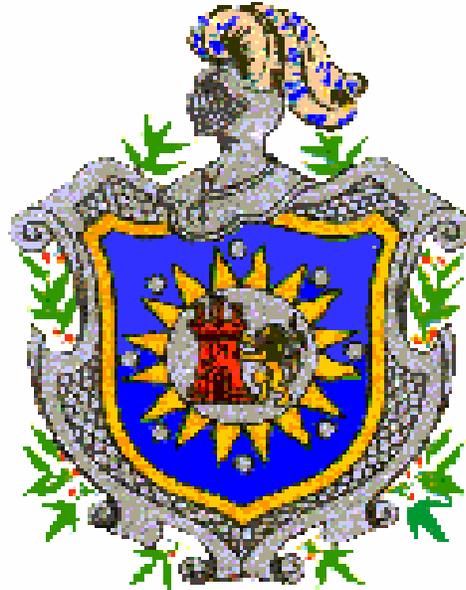


UNIVERSIDAD NACIONAL ATÓNOMA DE NICARAGUA

UNAN-LEÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.



**TRABAJO MONOGRÁFICO PREVIO A OPTAR AL TÍTULO
DE LICENCIADO EN DERECHO.**

TEMA:

***“SUPERVISIÓN EXTERNA DE ENTIDADES FINANCIERAS
(BANCOS COMERCIALES).”***

PRESENTADO POR:

GERARDO DURAND ACUÑA.

TUTOR:

Dra. AZUCENA NAVAS MENDOZA.

León Santiago de los Caballeros, Nicaragua, Septiembre de 2002.

A mis padres: *Dr. Eliseo Durand Serrano*,
mi gran orgullo y digno ejemplo a seguir.

Prof. Josefa Acuña de Durand,
inagotable fuente de amor y de paciencia.

A mis niñas: *Ana Gabriela, María Natalia y Claudia Marcela*,
con todo mi amor.

A *Lisseth Gurdían*, fiel esposa y compañera, por tanto amor.

Al *Dr. José María Tijerino Pacheco (Tío Chema)*,
con especial cariño y gran admiración.

A mis hermanos:

Adrián Elíseo y Luis Fernando,
inseparables compañeros de mi vida.

A mis grandes amigas:

Carmen, Marifell, Nadiezhda, Nohelia, Vonnia y Zandra,
sin ellas la Universidad jamás hubiese sido lo mismo.

Agradecimiento.

A mi tutora, ***Dra. Azucena Navas Mendoza***, por la atención dispensada y sus oportunos consejos para la elaboración de este trabajo. Al ***Dr. José María Tijerino Pacheco (Tío Chema)***, por su invaluable e incondicional apoyo en material bibliográfico y de equipo de informática. A ***Carlos Herdocia y Ximena Gurdíán***, por todas sus finesas y hospitalidad.

Introducción.

En los últimos años nuestro sistema de supervisión bancaria se ha colocado en el centro de la controversia pública, debido a la intempestiva ruptura de la estabilidad del Sistema Financiero Nacional, lo que provocó la salida de muchos bancos de nuestro mercado financiero. Este hecho exigió la puesta en vigencia de instrumentos prudenciales dirigidos a corregir o aminorar los efectos adversos que podrían contagiar al resto del sistema financiero.

En momentos como los actuales, en donde resultan públicas y notorias las crisis financieras que se han propagado en varias regiones del mundo, la actuación oportuna y temprana del supervisor resulta de suma importancia, máxime en un mundo cada día más interactuante y globalizado, y que deben ser enfrentadas con medidas que no pueden posponerse o dilatarse, por lo que la actuación oportuna y temprana del supervisor es vital en estas circunstancias.

Los sistemas prevalecientes en el área de la supervisión prudencial, han sido diseñados para garantizar la estabilidad y solvencia de las instituciones financieras. Estos sistemas han sido desarrollados con base en esquemas de calificación de crédito que evalúa la capacidad de pago de los clientes de los diferentes bancos, así como los riesgos incorporados en sus carteras de inversiones*.

* Arnoldo Camacho Castro. Citado por Claudio González y Edna Camacho en su obra: “Regulación, Competencia y Eficiencia de la Banca Coatarricense”. pp 357.

