

LA PROTECCION AL AHORRO

Fernando Merino Núñez
Abogado

El sistema financiero, definido como el conjunto de empresas que debidamente autorizadas operan en la intermediación financiera, cumple un rol promotor de trascendental importancia dentro de la vida económica de un país. Su posición de intermediario permite la canalización de recursos de las unidades superavitarias de recursos hacia aquellos sectores que requieren de ellos, dotando así de dinamismo al sistema económico nacional y facilitando el traslado de recursos hacia los distintos sectores de la sociedad.

La legislación nacional define a la intermediación financiera como “la actividad habitual consistente en la captación de fondos, bajo cualquier modalidad y su posterior colocación en forma de créditos o inversiones”. Tal definición no hace sino reconocer la característica fundamental del sistema financiero que anotáramos en el párrafo anterior y cuya importancia económica resulta evidente.

En este esquema de intermediación financiera es pertinente reconocer dos aspectos, cuya suma constituye la actividad central del sistema financiero; por un lado lo relativo a la captación de recursos y por otro lado, la colocación de tales recursos. Ambos aspectos son materia de regulación y control por parte del Estado, dada su notoria trascendencia dentro de la economía. Fundamentalmente dicha regulación se encuentra contenida dentro de la reciente Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada por la Ley 26702, en adelante la “Ley General”.

En lo que se refiere a la actividad de captación de recursos, la legislación nacional vigente pone especial énfasis en rodear a esta actividad de las mayores

Poder captar recursos del público y operar dichos fondos, constituye una actividad sumamente delicada. Es por ello que las empresas autorizadas a la intermediación financiera (más conocidas como el sistema financiero) deben de estar provistas de todos los mecanismos necesarios para poder generar confianza en dicho público y facilitar con ello el dinamismo del sistema económico nacional. En esta coyuntura, el autor explica la necesidad tanto de una conducta adecuada por parte de un intermediario financiero como de una supervisión responsable por parte del ente encargado, en vías de un sistema económico más sólido.

seguridades y garantías, de manera tal que se atenúen los riesgos que pudieran sufrir los depositantes ante la eventual insolvencia de las empresas que trabajan con ellos. Para realizar dicha labor, la ley ha ideado mecanismos cuya finalidad se encuentra orientada a reducir los efectos negativos que se producirían en la sociedad de presentarse elementos que desincentiven el ahorro, y por ende, dificulten la posibilidad de canalizar recursos a través de la intermediación financiera.

El artículo 87 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que el Estado garantiza y fomenta el ahorro, y atribuye la responsabilidad de velar por los intereses del público a la Superintendencia de Banca y Seguros. La aludida norma constitucional, que constituye el centro de la normatividad que regula la actividad del sistema financiero, expresamente señala el rol que compete al Estado como garante del ahorro del público, indicando que tal garantía se brinda conforme los términos que la Ley establece -para el caso que nos ocupa tal Ley debe entenderse como la Ley General. El referido artículo constitucional dice :

"Artículo 87.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

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

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica".

El mencionado artículo 87 de la Constitución peruana contiene la protección estatal al ahorro, por cuanto se reconoce la importancia que éste tiene dentro de todo proceso económico. La tutela al ahorro nacional es, a todas luces, una exigencia imprescindible para cualquier Estado, pues éste constituye la piedra angular sobre la que debe sustentarse todo proyecto de desarrollo que pretenda tener estabilidad. Téngase presente que el financiamiento externo es un elemento adicional que se suma al ahorro interno para financiar un proceso de desarrollo, pero son los recursos propios de un país (ahorro) los que son el eje del desarrollo.

Conforme se ha advertido del texto constitucional, corresponde a la Superintendencia de Banca y Seguros cautelar los intereses del público, velando porque las instituciones autorizadas a captar depósitos sean sólidas y puedan ser merecedoras de la confianza del público. Para que se pueda lograr esta confianza en las empresas del sistema financiero se han estructurado niveles de protección, los mismos que son analizados a lo largo del presente artículo.

Tal como lo señala el texto constitucional, el Estado promueve y garantiza el ahorro, pero tal garantía se realiza dentro de los términos que la propia legislación establece, esto es, la protección que brinda el Estado no es en modo alguno absoluta, sino que ésta se orienta fundamentalmente a reconocer dentro de un ambiente de libre competencia, principios básicos que deberán ser observados por todos los agentes que operan con recursos del público. Tales principios constituyen las directrices que deberán estar presentes a lo largo de las actividades que realizan los intermediarios financieros, y marcan el ámbito de supervisión del Órgano de Control. La libre competencia dentro del sistema financiero requiere de cierta regulación mínima que evite los riesgos de manejos inadecuados.

El principal mecanismo de protección del ahorro que se reconoce en la legislación nacional es el relativo al hecho de que toda empresa que pretenda captar recursos del público, debe contar con la previa autorización de la Superintendencia de Banca y Seguros; la inobservancia de este mandato legal constituye delito, sancionable conforme lo establece el Código Penal en el artículo 246. El artículo 11 de la Ley General señala claramente la obligación de toda empresa que pretenda operar con fondos del público, de obtener el visto bueno de la Superintendencia, prohibiendo que en tanto no se cuente con tal autorización, se puedan realizar operaciones reguladas por esta Ley General o se promocionen servicios para los que no cuenta con la debida autorización.

