NACIONAL

Julio Hernán Figueroa Bustamante

*Profesor de Derecho Monetario y
Bancario, Derecho Financiero de la UNMSM.*

SUMARIO: *I.- Estructura. II.- Clasificación. III.- Empresas Incorporadas por la Ley. IV.- Empresas Bancarias. Instrumentos Nuevos. Operaciones Prohibidas. Límites Operativos y Sanciones. Ponderación de Riesgos. Conglomerados. Saneamiento de la Cartera, Organización de las Empresas Bancarias, Central de Riesgos, Obligación de Información al Público Depositantes, Encaje. Transacciones Financieras Sospechosas. Atribuciones del Superintendente. Atribuciones del Superintendente. Banca Estatal. Publicidad. Cajas Municipales. V.- Conclusión. Bibliografía.*

El presente comentario pretende formular una apreciación de los aspectos esenciales establecidos por la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, así como de los efectos que ha generado en la actividad financiera, así como sobre los principales instrumentos bursátiles normados por la Ley del Mercado de Valores, ley con la finalidad de asegurar su solidez, competitividad y confiabilidad¹.

¹ Figueroa Bustamante Hernán: Derecho Bancario Editorial, librería y Ediciones Jurídicas. Lima año 2000, p. 10.

Trataremos dichos temas en el mismo orden en que ha sido planteados.

I. ESTRUCTURA

Considera al Sistema Financiero como el conjunto de empresas que debidamente autorizadas por la Superintendencia operan en la intermediación financiera, así como a sus subsidiarias, incluyendo a las empresas que prestan servicios complementarios.

II. CLASIFICACIÓN

Agrupar a las empresas del Sistema Financiero y de Seguros en:

- Empresas de Operaciones Múltiples: Como las Empresas Bancarias, Financieras, Cajas Municipales de Ahorro y Crédito Popular, Entidades de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa (EDPYMES), Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público, Cajas Rurales de Ahorro y Crédito.
- Empresas Especializadas: Empresas de Capitalización Inmobiliaria, Empresas de Arrendamiento Financiero, Empresas de Factoring, Empresas Afianzadoras y de Garantías, Empresas de Servicios Fiduciarios.
- Bancos de Inversión: No pueden recibir dinero del público y deben diversificar su cartera en el mercado. Son instituciones propias del Mercado de Capitales que desarrollan una importante captación de recursos valiéndose de préstamos a mediano y largo plazo, así como de las emisiones de bonos y obligaciones y su financiación. Efectúan inversiones, compran activos de elevado costo, se ocupan de la formación bruta de capital con oportunidad y diligente información. Esta modalidad de Banca asesora movimientos financieros estratégicos, operaciones de underwriting, participa en la reestructuración de empresas y en procesos de privatización, asumiendo el riesgo financiero de la operación, al no exigir las garantías usuales requeridas por la banca comercial.
- Empresas de seguros, de seguros y reaseguros, de reaseguros: Es importante destacar el rol del seguro de crédito que permite un mayor acceso de los prestatarios que carecen de patrimonio o flujos de ingresos demostrables documentariamente del crédito para capital de trabajo. La ley establece que la SBS otorgará autorizaciones a los corredores de seguros y reaseguradores extranjeros. Los servicios que prestan dichas entidades incluyen ahora la atención a demandantes potenciales de seguros.

Asimismo y con el fin de no afectar los márgenes de solvencia y las reservas técnicas de las empresas de seguros, estas quedan autorizadas para organizar patrimonios autónomos de seguros de crédito regidos por el principio del autoseguro.

Por último, se requiere la clasificación de riesgo de las compañías de seguros, las que se harán cargo de la administración de las rentas vitalicias, así como de los riesgos de invalidez y supervivencia, prestaciones que a futuro las AFP podrán otorgar también.

- Empresas de servicios complementarios como los Almacenes Generales de Depósito, las Empresas de Transporte, Custodia, Administración de numerario, empresas emisoras de tarjetas de crédito y/o débito, empresas de servicios de canje, empresas de transferencia de fondos.