Debido a la importancia que reviste, para la economía nacional, la actividad de intermediación desarrollada por los bancos, y a las catastróficas consecuencias socioeconómicas que acarrea su fracaso, es necesario contar con la presencia de un sistema de supervisión financiera autónomo, profesional, oportuno, y sobre todo eficiente y eficaz; de tal suerte, que sea capaz de detectar y corregir a tiempo cualquier anomalía que se presente en el manejo que los bancos hacen de su cartera de crédito.

El ejercicio de la supervisión oficial y el sometimiento a ella por parte de los supervisados, obedece, sin lugar a dudas, a las exigencias de garantías que el público requiere en la custodia de sus recursos y a que se encuentra en juego la estabilidad y el desarrollo económico nacional.

En este sentido nuestro trabajo va dirigido, por un lado, a plantear la posición adecuada que debe adoptar el supervisor para el control del ejercicio de la actividad crediticia y, por otro lado, a conocer nuestro sistema de supervisión y la forma cómo se controlan y disminuyen los riesgos en las operaciones de crédito, es decir, averiguar si la Superintendencia está actuando correctamente o no frente a tan delicado negocio.

En el capítulo primero: *“La banca comercial y su papel de intermediación”*, se plantean los antecedentes de la banca, su definición, la naturaleza de su ordenamiento jurídico, su naturaleza jurídica, el procedimiento y la autorización para su constitución de acuerdo a nuestra legislación vigente, su estructura administrativa y funcional. De igual forma, exponemos los aspectos más importantes de la intermediación financiera, tales

como sus características y efectos. También nos ocupamos de las operaciones bancarias y de su materialización, es decir, de los contratos bancarios.

El segundo capítulo: “*La supervisión financiera*”, se abordan importantes tópicos de ésta actividad, tales como su evolución conceptual, el marco institucional y jurídico del supervisor. Establecemos la diferencia que existe entre la regulación y supervisión financiera; los motivos de la supervisión bancaria; la función supervisora en las operaciones de crédito y la forma de controlar los riesgos en el ejercicio de dicha actividad. Por otro lado, nos ocupamos de conocer integralmente a nuestra Superintendencia de Bancos, es decir, desde sus orígenes más remotos hasta nuestra ley vigente.

El tercer capítulo: “*Disminución de los riesgos en las operaciones de crédito*”, está dirigido a plantear los tipos de riesgo a que está expuesto el sector bancario; su clasificación; los momentos en que está presente y sus factores determinantes. Así mismo, señalamos la importancia que tiene la información en las operaciones crédito; y la forma de intervenir del supervisor el conocimiento de los clientes del banco. Aquí mismo conoceremos la posición que adopta nuestra ley de bancos en cuanto a los créditos a partes relacionadas y lo que la Superintendencia de Bancos ha hecho para regular su otorgamiento.

Mi objetivo en este trabajo es ofrecer algunas posibles soluciones a la supervisión bancaria en aras de superar las deficiencias encontradas.

Considero oportuno señalar que durante elaboración de este trabajo nos vimos obstaculizados en cuanto a acceso a información se trata, en la

Superintendencia de Bancos siempre se alegó el “*sigilo bancario*” a cada una de nuestras solicitudes de datos; y por la escasa bibliografía actualizada de la que carecen las bibliotecas consultadas.

Es importante dejar claro que este trabajo no pretende ser el punto final a la discusión que se ha suscitado en torno a la posición que ha ocupado o que debería ocupar el supervisor en su papel de rector del sistema financiero nacional, sino que tan sólo pretende introducir algunos elementos que por alguna razón se han obviado.

Indice.

Capítulo I

La banca y su papel de intermediación.