Esta necesidad de contar con la autorización previa de la Superintendencia de Banca y Seguros para poder realizar operaciones previstas en la Ley General, constituye el reconocimiento por parte de un organismo del Estado de que la empresa que recibe dicha autorización cuenta con los elementos suficientes para poder hacerse merecedora de la confianza del público, y por ende, que el público puede confiarle sus ahorros. La aprobación que otorga la Superintendencia constituye el resultado de una primera evaluación de la empresa, la misma que será evaluada permanentemente en el transcurso de su vida operativa.

Es importante mencionar que resulta necesario que, atendiendo a la responsabilidad que le compete al Estado en la protección del ahorro, un organismo estatal evalúe a las empresas que van a operar con él, más aún si estos recursos del público serán colocados en el mercado según los criterios de la propia empresa. La supervisión de estas operaciones y de la empresa en sí, es una necesidad para evitar posteriores problemas dentro de la sociedad y prevenir efectos negativos en la economía.

El reconocimiento que obtenga una empresa para que pueda operar con recursos del público en modo alguno significa que el Estado garantiza sus operaciones, sino únicamente constituye el reconocimiento del Estado que, luego de la evaluación inicial realizada a ella, le otorga el permiso para efectuar determinadas operaciones preestablecidas en la Ley General y por las cuales se deberán observar las normas de control que dicte el ente encargado de la supervisión de las empresas del sistema financiero. La garantía que brinda el Estado al ahorro del público se orienta fundamentalmente al control permanente de las instituciones que operan con dichos fondos así como a la mantención de mecanismos que tiendan a reducir los efectos negativos de la insolvencia de una empresa que opere con fondos del público.

La autorización que otorga la Superintendencia a la empresa que pretenda operar con recursos del público constituye el último eslabón dentro del proceso de constitución de una empresa del sistema financiero, y en ella se evalúa tanto el proyecto que se propone emprender la empresa en proceso de constitución -análisis del estudio de factibilidad económico financiero- como la calidad de las personas que serán accionistas y funcionarios de la nueva empresa, esto es, analizando en cada caso la solvencia moral y económica.

La importancia de un análisis objetivo y serio de estos aspectos resulta evidente; razón por la cual es imprescindible que el Órgano de Control pueda contar con todos los elementos que le permitan poder dar una opinión seria y objetiva sobre la propuesta que recibe. Téngase presente que el hecho de poder captar recursos del público y operar dichos fondos -fundamentalmente vía la colocación de recursos- constituye una actividad sumamente delicada que debe ser rodeada de las mayores seguridades a fin de no perjudicar a la sociedad como consecuencia de la desconfianza en las empresas que reciban el ahorro del público.

Un segundo mecanismo que la Ley prevé para cautelar el ahorro del público, se encuentra en la

facultad de la Superintendencia de efectuar inspecciones periódicas a las empresas supervisadas, oportunidades en las cuales se evalúa la situación económica y financiera de cada una de ellas, el cumplimiento de las normas vigentes, así como su gestión. Estas visitas son realizadas por la Superintendencia en las oportunidades que considere más convenientes, reuniendo la información que estime relevante. Como resultado de estas inspecciones puede tener una idea de la empresa y del conjunto de empresas del sistema financiero, dato que resulta esencial para poder tomar las medidas de control que fueren necesarias, o dictar las normas que permitan el fortalecimiento del sistema.

La realización de estas visitas de inspección resulta necesaria para estar en condiciones de conocer con mayor profundidad la real situación de los intermediarios financieros y así prevenir los efectos de cualquier futura contingencia. Por ello es importante que estas inspecciones sean lo más exactas posible y que abarquen los aspectos centrales de la operación misma de la empresa. Sin embargo, a fin de no distorsionar el mercado, se ha considerado conveniente que los resultados de estas inspecciones sean mantenidos en reserva.

La garantía constitucional al ahorro del público se ve reforzada por dos mecanismos adicionales previstos en la legislación vigente, como son el Secreto Bancario y el Fondo de Seguro de Depósitos. Ambos mecanismos se orientan a dotar de las mayores seguridades al público ahorrista, protegiendo tanto su derecho a mantener reserva sobre su capacidad de ahorro como constituyendo un seguro sobre los depósitos que no superen un monto determinado.

Como su nombre lo indica, el secreto bancario -que en realidad dentro de la nueva metodología de la Ley General debería entenderse como "secreto financiero"- es un mecanismo a través del cual el público ahorrista se asegura de que la información relativa a su capacidad de ahorro será mantenida en reserva por parte de la institución financiera a la cual le confíe sus ahorros. La inobservancia del secreto bancario por parte de la propia empresa o de sus funcionarios constituye una conducta sancionable civil, laboral e incluso penalmente.

Lógicamente esta confidencialidad de la información no es absoluta, ya que en determinados supuestos expresamente previstos en la legislación y en los que exista un interés público legítimo, las autoridades competentes podrán acceder a ella. La Ley General expresamente señala quiénes son esas autoridades competentes y cuál es el procedimiento que se deberá observar para poder lograr el levanta-

miento del secreto bancario; procedimiento que igualmente asegura a los ahorristas que la información que se brinde mantendrá la confidencialidad que corresponde. De acuerdo con la normatividad vigente, el secreto bancario se circunscribe a la reserva de toda información relacionada con las operaciones pasivas (depósitos) que realicen los clientes de una institución financiera determinada, el cual sólo podrá ser levantado en determinadas circunstancias preestablecidas.

En lo que se refiere al Fondo de Seguro de Depósito se debe señalar que éste es un mecanismo legal a través del cual las empresas que captan recursos del público realizan aportes periódicos a un fondo específico en el que también ha participado el Estado, y cuya finalidad es cubrir la eventual insolvencia de una empresa miembro. Con los recursos existentes en el Fondo, se devolverán los depósitos que no superen determinado monto, permitiendo así que los pequeños depositantes no se vean perjudicados por la insolvencia de una empresa. Los demás depositantes de la institución, así como otros acreedores de la empresa, deberán esperar el resultado mismo del proceso de liquidación y disolución.