Se trata de sociedades que prestan servicios ligados o conexos con las actividades bancarias y en los que las instituciones invierten parte de su capital y reservas a través de la suscripción y pago de las acciones representativas de su capital social.

III. EMPRESAS INCORPORADAS POR LA LEY

Dicha norma propicio la creación de nuevas modalidades de empresas que en el Sistema Financiero como:

- Empresas de Capitalización Inmobiliaria: Tienen como objeto social construir inmuebles y celebrar en relación con ellos, contratos de capitalización inmobiliaria individual con terceros. Dicha capitalización no puede ser retirada y sólo se aplican los aportes al pago del precio de compra del inmueble, o ser recuperada por el inversionista cediendo su posición a un tercero en el caso que el titular original del contrato de capitalización inmobiliaria y ocupante del inmueble no pueda o no quiera seguir vinculado con su contrato. El tercero pagará al titular original de la operación lo que haya desembolsado en la cuenta de capitalización individual que mantienen en dichas empresas, más el valor adicional que eventualmente le diera el mercado. Dicho nuevo poseedor de la capitalización tampoco está obligado a heredar su patrimonio ni sus ingresos. Podrán emitir cédulas.

Estimamos que siguiendo experiencias de otros países, estas empresas orientadas a la comercialización inmobiliaria y al crédito especializado en dicha materia tienen una importante proyección. Así mismo, consideramos que no se deberá exigir a sus clientes la presentación de patrimonio ni de flujo de ingresos. De esta manera, el solicitante y la empresa comercializadora diseñan la estructura de pago del inmueble que se desee, es decir, el monto de sus cuotas y plazo. Las cuotas se podrán capitalizar hasta completar el precio total del inmueble, el que podrá ser ocupado desde el inicio de la celebración del contrato. Este producto financiero hace posible la creación de un mercado de contratos inmobiliarios en

el que se compran y venden dichos, valores. Bajo este sistema, se permite que los informales y personas de menores recursos accedan a la propiedad de un inmueble, sea vivienda, taller industrial o local comercial.

Esta innovación financiera guarda relación con el cambio suscitado en la concepción del negocio inmobiliario, por el cual ya no se busca, como antes, construir para vender y obtener la mayor cantidad de dinero en forma inmediata, sino construir productos de buena calidad que generen una rentabilidad atractiva para el inversionista, vía el alquiler de los bienes construidos. Estos fondos de inversión dedicados a invertir específicamente en el negocio de bienes raíces reciben generalmente los servicios de información, asesoría, consultoría e inversión inmobiliaria.

Empresas de Factoring: Dedicadas a la adquisición de facturas conformadas, títulos valores y en general cualquier documento representativo de deuda. Es conveniente señalar que la factura conformada tiene como antecedente, según el tratadista argentino del Derecho Bancario Héctor Angel Benelbaz la denominada duplicata brasileña, emitida como consecuencia de una compra venta de mercaderías.

En la legislación comparada se prevé que el vendedor entregará al comprador una factura conformada acompañada de un duplicado resumen, en las condiciones que establezca la Ley. La factura original queda en poder del comprador y el duplicado resumen será devuelto al vendedor.

De conformidad con el artículo 237 de la Ley 26702 bajo comentario, las facturas conformadas son títulos valores que representan bienes entregados y no pagados, pudiendo ser éstas endosadas en favor de terceros, otorgándoles mérito ejecutivo a sus legítimos tenedores. Dada su calidad de títulos valores, el deudor no puede oponer al endosatario de la factura ninguna excepción personal. Por ejemplo, el comprador de un televisor no podrá oponer al endosatario de la factura conformada el hecho que el bien nunca funcionó.

Las operaciones de Factoring global requieren que las facturas puedan circular rápidamente y en un gran número. La cesión de derechos no permite una adecuada circulación de los títulos, toda vez que requiere la conformidad del deudor cedido para surtir efectos contra éste; lo que no es necesario en caso de endoso. El mérito ejecutivo faculta el cobro de dichos documentos, aminorando su riesgo intrínseco y los costos de la operación.