	Página.
1. Antecedentes históricos de la banca	1
2. Las entidades financieras en general	6
3. La banca comercial	7
3.1. Su definición	7
3.2. Naturaleza del ordenamiento jurídico bancario	8
3.3. Naturaleza jurídica de los bancos comerciales	13
3.4. Procedimiento de creación y funcionamiento de los bancos comerciales de acuerdo a nuestra Ley de Bancos vigente	14
4. La banca y su papel de intermediación	30
4.1. ¿Qué es la intermediación financiera?	30
4.2. Características sustanciales de la intermediación financiera	31
4.3. Efectos de la intermediación financiera	32
5. Operaciones bancarias	33
5.1. Definición	34
5.2. Clasificación de las operaciones bancarias	35
5.3. Operaciones bancarias de acuerdo a nuestra Ley de Bancos	36

6. Contratos bancarios	39
6.1. Características de los contratos bancarios	40

Capítulo II

La supervisión financiera.

1. Evolución conceptual de la supervisión financiera	46
2. Marco institucional de la entidad supervisora	49
3. Marco jurídico de la entidad supervisora	51
4. Regulación y supervisión financiera	53
5. ¿Por qué supervisar a los bancos?	56
6. La función supervisora en las operaciones de crédito	59
7. ¿Cómo controla los riesgos en los créditos el ente supervisor	64
8. La Superintendencia de Bancos en Nicaragua	65
8.1. Antecedentes	65
8.2. Nuestro sistema actual de supervisión financiera	68
8.3. Funciones del Superintendente	76
8.4. El presupuesto de la Superintendencia	78

Capítulo III

Disminución de los riesgos en las operaciones de crédito: Requisito esencial para el correcto funcionamiento de los bancos y una supervisión eficiente.

1. El riesgo y sus tipos	81
2. Criterios a tener en cuenta al analizar las operaciones	84
2.1. Seguridad	85
2.2. Liquidez	86
2.3. Rentabilidad	87
3. Categorías de riesgo	87
4. Momentos en que existe el factor riesgo	88
4.1. El estudio de la operación	88
4.2. En la realización de la operación	90
4.3. Entre la formalización y cancelación de la operación	90
5. Factores determinantes del nivel de riesgo	91
5.1. Las características de la operación	91
5.2. Conocimiento del cliente	93
5.3. Garantías	94

6. La importancia de la información en las operaciones de crédito	95
6.1. Información a solicitar al cliente	96
6.2. Información interna e información a solicitar a terceros	101
7. El supervisor y la forma como el banco conoce a sus clientes	103
7.1. Análisis cualitativo de la empresa	103
7.2. Análisis cuantitativo de la empresa	112
7.3. Los estados contables	113
7.4. Análisis patrimonial y financiero	114
7.5. Análisis económico	115
7.6. Análisis de la rentabilidad y la autofinanciación	115
7.7. Análisis del fondo de maniobra	115
8. La Ley de Bancos y las Normas Prudenciales: Clave para la reducción de los riesgos en las operaciones de crédito	116
8.1. Limitaciones y previsiones para otorgar créditos, según la Ley de Bancos	116
8.2. Partes relacionadas con un banco	116
8.3. Vinculaciones significativas	117
8.4. Manifestaciones indirectas	119
8.5. Limitaciones de crédito a partes relacionadas	119
8.6. Limitaciones de créditos a unidades de interés	120
9. Normas Prudenciales emitidas por la Superintendencia de Bancos, sobre limitaciones y concentración de créditos a partes relacionadas y unidades de interés	121
9.1. Definición de créditos otorgados	122

9.2. Definición de créditos sustanciales	122
9.3. Influencia dominante	123
9.4. Presunción de vinculaciones significativas	124
9.5. Manifestaciones indirectas	127
9.6. Acciones correctivas y plazos	128
9.7. Sanciones	128
9.8. Pruebas en contrario y recursos	129
Conclusiones	131
Recomendaciones	133
Bibliografía	134
Anexos	

Capítulo I

La banca comercial y su papel de intermediación.

1. Antecedentes históricos de la banca.

La banca, con las características que actualmente posee, obviamente, no ha existido siempre sino que es de origen empírico, y luego de pasar por un largo proceso evolutivo se transforman en las modernas y versátiles instituciones que actualmente operan en nuestros mercados financieros.