El Fondo de Seguro de Depósito constituye, por tanto, el inmediato apoyo que reciben los ahorristas más pequeños de una institución en insolvencia a fin de atenuar los efectos negativos que tal circunstancia podría generarles. Es por tanto una forma adicional de proteger a los ahorristas permitiendo que no tengan que esperar el resultado del proceso de liquidación para poder recibir sus depósitos, sino que los más necesitados puedan hacerlo en forma casi inmediata, recibiendo así un importante apoyo social.

De otro lado, se debe señalar que además de los mecanismos antes indicados, la Ley General en su artículo 132 contempla normas adicionales de protección al ahorro, que contribuyen a reforzar el rol del Estado como garante de tan importante actividad económica, y sobre los cuales a continuación se dan algunos comentarios. El referido artículo establece :

Artículo 132.- FORMAS DE ATENUAR LOS RIESGOS PARA EL AHORRISTA.

En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

Conforme se aprecia del texto de la parte introductoria del artículo en mención, se establece que en atención a la responsabilidad que el artículo

87 de la Constitución Política asigna al estado, se consideran formas adicionales a la protección del ahorro y por ende, medidas que pretenden atenuar los riesgos del manejo de recursos ajenos por parte de las empresas del sistema financiero. Estas formas adicionales de prevención de protección al ahorro constituyen principios que serán desarrollados por la Superintendencia en su labor permanente de supervisión o directrices sobre las que las empresas supervisadas sustentan su actividad.

1. LÍMITES OPERATIVOS Y PROHIBICIONES

Los límites y prohibiciones señalados en el Título II de la Sección Segunda y en las demás disposiciones que regulan a las empresas. Dichos límites tienen por objeto asegurar la diversificación del riesgo y la limitación al crecimiento de las empresas del sistema financiero hasta un determinado número de veces el importe de su patrimonio efectivo.

En la medida en que las empresas del sistema financiero operan preferentemente con fondos del público, es necesario dictar medidas que brinden cierto control sobre las colocaciones que se realicen con dichos fondos a fin de cautelar el ahorro del público depositado en dichas instituciones. Si bien es cierto que las empresas se encuentran en absoluta libertad de colocar dichos fondos en quienes mejor consideren (personas y sectores económicos); siguiendo recomendaciones aceptadas internacionalmente, se han previsto medidas que tiendan a dotar de mayores seguridades a estas operaciones.

Son pues medidas de sana prudencia, por cuanto se considera que ellas contribuyen a atenuar las probabilidades de que ocurran eventos negativos o que las malas colocaciones que se realicen puedan afectar la estabilidad misma de la empresa y consecuentemente la del sistema en general. La Superintendencia es el ente encargado de velar porque estas normas de sana prudencia sean observadas por parte de las empresas y eventualmente, en caso de inobservancia, sancionar a los infractores, ya que tales actitudes ponen en riesgo el ahorro del público.

En efecto, cuando los recursos con los que operan las empresas se concentran en grupos económicos determinados o cuando éstos son destinados a financiar actividades especulativas donde los riesgos de irrecuperabilidad son mayores a los normales, se aumentan las probabilidades de incumplimiento por parte de los deudores y por ende se dificulta la capacidad de la empresa de restituir los ahorros recibidos del público.

Este primer apartado recuerda una medida de protección sobre las colocaciones que realizan las empresas: basada en que el conjunto de colocaciones que se realicen no debe superar determinado porcentaje sobre un valor prefijado, y que se estima no ahoga las operaciones que efectúa la empresa. Sin embargo, tampoco expone en demasía a la misma por concentrar recursos en determinadas personas o actividades, sino que en aplicación de un principio recogido en la propia Ley General en el artículo 8, se debe respetar el criterio de diversificación del riesgo, esto es, no concentrar las colocaciones en una sola actividad, sino multiplicar el espectro operativo de la empresa.

En la legislación nacional el punto base sobre el cual se calculan los límites operativos es el Patrimonio Efectivo, que no es sino la suma de una serie de indicadores de la propia empresa. El artículo 184 de la Ley General señala las cuentas que deberán ser consideradas para el cálculo del patrimonio efectivo, que son las siguientes:

- Capital pagado.
- Reservas legales.
- Primas por suscripción de acciones.
- Porción computable de la deuda subordinada y de los bonos convertibles en acciones por exclusiva decisión del emisor, siempre que reúnan los requisitos que establezca la Superintendencia. El límite para estos conceptos es el 50% del patrimonio contable con exclusión de las acciones acumulativas y/o redimibles a plazo fijo y de las utilidades no comprometidas.
- Provisión genérica de las colocaciones y créditos contingentes que integran la cartera normal, ponderados por riesgo crediticio hasta el 1% de dicha cartera.

En atención a que la nueva legislación permite a las empresas del sistema financiero la realización de dos tipos de operaciones, operaciones sujetas a riesgo crediticio y las sujetas a los riesgos de mercado -estas últimas no previstas en la legislación anterior-; una vez determinado el monto del patrimonio efectivo, éste es asignado a cubrir tanto las operaciones sujetas a riesgo crediticio como las sujetas a riesgos de mercado. A título informativo baste señalar que las operaciones sujetas a riesgo crediticio son aquellas que tradicionalmente han sido reconocidas al sistema financiero, esto es, las colocaciones o créditos. Por su parte, las operaciones sujetas a riesgo de mercado pueden ser definidas como aquellas inversiones que realizan las empresas y que pueden ser afectadas por variaciones en el tipo de cambio, como las que se produzcan en las tasas de interés.