Empresas afianzadoras y de garantías: Otorgan afianzamiento para garantizar a personas naturales o jurídicas ante otras empresas del Sistema Financiero, en operaciones vinculadas con el comercio exterior.

Empresas de servicios fiduciarios: Actúan como fiduciarios en contratos de fideicomiso, es decir, cumplen el encargo del fideicomitente, quien les transfirió la propiedad con la finalidad de asegurar un determinado beneficio en su favor o el de un tercero fideicomisario.

Empresas de Transporte, Custodia, Administración de numerario.

Empresas de Tarjetas de Créditos y de Débito.

IV. EMPRESAS BANCARIAS

Son aquellas cuyo negocio principal consiste en reunir dinero del público en depósito o bajo cualquier contractual para utilizar ese dinero, su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiamiento en conceder créditos en diversas modalidades, estableciendo que se podrán aplicar a operaciones sujetas a riesgos de mercado. Señala entre otros aspectos:

A) Considera las siguientes operaciones nuevas de los Bancos:

- Conceder préstamos hipotecarios y prendarios, emiten títulos valores instrumentos hipotecarios y prendarios.
- Adquirir instrumentos hipotecarios.
- Realizar operaciones de factoría y
- Tomar o brindar cobertura de commodities, futuros y productos financieros derivados, previa aprobación de la SBS.
- Adquirir, conservar, vender instrumentos representativos de deuda.
- Adquirir, conservar y vender certificados de participación en fondos de inversión.
- Comprar, conservar, vender títulos de la deuda pública de gobiernos cuyos países aprueba la SBS.
- Operaciones de financiamiento estructurado y participar en procesos de titulación.
- Otorgar créditos pignoratícios con alhajas y otros objetos de oro y plata.
- Realizar operaciones por cuenta propia de commodities y de productos financieros derivados.
- Actuar como originadores en procesos de titulación de activos mediante la transferencia de bienes muebles, inmuebles, créditos, dinero.

B) Las empresas deben obligatoriamente constituir subsidiarias para establecer empresas de capitalización inmobiliaria, operar como almacenes generales de depósito, actuar como sociedades agentes de bolsa, establecer y administrar programas de fondos de inversión, actuar como fiduciarios en fideicomisos de titulación.

C) Instrumentos nuevos

- Cédulas hipotecarias
- Títulos de crédito hipotecario negociables
- Instrumentos hipotecarios a emitirse por las empresas de acuerdo a los reglamentos respectivos.
- Instrumentos representativos de deuda.

D) Operaciones Prohibidas

La emisión de garantías por monto o plazo indeterminado, aún cuando sea determinable. Anteriormente se prohibía que las garantías pudieran ser indeterminadas. Las empresas pueden adquirir acciones de sociedades ajenas al Sistema Financiero que directa o indirectamente sean accionistas de la propia empresa, siempre que las acciones se encuentren cotizadas en Bolsa. La Ley anterior establecía que no las podían adquirir en ningún caso.

E) Límites Operativos y Sanciones

- Entre límites globales, generales y por operaciones, así como los límites individuales de las operaciones de crédito, en función de su patrimonio efectivo. Entre los criterios que se toman en cuenta se considera los de grupo económico, empresas vinculadas o conglomerados financieros.
- El límite global es de 11.5 veces el patrimonio efectivo, habiéndose reducido de 12.5 veces como establecía el Decreto Legislativo 770.
- De efectuar operaciones prohibidas, la sanción es equivalente al monto de la operación. En la antigua Ley lo era al 10% de la operación.
- Tratándose de créditos otorgados a directores, trabajadores, por encima de los límites permitidos, la multa es igual al exceso.

F) Ponderación de Riesgos

Los factores de ponderación se adecúan a las reglas del acuerdo de Basilea sobre supervisión bancaria. Las categorías en las que se agrupan los distintos activos se reducen de seis cinco y los factores se establecen desde 0% hasta 100%.