Las más remotas civilizaciones conocieron las funciones de la banca, según atestiguan con seguridad las investigaciones arqueológicas y el estudio de los papiros greco-egipcios, es así como podemos afirmar que la banca aparece en Babilonia, lugar en donde la economía estaba constituida, en primer lugar, por el rey y la divinidad, luego tenemos las cosechas y las mercancías que eran depositadas en el palacio del monarca y en los templos por los súbditos en calidad de tributos y de ofrendas. Otra de las razones por la que se efectuaban los depósitos obedecía a la seguridad que estos lugares brindaban a los comerciantes en la custodia de sus mercancías, evitando de esta forma ser víctimas de constantes saqueos. Es en el Código de Hammurabi donde encontramos las referencias de actividades desarrolladas por sacerdotes y laicos, sobre todo las que podemos llamar *bancarias*, que tanta importancia habían adquirido y que merecieron una detallada y prolija reglamentación. A partir del siglo VI antes de Cristo “la actividad bancaria se trasladó del templo y del palacio a los particulares; es cuando aparecen grandes casas comerciales

como: Igbí de Sippar y Marashu de Nippen, cuyas fortunas se han transmitido de generación en generación, realizando entre sus operaciones la actividad bancaria.¹”

En Grecia, donde se debe haber conocido la moneda desde el siglo VII antes de Cristo, fueron los templos los primeros en realizar verdaderas operaciones de banca, valiéndose del patrimonio constituido por las ofrendas de los fieles y por los abundantes depósitos que recibían frecuentemente debido a la fe en la administración religiosa. Documentos de 437 antes de Cristo mencionan entre las entradas del templo de Delos una partida de intereses de diez por ciento (10%) sobre préstamos concedidos a la ciudad, como los que frecuentemente concedía el Tesoro del Partenón a la Ciudad de Atenas, lugar en donde se conocieron, florecieron y reglamentaron las labores de los “*trapezitas*”, prestamistas propiamente, y de los “*colubitas*”, cambistas. Por la importancia que en la historia de las ciudades griegas tuvo Delfos, a donde afluían de todas partes de Grecia a consultar el oráculo y por la importancia de los juegos típicos y como consecuencia del comercio de la ciudad, su templo desarrolló una notable actividad bancaria.

También en el antiguo Egipto la banca alcanzó gran desarrollo, aunque en un principio constituyó un monopolio del Estado, el que posteriormente autorizó a las personas o sociedades el ejercicio del “*trapeze*” público. Investigaciones sobre papiros greco-egipcios, han puesto de manifiesto muchas funciones ejercidas por la banca egipcia, tales como: la recolección de impuestos, la documentación de contratos concluidos entre terceros, etcétera.

¹ Pérez Santiago, Fernando. Síntesis de la Estructura de la Bancaria y el Crédito, pp. 11.

En Roma, por su organización inmobiliaria y formalista se dio muy poca cabida a las regulaciones mercantiles, situación que dio un cambio drástico a partir de sus contactos con Grecia y el desarrollo de las relaciones con otros pueblos. En un principio las operaciones de crédito y cambio estaban en poder de los griegos, quienes cobraban intereses exorbitantes, lo que obligó la intervención de la “*Ley de las Doce Tablas*”, en donde se prohibió el cobro exagerado de intereses. Posteriormente surgen entre los romanos los “*numularii*”, cambistas, y los “*argentarii*”, banqueros propiamente. Los romanistas atribuyen a los banqueros romanos actividades variadas y complejas, tales como: las operaciones de cambio, los depósitos regulares e irregulares, los préstamos, los descuentos, las recaudaciones, los pagos y las cuentas de giro en interés de sus clientes; parece que inclusive llegaron a realizar negocios diferenciales en relación con el mercado a término de los cereales.

A partir que se produjeron las invasiones bárbaras se suscitó una reducción en la actividad comercial entre los pueblos de occidente, situación que fue acentuada al prohibirse, por la Iglesia, el préstamo a interés por ser considerado como inmoral; lo que explica el notable desarrollo que experimentaron las operaciones bancarias entre los pueblos no Cristianos.