En lo que a límites operativos se refiere, la nueva Ley General establece diversos límites que deberán ser observados por las empresas, en caso contrario, serán sancionadas mediante multas progresivas cuyo efecto disuasivo resulta evidente. Estos límites operativos pueden ser clasificados de la siguiente manera :

- **Límites Globales** : El artículo 199 de la Ley General señala que el conjunto de operaciones en moneda nacional o extranjera sujetas a riesgo crediticio que realice una empresa, incluyendo sus sucursales en el exterior, no debe superar el equivalente a once veces su patrimonio efectivo. Con la legislación anterior, dicho límite global era de doce veces y medio el patrimonio efectivo. Para el caso de las operaciones sujetas a riesgo de mercado, el límite global es igualmente de once veces el patrimonio efectivo.

Adicionalmente a estos límites globales que contemplan el volumen general de las operaciones que realiza una empresa supervisada, la Ley General establece límites globales en función al tipo de operaciones de que se trate, como son la adquisición de facturas, tenencias de oro o las operaciones de arrendamiento financiero.

- **Límites Individuales** : A diferencia de lo que ocurre en los límites globales, donde el énfasis del control está en la empresa misma -volumen total de sus operaciones- en el caso de los límites individuales, el énfasis está dado en las personas de los deudores. Aquí se observa con claridad el principio de diversificación del riesgo, por cuanto las operaciones que realizan se distribuyen entre diversos deudores y diversos tipos de actividades.

En el caso de los límites individuales, igualmente calculados sobre el patrimonio efectivo, la ley ha reconocido niveles en los cuales se considera el tipo de garantía que respalda cada operación específica. Así, la garantía que se constituya en respaldo de una operación, permitirá que se incremente el límite operativo aplicable a ese deudor, independientemente de que se trate de un deudor domiciliado en el país o no.

En estos límites individuales se prevén los supuestos de créditos a los directores y trabajadores de la propia empresa, o aquellas operaciones que se realizan con empresas vinculadas -o que conforman un grupo económico. Adicionalmente están las normas que regulan a los créditos en general, en este caso, tratándose de personas domiciliadas los límites previstos en la ley son del 10%, 15%, 20% y 30% del patrimonio efectivo.

- **Límites temporales :** A diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, donde se establecían diversos límites temporales para la tenencia de determinados bienes, en la actualidad el único límite temporal existente está referido a la tenencia de bienes adjudicados en pago de obligaciones. En este caso, la empresa deberá proceder a la venta de dichos bienes en un plazo no mayor de un año, el mismo que podrá ser prorrogado a criterio de la Superintendencia por seis meses más.

Este límite temporal tiene sustento en el hecho de que las empresas financieras tienen una finalidad específica que es la intermediación financiera, y no la de mantener bienes que inmovilizan los recursos con los que operan e incluso aumentan sus costos, al tener que disponer de lugares de almacenamiento, seguridad, entre otros.

Finalmente, es pertinente señalar que la inobservancia reiterada de los límites operativos establecidos en la Ley General constituye una causal de sometimiento de la empresa al régimen de vigilancia, esto es, un estado en el cual la supervisión de la Superintendencia se hace más estrecha así como la limitación de algunas operaciones, como es la de aceptar fideicomisos.

2. RESERVA LEGAL

La constitución de la reserva de que trata el Capítulo III del Título III de la Sección Primera.

Otro mecanismo que la ley establece como forma de atenuar los riesgos del manejo del ahorro del público es la obligación de las empresas de mantener una reserva no menor al equivalente al 35% de su capital social. Dicha reserva se forma destinando anualmente no menos del 10% de las utilidades después de impuestos y es sustitutoria de aquella reserva regulada en el artículo 258 de la Ley General de Sociedades.

La finalidad de una reserva como la dispuesta por el artículo 67 de la Ley General es básicamente servir de medio de prevención para evitar los efectos negativos que se producen cuando la empresa registra pérdidas. Por ello, el artículo 69 del mismo cuerpo legal establece la aplicación de tales reservas cuando la empresa vaya registrando pérdidas.

Si comparamos las normas que regulan la constitución de reservas para las empresas del sistema financiero con las que se exigen a cualquier empresa, vale decir, si comparamos el artículo 67 de la Ley General con el artículo 258 de la Ley General de

Sociedades, observaremos que las normas aplicables al sistema financiero resultan más exigentes, en razón de la trascendencia social que tiene este tipo de empresas.

En efecto, se verá por ejemplo que el porcentaje de la reserva legal que se exige a las empresas del sistema financiero (35%) es significativamente mayor al que se establece para cualquier empresa ajena a este sistema (quinta parte del capital social). Lógicamente la Ley General de Sociedades faculta a que el estatuto social de la empresa, en este último caso, pueda exigir porcentajes superiores al 20%.

Para terminar este breve comentario sobre la reserva legal, se debe indicar que la Ley General permite que esta reserva pueda ser incrementada por aportes voluntarios que efectúe la propia empresa, fortaleciendo así su situación patrimonial.

3. CAPITAL MÍNIMO

El mantenimiento del monto del capital social mínimo a valores reales constantes, según lo normado en el artículo 18.

Se ha señalado anteriormente que la Superintendencia, en ejercicio de sus funciones, realiza una primera evaluación de la empresa, luego de la cual otorga la autorización de funcionamiento correspondiente y por ende, se le permite poder operar con fondos del público. Sin embargo, la labor de la Superintendencia no se agota en esta verificación inicial sino que su control se prolongará durante toda la vida operativa de la empresa.