***G) Conglomerados**

Se adoptan los conceptos de conglomerados financieros y conglomerados mixtos, los que suponen:

- a. La existencia de varias empresas vinculadas entre sí a través de relaciones de propiedad, control, administración común u otros medios.
- b. Que tales conglomerados permitan ejercer una influencia ponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de control de las empresas que conforman el Sistema Financiero.

Se adopta el criterio de supervisión consolidada que comprende también las actividades y filiales en el exterior de las empresas. Como señala Villegas². Se busca mayor homogeneidad entre la banca capital nacional y capital extranjero, así como evitar riesgos derivados de quiebras por maniobras dolosas.

Se establecen los fideicomisos en garantía, por los cuales la empresa fiduciaria ejecuta el patrimonio fideicometido en la forma prevista en el Contrato en caso de incumplimiento del deudor garantizado. Es conveniente evaluar su empleo considerando que el citado sistema evita los gastos y el tiempo que demandan los procesos judiciales de ejecución de garantías³.

H) Saneamiento de la cartera

La SBS promocionará el arbitraje como un medio de solución de conflictos entre las empresas y sus clientes previsto en cláusulas generales de contratación y la creación de Tribunales Arbitrales.

Debe considerarse que en armonía con el artículo 1393 del Código Civil, en los contratos celebrados por las empresas del Sistema, la SBS es la autoridad administrativa competente para aprobar las cláusulas generales de contratación.

Se confiere mérito ejecutivo a las liquidaciones de saldo deudor que emitan las empresas, lo que permite iniciar procedimientos judiciales de cobranza con sólo este instrumento, lo que confía a través de una Ley especial el marco legal establecido en el Código Procesal Civil. El deudor únicamente deberá demostrar los fundamentos de su contradicción a la orden de pago. Sin embargo debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido que dichas liquidaciones para que tengan mérito ejecutivo deben estar acompañados de la declaración de voluntad contenida en el contrato.

Las empresas bancarias y financieras podrán ejecutar los warrants que les hayan sido endosados en garantía aún cuando el endosante haya sido declarado insolvente por la Comisión de Salida del Mercado de INDECOPI. Ya no será permitido que el deudor suspenda los remates de mercadería amparada por warrants.

² Villegas, Carlos Gilberto: Operaciones bancarias, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 45.

³ Rodríguez Azuero, Sergio: Contratos Bancarios, Editorial Temis, Bogotá 2003, p. 76.

Sin necesidad de proceso judicial, las empresas pueden compensar sus acreencias con los activos del deudor que mantengan en su poder, pudiendo hacerlo sin necesidad de aplicar a las deudas de un determinado cliente todos los bienes, valores y saldos de depósito de cualquier tipo.

Se contempla la posibilidad de dar por vencidas todas las obligaciones de los clientes, vencidas y no vencidas, en caso de incumplimiento y además efectuar la compensación anotada anteriormente. Se pueden originar problemas de carácter sustantivo y procesal al no señalarse el monto del incumplimiento.

Las medidas cautelares que se dispongan respecto de cuentas corrientes (embargos en forma de retención) sólo surtirán efecto sobre el saldo que resulte luego que la empresa aplique sobre ella los cargos correspondientes por las deudas vencidas que mantenga el titular de la cuenta a la fecha de notificación de la demanda y siempre que no se encuentre sujeto a gravamen alguno.

1) Organización de las Empresas Bancarias

Capital: En las empresas organizadas como sociedades anónimas, no puede ser inferior al exigido por la Ley General de Sociedades. Debe constituirse por lo tanto con un mínimo de tres accionistas y mantener la pluralidad con por lo menos dos. No prohíbe la vinculación entre los accionistas.

Aumento de Capital: Se han regulado las formas en que pueden efectuarse los aportes destinados a aumentar el capital mediante la entrega de inmuebles.

Inscripción de acciones en la Bolsa de Valores: La Ley especifica que las empresas del Sistema Financiero deben inscribir sus acciones en la Bolsa de Valores.