Una de las primeras medidas de control que exige la Superintendencia es que el capital social de la empresa mantenga su valor a través del tiempo, esto es, le establece unos capitales mínimos en atención al tipo de empresa de que se trate, capitales que están calculados para una fecha determinada. A partir de dicha fecha, los capitales establecidos en la propia ley son actualizados periódicamente en función al Índice de Precios al Por Mayor que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

Corresponde a la Superintendencia verificar que las empresas cumplan con actualizar permanentemente sus capitales sociales por encima del capital mínimo, por cuanto se considera que éste es el mínimo valor que permitirá un desarrollo normal de sus operaciones. Téngase presente que el capital social de una empresa es un indicador central que da una idea respecto de la envergadura de la misma, así como del grado de compromiso de los accionistas con el negocio de la empresa.

Los artículos 16 y 17 de la Ley General indican los tipos de empresas que forman el sistema financiero así como el sistema de seguros; adicionalmente hacen mención a las empresas que brindan servicios complementarios y conexos. Estas últimas, si bien no realizan operaciones de intermediación financiera, permiten que estas operaciones sean llevadas a cabo con mayor facilidad. En estos artículos se establecen los capitales mínimos que toda empresa, en función del tipo de sociedad elegido, debe cumplir desde el momento de su constitución y a lo largo de sus operaciones.

4.- CONSTITUCIÓN DE PROVISIONES

La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas, globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado.

El tema de la constitución de provisiones genéricas o específicas por las operaciones que realizan las empresas es un tema central dentro de la regulación del sistema financiero, y es motivo de arduas discusiones respecto de los porcentajes que deben ser exigidos en función de la clasificación de cada crédito. Sin embargo, debe reconocerse que estos porcentajes son arbitrarios, establecidos sobre la base de estimaciones que se realizan y que se considera contribuirán a reforzar el sistema. La provisión tiene su razón de ser en el hecho de constituir una medida de prevención ante un eventual incumplimiento por parte del deudor, esto es, se adelanta a un hecho negativo como es el incumplimiento del deudor mediante un fondo preventivo

El tema de provisiones está estrechamente vinculado al de la clasificación de los créditos que se otorgan, vale decir, las categorías establecidas por el órgano de supervisión en función al comportamiento del deudor y a las probabilidades de que se produzca un incumplimiento. En función de la clasificación del crédito, se exigirá la constitución de mayores o menores provisiones.

Antes de continuar con un análisis sobre este tema, es importante definir lo que debe entenderse por provisiones genéricas y provisiones específicas, términos que son utilizados en la Ley Orgánica. Al respecto, podemos intentar la siguiente definición :

- **Provisión Genérica** : es aquélla que se constituye con relación a créditos respecto de los cuales aún no se ha identificado específicamente un

riesgo superior al normal, no obstante, la experiencia indica que tales pérdidas potenciales están presentes en la cartera de préstamos y anticipos. En estas circunstancias no existe un comportamiento anormal del cliente, ni existen razones a partir de las cuales se puedan presumir dificultades en la recuperación del crédito.

- **Provisión Específica** : es aquélla que se constituye con relación a créditos respecto de los cuales se ha identificado específicamente un riesgo superior al normal. Es decir, en este caso, sobre la base del comportamiento del deudor se ha determinado que existen posibilidades de que se produzca un incumplimiento del deudor o en un caso extremo, de que el crédito otorgado sea irrecuperable.

Al analizar el otorgamiento de créditos es pertinente señalar el trascendental cambio que se produce con la dación de la nueva Ley General con relación a normas anteriores. En efecto, a partir de esta ley, lo más importante para el otorgamiento de créditos es considerar a la persona misma del deudor, su capacidad de pago y los flujos del proyecto que presenta; en tanto que las garantías tienen carácter subsidiario. Este giro en el otorgamiento de créditos pretende permitir el acceso al crédito a quienes presenten mejores antecedentes crediticios o proyectos serios, sin importar, en principio, las garantías que puedan presentar.

El nuevo planteamiento que comentamos no significa el relajamiento de las operaciones, sino que obliga a un mayor cuidado en el otorgamiento de créditos, de manera tal que la empresa financiera conozca efectivamente el destino que se pretende dar a los recursos que coloquen. Las garantías, como se verá más adelante, conservan una importancia no decisiva al momento de dar los créditos.

Estas nuevas características se encuentran contenidas en el artículo 222 de la Ley General, el mismo que textualmente señala :

“Artículo 222.- Con relación a las operaciones que integran la cartera crediticia, deberá tenerse presente que para su evaluación se tomará en cuenta los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de la deuda del deudor. El criterio básico es la capacidad de pago. Las garantías tienen carácter subsidiario.”

Realizada una operación de crédito y a fin de procurar un mejor uso de los recursos del público, los cuales han hecho posible tal operación, se produce un permanente control sobre dicho crédito, esto es, se efectúa un seguimiento de la conducta del deudor y del cumplimiento puntual de sus obligaciones, permitiéndose así conocer con antelación signos que puedan hacer suponer eventuales dificultades en la recuperación. Como consecuencia de la evaluación que se realiza sobre las operaciones, cada crédito es clasificado en alguna de las cinco categorías preestablecidas por la Superintendencia, lo que inmediatamente determina la constitución de una provisión genérica o específica, con cargo a resultados. En esta clasificación, sí se consideran a las garantías que respaldan el crédito, tal como lo establece el artículo 133 de la Ley.

Todo crédito, independientemente de quién sea el deudor, lleva implícito un riesgo de siniestralidad: es decir, el riesgo de que el deudor no cumpla con las obligaciones que asume frente a la empresa que le otorga el crédito. Lógicamente dicho riesgo de incumplimiento aumenta o disminuye dependiendo de la persona del deudor, pero existiendo aún un mínimo riesgo, se ha considerado que toda operación deba generar inmediatamente una provisión.

Se ha señalado que la clasificación de las colocaciones se realiza en cinco categorías distintas, las mismas que en forma muy resumida seguidamente pasamos a esbozar. Cabe agregar que la clasificación de la cartera de créditos es realizada por cada empresa en forma independiente, pero tal labor es revisada por la propia Superintendencia, quien se encuentra facultada para exigir la reclasificación de aquel crédito que considere no ha sido adecuadamente analizado. Las categorías que se emplean en esta evaluación son :

- **Crédito Normal** : es aquél en el cual la conducta del deudor no refleja ninguna alteración ni existen razones que motiven pensar que se producirá incumplimiento en los pagos programados, es más, estos créditos registran un cumplimiento puntual de los pagos. No obstante, teniendo en cuenta que todo crédito implica un porcentaje de riesgo, la vigente Ley General exige que se constituya una provisión genérica que no exceda del 1%.
- **Crédito con Problema Potencial** : es aquél en el que las circunstancias que rodean al deudor hacen suponer que se pueden presentar incumplimientos en el pago de los compromisos asumidos.
- **Crédito Deficiente** : es aquél en el que ya se han producido incumplimientos por parte del deudor,

lo que hace que se realice una labor de mayor seguimiento sobre él. A partir de esta categoría se refleja que el deudor viene efectivamente incumpliendo con sus obligaciones, lo que pone en mayor riesgo la recuperación del crédito.

- **Crédito Dudoso** : es aquél en el que el período de incumplimiento por parte del deudor es mayor, y exige por parte de la empresa una mayor atención a fin de encontrar los mecanismos que permitan asegurar su recuperación.
- **Crédito Pérdida** : es aquél en el que se aprecia que las probabilidades de lograr la recuperación del crédito son remotas, por lo que se exige que la empresa provisione el equivalente al 100% del monto del crédito. Un crédito clasificado dentro de esta categoría podrá eventualmente ser castigado, siempre que cumpla con las demás condiciones que establece la Superintendencia, esto es, que se pueda demostrar que las posibilidades de una recuperación a través de la vía judicial sean remotas y que el crédito se encuentre íntegramente provisionado.

Como se podrá fácilmente advertir, el tema de las provisiones resulta fundamental en el control de las empresas del sistema financiero, ya que la evaluación de las operaciones de crédito permitirá conocer con anterioridad las probabilidades de que se produzcan dificultades en la recuperación de los créditos, lo que pondría en riesgo los recursos del público. Las provisiones permitirán atenuar estos efectos negativos, aplicándose a cubrir tales incumplimientos.

5. PROMOCIÓN DEL ARBITRAJE

La promoción del arbitraje como un medio de solución de conflictos entre empresas y entre éstas y el público, haciendo uso para tal efecto de las cláusulas generales de contratación.

Las empresas del sistema financiero se dedican a la intermediación financiera, tal es su negocio, captar recursos de terceros y canalizarlos hacia quienes los necesitan. Por ello es importante que esta labor de intermediación no se entrampe sino que sea altamente dinámica, permitiendo que las operaciones sean realizadas con celeridad, ya que la demora eleva los costos, en perjuicio de la empresa.

Ante esta imperiosa necesidad de dinamismo, se considera que las controversias que eventualmente puedan surgir entre la empresa y sus clientes deben ser resueltas de la manera más expeditiva posible. La alternativa para al Poder Judicial es el arbitraje,

forma de solución de conflictos que ofrece significativas ventajas que resulta necesario destacar, como son :

- Los plazos en un procedimiento de arbitraje son menores que los del Poder Judicial, lo que tiene como consecuencia que los costos sean menores. El principal factor para tener en cuenta estos costos menores es el tiempo que se emplea para solucionar un conflicto, el cual es significativamente menor si lo comparamos con el procedimiento judicial.
- Quienes resuelven estos conflictos son personas especializadas en los temas del conflicto.

Atendiendo a las ventajas que ofrece el arbitraje, la Ley General contiene una disposición en la cual se promueve esta forma de solución de conflictos como un mecanismo idóneo para la solución de los impases que se puedan presentar durante el desarrollo de las operaciones de la empresa. Sin embargo, la promoción que se pueda realizar del arbitraje, en modo alguno afecta el legítimo derecho de las partes que así lo consideren, de someter la controversia al Poder Judicial.

El arbitraje exige que las partes expresen su consentimiento, por ello es necesario que en los contratos que se puedan celebrar con los clientes se incluya una cláusula en virtud de la cual se contemple esta forma de solución de controversias; pero si el cliente no desea suscribir tal cláusula el mecanismo de solución será el tradicional.

La ley no obliga al arbitraje, sólo ofrece a las empresas y a sus clientes un mecanismo técnico y expeditivo de solución de controversias, pero queda librado a la absoluta libertad de las partes el aceptarlo o no.

6. RECUPERACIÓN EXPEDITIVA DE ACTIVOS :

La recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero.

Estrechamente vinculado a lo señalado en el numeral anterior, en la medida que las empresas requieren de mecanismos expeditivos que solucionen sus problemas, la ley recoge como un principio fundamental el hecho de que deba tenderse a lograr la recuperación rápida de los créditos que se otorgan.