Impedimentos para ser accionista: Con criterio de conciencia, el Superintendente puede calificar a una persona para ser accionista, ya no se prohíbe a una empresa bancaria, financiera o de seguros ser accionista de una empresa de diferente naturaleza, con lo cual un Banco podrá ser accionista de una Financiera o viceversa a partir de la fecha.

Porcentajes de participación y consecuencias legales:

La persona que adquiere el 1% del capital social en doce meses o que con esa adquisición alcance el 3% del mismo, esta obligada a proporcionar la información que le solicite la SBS.

Estas acciones tienen como características ser redimibles a plazo fijo, con o sin derecho a voto, con derecho a dividendo (acumulativo o no) y otras que acuerde la Junta General de Accionistas.

J) Central de Riesgos

Se incorporan riesgos del exterior, comerciales, de seguros crédito. En la Central de Riesgos se podrán registrar prendas que no cuenten con un registro público organizado, los encargos fiduciarios que supongan transferencia de acciones y cualquier tipo de riesgos crediticios adicionales para cualquier acreedor.

Se introduce como innovación que la cobertura que ofrecerá la Central de Riesgos a los depósitos CTS ya no será total y tendrá el mismo límite que los demás depósitos.

Se reitera que el carácter preferente propio de las garantías reales inscribibles no se afecta por la eventual existencia de deudas tributarias a cargo del constituyente.

K) Obligación de información al público depositante

Debe ser precisa, clara y adecuada. Las empresas deben contar con la calificación de por lo menos dos empresas de clasificación de riesgos, que evalúan su estabilidad empresarial y la solvencia de sus instrumentos financieros, la SBS difundirá por lo menos cada tres meses la información sobre los principales deudores de las empresas y podrá incluir la clasificación que hubiere hecho de las mismas.

Se trata del denominado «ranking de bancos» (art. 137), con información del público depositante desde 10,000 dólares.

L) Encaje

Las sumas que constituyen el encaje son inembargables pero ya no se entiende este beneficio a todos los depósitos de los Bancos en el BCR, quien la entidad encargada de determinarlo de acuerdo a la naturaleza de cada empresa y sus operaciones. El encaje mínimo legal es de 8%.

M) Transacciones financieras sospechosas

Regula los criterios para normar las denominadas transacciones financieras sospechosas (que podrían estar vinculadas al lavado del dinero) y se promueve una mayor cobertura de operaciones en favor de las entidades del Sistema Financiero distintas a las empresas bancarias y financieras.

En el informe de las transacciones en efectivo a la SBS se deben incluir las operaciones múltiples realizadas por una misma persona. Es conveniente referir que el lavado del dinero no está vinculado únicamente al delito de narcotráfico, sino también con otras actividades como el contrabando, juegos ilegales, comprendiendo todo tipo de activos, no solo dinero y títulos realizados en el Mercado de Valores.

N) Atribuciones del Superintendente

La supervisión bancaria es esencial para compensar las deficiencias en la Administración y el desarrollo del mercado financiero con la suficiente autoridad técnica ante las instituciones políticas.

Adicionalmente, el BCR debe intervenir previamente en la adopción de ciertas medidas sobre instituciones financieras, como el establecimiento, traslado o cierre de sucursales en el exterior. El Superintendente puede determinar con criterio de conciencia y luego de la evaluación correspondiente, que no pueden ser accionistas quienes no ostenten las calidades de solvencia e idoneidad moral.

Así mismo el Superintendente tiene la facultad especial de interpretar el alcance de las normas legales que rigen la actividad de las empresas del Sistema Financiero (anteriormente dicha interpretación se encontraba limitada exclusivamente al alcance de las operaciones y la contabilidad de las empresas).

O) Banca Estatal

El Estado ya no tiene participación en este tipo de empresas, con excepción de su participación en el Banco de la Nación, Banco Agrario y Fondo Mi Vivienda.

P) Provisiones:

Son elementos dinerarios que los bancos toman de sus recursos disponibles para cubrir la eventual pérdida por operaciones riesgosas o incobrables, a fin de preservar la estabilidad del Sistema Financiero.

Deben invertir el 9% para las colocaciones entre Bancos. En los préstamos otorgados a empresas con problemas potenciales la provisión será del 5%. Para cubrir créditos calificados como deficientes se establece un respaldo provisional del 25%, de los créditos dudosos del 50%, y en los créditos o pérdidas la provisión será del 100%.

Estas tasas de provisiones generan que una porción significativa de las utilidades se destine al cumplimiento de dicha norma, lo que limita la finalidad de reinvertir dichos recursos y podría generar mayores costos operativos, además de generar

una disminución en los costos que deberá asumir la Banca Nacional frente a los de la Banca Extranjera. Igualmente contribuye a garantizar la estabilidad financiera de las empresas.

Q) Publicidad

Indecopi puede imponer multas o amonestaciones a las entidades que infrinjan normas sobre publicidad engañosa, competencia desleal y protección al consumidor, facultades que pueden ser asumidas por la Superintendencia de Banca y Seguros, que en representación del Estado ejerce el control de las empresas bancarias, financieras y de seguros.

R) Cajas municipales

Se han convertido a sociedades anónimas desde el 10 de Diciembre de 1997, han ofrecido su accionariado a terceras personas. Entre ellas los Consejos Municipales Provinciales mediante el apoyo que brinden la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, Cofide y SBS, entidades que efectuarán los respectivos aumentos de capital.

Mercado de Capitales: La Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861, establece diversas disposiciones orientadas a la transparencia y difusión de la información referida a las Sociedades Emisoras de Valores⁴.

Asimismo promueve la actividad de las Sociedades Agentes de Bolsa y de las Sociedades Intermediarias de Valores que pueden realizar operaciones por cuenta propia y por cuenta de terceros a fin de garantizar su adecuada administración y operatividad.

Brinda un adecuado tratamiento a la normatividad de los mecanismos centralizados de negociación destacando la Rueda de Bolsa y la Bolsa de Productos, así como contiene disposiciones referidas a los Mercados Primario y Secundario.

Igualmente reconoce la singular constitución de las ofertas públicas de Valores Mobiliarios en la promoción de la inversión privada, posibilitando la presencia de nuevos agentes económicos en dichos procedimientos de negociación bursátil.

⁴ Serra Puente Arnao, Gerardo: El Mercado de Valores en el Perú, Cultural Cuzco. Lima 2003, pp. 28.

En cuanto a las facultades de organización y supervisión del Mercado de Valores, confiere a la Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores (CONASEV), atribuciones especiales en la autorización de los inversionistas e intermediarios bursátiles, en la reglamentación de las operaciones que se realizan en dicho Mercado, en la aplicación de sanciones por faltas leves, graves o muy graves.

De otro lado, norma la comisión de delitos bursátiles como el delito de abuso de la información financiera privilegiada o insider trading y el uso indebido de los patrimonios fideicometidos que constituyen el elemento central de los contratos de fideicomiso.

Similar mención positiva merece el marco normativo de los contratos bursátiles y especialmente la innovación referida a los derivados financieros, como los contratos de futuros, opciones, swap y préstamo de valores, entendidos como mismos de cobertura frente a significativas oscilaciones en la cotización de los valores mobiliarios.

V. CONCLUSIÓN

El Sistema Financiero y el Mercado de Valores cuentan con un marco legal especial que promueve y disciplina a su desarrollo, constituyendo importantes alternativas de financiamiento a favor de diversas personas naturales y jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Figueroa Bustamante Hernán: Derecho Bancario Editorial, librería y Ediciones Jurídicas. Lima año 2000, p. 10.
- Rodríguez Azuero, Sergio: Contratos Bancarios, Editorial Temis, Bogotá 2003, p. 76.
- Serra Puente Arnao, Gerardo: El Mercado de Valores en el Perú, Cultural Cuzco. Lima 2003, pp. 28.
- Villegas, Carlos Gilberto: Operaciones bancarias, Editorial Rubinza Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 45.