Entendiendo la lógica de la intermediación financiera, si se producen demoras en la recuperación de los créditos-activos de las empresas-, se producirán retardos en la devolución de los depósitos del públi-

co, poniéndose en riesgo la credibilidad del sistema. Por ello es necesario que tales demoras no se produzcan y que los plazos de recuperación sean los más breves posibles.

Para lograr una recuperación de los créditos en forma expeditiva se sugiere el sometimiento a arbitraje o la celeridad en los procedimientos judiciales, aunque tales medidas se encuentran subordinadas a mejoras en organismos ajenos al sistema financiero en sí. En tal sentido, para poder plasmar esta iniciativa se requiere de la labor conjunta de otras instituciones, sin cuyo concurso esto sólo será una declaración de buena voluntad.

7. MÉRITO EJECUTIVO DE LIQUIDACIONES :

El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas.

Como un mecanismo de lograr una rápida recuperación de los créditos de las empresas, la Ley General ha otorgado mérito ejecutivo a las liquidaciones que realicen las empresas respecto de las obligaciones de sus clientes. Ello implica que tal como ocurría anteriormente con las cuentas corrientes, cuando se realice una liquidación de las obligaciones de un deudor, este documento pueda ser materia de un procedimiento judicial sumamente expeditivo.

Esta es una medida altamente innovadora que consideramos contribuirá a mejorar la situación de las empresas que no deberán verse involucradas en largos procesos judiciales, sino que podrán utilizar un procedimiento rápido que releva de mayores pruebas. Sin embargo, tratándose de una alternativa reciente, es necesario que se produzca una amplia difusión de esta posibilidad a fin de que los jueces reconozcan en la práctica el mérito ejecutivo que ya la ley les reconoce.

Las liquidaciones que efectúen las empresas deberán estar rodeadas de las mínimas condiciones de seguridad, a fin de que no se produzcan abusos en perjuicio de los clientes. Tales liquidaciones serán efectuadas bajo la responsabilidad de la propia empresa, la que deberá responder en caso aquéllas no reflejen lo convenido entre la empresa y el cliente.

La experiencia recogida en la recuperación de las sumas adeudadas en cuentas corrientes ha motivado que se diseñe un mecanismo que extienda esa experiencia positiva a otros tipos de activos de la empresa. Así, se prevé que ya no sea necesario que toda obligación se vincule a una cuenta corriente sino que de cualquier forma se pueda dar en cual-

quier tipo de crédito. Se debe recordar que hasta la legislación anterior, las únicas empresas autorizadas a mantener cuentas corrientes, eran los bancos. Las demás empresas al no poder operar con cuentas corrientes no podían vincular sus operaciones de crédito a una cuenta corriente y por ende no podían hacer uso del proceso ejecutivo.

Con la nueva legislación, toda empresa -aún aquellas que no han alcanzado el módulo que les permite operar con cuentas corrientes- podrá hacer uso de un mecanismo rápido de recuperación de los créditos, como es el proceso ejecutivo.

8. EJECUCIÓN DE WARRANTS

La ejecución de los warrants que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero por su tenedor, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, concursado o no.

Mediante esta disposición únicamente se reconoce una situación que resultaba evidente, cual es que la empresa al mantener en su poder un *warrant* endosado en garantía a su favor, tiene el derecho preferente a ejecutarlo, con exclusión de cualquier otro acreedor. El *warrant* constituye la representación de un derecho de prenda sobre mercadería que se encuentra depositada en un Almacén, sobre la base de dicho documento, la empresa ha realizado una operación de crédito, razón por la cual no resulta adecuado que comparta su derecho con cualquier otro acreedor.

Consideramos que esta disposición no contiene mayor dificultad, por ello nos relevamos de cualquier otro comentario que no sea el reconocer el legítimo derecho de la empresa que recibe un *warrant* en garantía, de ejecutarlo con preferencia de cualquier otro acreedor, aún en el supuesto que este último sea concursado o no (la calidad de ser un acreedor titular de un derecho real le da tal calidad preferente).

9. PREFERENCIA DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO

Los valores, recursos y demás bienes que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a éstas. Las medidas cautelares que se dispongan respecto de tales bienes, valores o recursos, sólo surten efecto luego de que la empresa disponga sobre ellas los cargos que correspondan por las deudas vencidas de su titular a la fecha de notificación de dicha medida, y siempre que dichos bienes, valores o recursos no se encuentren sujetos a gravamen alguno en favor

de la empresa del sistema financiero. Igual norma es aplicable tratándose de valores, recursos o demás bienes dados en garantía para afianzar obligaciones de terceros.

De la misma manera que lo señalado en el numeral anterior, este inciso regula una situación que creemos resulta evidente. Las empresas que sean titulares de derechos reales de garantía son acreedoras preferentes respecto de otros acreedores, siempre que el derecho de estos últimos no sea anterior al derecho de las empresas. Si esta última condición no se cumpliera, no podría considerarse que existe un derecho preferente por parte de la empresa, ya que ésta tendría un derecho de, cuando menos, segundo rango.

Como consecuencia de lo anterior, si la empresa tiene derecho preferente sobre determinados bienes, toda medida cautelar que se trabe sobre alguno de ellos o sobre el conjunto de los mismos, será eficaz luego de que la empresa ejercite su derecho preferente. Es decir, antes de liquidar la medida cautelar, la empresa aplicará los bienes involucrados a la cancelación de las obligaciones vencidas a la fecha de interposición de la medida y el remanente será entregado al titular de la medida cautelar.

Como se verá, mediante esta norma no se excluye a los bienes dados en garantía en favor de una empresa del sistema financiero de la posibilidad de ser pasibles de una medida cautelar, pero tal supuesto sólo será posible luego de que la propia empresa haga valer su derecho preferente.

10. VENCIMIENTO ANTICIPADO DE PLAZOS

Posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones, vencidas y no vencidas, de un deudor ante un caso de incumplimiento. En este supuesto, la empresa podrá hacer uso del derecho de compensación referido en el numeral siguiente.

Esta es una disposición que se encontraba generalmente a nivel contractual, pero que la nueva legislación considera importante elevar a rango legal. Mediante dicha norma se establece como facultad de la empresa la de dar por vencidos todos los plazos de las obligaciones de un deudor cuando éste registra incumplimiento en la atención de sus obligaciones.

Esta disposición parte de un supuesto lógico, cual es que si un deudor registra incumplimiento en el pago de sus obligaciones por tiempo prolongado, las posibilidades de que el incumplimiento se extienda a otras obligaciones que mantenga con la empresa, aumentan, siendo mejor cortar la relación

que se tiene entre ambos y proceder a la recuperación de la totalidad de las obligaciones, antes de que la situación del deudor vaya a agravarse aún más.

Esta es una medida de sana prevención, por cuanto la experiencia ha demostrado que las posibilidades de que el incumplimiento se extienda a otras obligaciones son considerablemente altas, por lo que es mejor prevenir tales circunstancias dando por finalizada la relación empresa financiera - cliente. Esta disposición no es una obligación de la empresa, sino una facultad que la propia ley le reconoce, y que será aplicada por ella con absoluta discrecionalidad atendiendo a la persona del deudor y si estima que éste tiene posibilidades de recuperarse.

11. DERECHO DE COMPENSACIÓN (NETTING)

El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

El derecho de compensación que esta ley recoge expresamente no es sino una solución práctica a una realidad que se produce. En efecto, por lo general quien mantiene obligaciones con una empresa del sistema financiero, mantiene también en ella algunos depósitos, por lo que si existen obligaciones que se encuentran en situación de vencidas no vemos la razón para que tales bienes que se encuentran en poder de la empresa no sean aplicados a la cancelación de estas obligaciones. Sin embargo debe tenerse cuidado en el hecho de que existen bienes que no pueden ser materia de compensación como son los activos declarados especialmente fuera de este derecho.

El *netting* -nombre con el que también se conoce a este derecho de compensación- es una forma rápida de recuperar colocaciones por parte de las empresas, por cuanto si no es aceptado se produciría el contrasentido de que tendría que devolver bienes a su deudor y luego iniciar contra él acciones judiciales para recuperar los créditos que se encuentren impagos. En su lugar la ley establece un mecanismo de compensación automática, reduciendo los costos que demandaría esta doble actividad.

12. EJECUCIÓN DE PRENDAS GLOBALES Y FLOTANTES

Los bienes afectos a prendas globales y flotantes vinculadas con contratos de seguro de crédito o con

facturas conformadas, u otros contratos de crédito, sólo pueden ser ejecutados por el titular de dicho derecho, con exclusión de cualquier tercero acreedor del constituyente, ya se encuentre este último concursado o no.

Esta disposición contiene el tratamiento que se ha reconocido al *warrant*; es decir, el derecho preferente del titular de un derecho de prenda global y flotante sobre cualquier otro acreedor. Medidas como ésta sólo precisan una situación cuya discusión tendría efectos disuasivos para quienes quieran contratar bajo esta modalidad.

13. SUPERVISIÓN CONSOLIDADA

La supervisión consolidada de los conglomerados financieros o mixtos en los cuales participa una empresa supervisada.

Hasta este momento hemos hablado de los principios que las empresas deben observar durante el desarrollo de sus operaciones, medidas de prevención cuya inobservancia acarrea la interposición de sanciones. Sin embargo, el rol del Estado a través de la Superintendencia en el control de las empresas del sistema financiero debe ser mucho más activo.

La supervisión consolidada -novedad incluida en la Ley General- no es sino la facultad de poder supervisar al conjunto de empresas vinculadas a un intermediario financiero, por cuanto es una realidad que las dificultades económico-financieras de una entidad vinculada a una empresa del sistema financiero pueden generar consecuencias negativas en esta última. La supervisión consolidada parte del reconocimiento de la existencia de conglomerados financieros o mixtos -conjunto de empresas vinculadas, algunas de las cuales no son necesariamente intermediarios financieros- que se interrelacionan permanentemente.

En esta interrelación es posible que las dificultades que una pueda sufrir se trasladen a otra de las empresas del conglomerado, produciéndose lo que se denomina riesgo de contagio, supuesto que puede tener graves consecuencias en un sistema financiero. Por ello, siguiendo las recomendaciones internacionales, es necesario que el ente encargado de la supervisión del sistema financiero se encuentre en condiciones de poder controlar a todas las empresas que integren un conglomerado, de manera tal que se atenúen las posibilidades del riesgo de contagio.

La finalidad de la supervisión consolidada es que toda empresa vinculada a un intermediario financiero sea controlada, de manera que el dinero del

público confiado a una institución no sea utilizado por empresas sin control alguno.

En resumen, los mecanismos a través de los cuales se pretende dotar de mayores seguridades al ahorro del público, no serán posibles si no existe una con-

ducta adecuada y responsable por parte de los intermediarios financieros así como un trabajo profesional por parte del ente encargado de la supervisión. La suma de ambos esfuerzos contribuirá a un sistema financiero sólido que pueda cumplir su rol promotor de la economía nacional.