Fueron las cruzadas las que propiciaron un florecimiento en el intercambio y en la comunicación, produciendo la necesidad, entre los participantes, de transportar dinero y remitirlo a su lugar de origen, esto provocó un aumento en la actividad comercial y por consiguiente, en la bancaria. El ejemplo más representativo de ello es la actividad que realizaban los *Templarios*, caballeros banqueros, los que sustentados en su fuerza militar

estaban en condiciones de garantizar no sólo el transporte de especies monetarias, sino su misma conservación al recibirlos en depósito. Otra de sus principales actividades era la de alquilar cajas fuertes a sus clientes, los que poseían una llave igual a la de sus depositarios; es en ésta actividad que, sin lugar a dudas, se encuentra el antecedente incuestionable del moderno servicio de cajillas de seguridad que modernamente ofrecen los establecimientos bancarios a sus clientes.

Continuando a saltos este proceso histórico, es con el desarrollo de las ferias medievales que se estimula la actividad de los cambistas debido, en gran parte, a la diversidad de monedas y a la necesidad de reducir los riesgos en su traslado; en efecto, sólo cambistas podían surgir y necesitarse en una época no muy propicia para el tráfico y para los empleos de capitales, acentuada con una enturbiada circulación monetaria caótica y farrosa, circulación distinta de ciudad en ciudad, de tipo a tipo de moneda, entre lo que resulta difícil acertar en sus relaciones de equivalencia debido a que las monedas eran objeto de frecuentes alteraciones.

A fines del siglo XIV e inicios del XV surgieron diferentes organismos financieros, entre los que destacan los “*Montes*”, encargados de financiar a las municipalidades, también surgieron los bancos, como la “*Casa de San Giorgio*” en Génova.

Luego con el descubrimiento de América se produjo una apertura de grandes mercados y el debilitamiento de la restricción eclesiástica sobre el cobro de intereses para las operaciones de préstamo. Situaciones que favorecieron a la banca en la adquisición de una peculiar personalidad

configurándose, así, con sus características modernas, teniendo a la cabeza un Banco Central y siendo regulada su actividad por normas particularmente estrictas.

Como hemos observado, el nacimiento de la banca, la creación y desarrollo de sus diferentes actividades han evolucionado a lo largo de la historia paralelamente al desarrollo de los pueblos y a los múltiples problemas que surgen del ejercicio de las diferentes actividades económicas que a lo largo del tiempo se vienen practicando, los que requieren la creación de soluciones rápidas y seguras que brinden una respuesta integral e inmediata a todas y cada una de las problemáticas que se presentaban en los diferentes sectores de la economía; fue la banca la que se encargó de crear toda una gama de figuras jurídico-económicas tendientes a procurar los medios necesarios para dar solución a los inconvenientes presentados, de esta manera la banca se convierte en un factor determinante para el desarrollo económico y social de los pueblos.

Podemos concluir diciendo que los cambios que ha experimentado la sociedad en sus diferentes estadios exige del sector financiero una mayor oferta de servicios basados en un ordenamiento jurídico que le permita al usuario realizar toda clase de operaciones con garantía, seguridad y confianza, que son los cimientos sobre los que descansan todas las transacciones bancarias.

2. Las entidades financieras en general.

En principio, es oportuno señalar que el sistema financiero nacional tiene una composición múltiple y no lo forma, como erróneamente se cree, únicamente el sector bancario. Es decir, que se constituye por el conjunto de diferentes entidades legalmente constituidas y autorizadas por el Estado para funcionar como tales, sean públicas o privadas, las cuales realizan una serie de operaciones que le son propias de acuerdo a su naturaleza y por medio de las cuales logran la consecución de sus fines, impulsando de esta forma el desarrollo económico Nacional. Nos referimos sino a: los Puestos de Bolsa, Almacenes Generales de Depósito, Empresas Aseguradoras y por supuesto a los Bancos Comerciales.

Como elementos comunes a todos ellos se pueden señalar los siguientes:

En primer lugar están sujetos a la aprobación, supervisión y control de la Superintendencia de Bancos. Es por ello que la Superintendencia de Bancos cuenta con cuatro intendencias especiales, a saber:

- Intendencia de Valores.
- Intendencia de Almacenes Generales de Depósito.
- Intendencia de Seguros.
- Intendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras.

Un segundo aspecto lo encontramos en su naturaleza jurídica, es decir, que se deben constituir bajo la forma de sociedad anónima para poder ejercer

y desarrollar legalmente su objeto social, es decir, que las actividades financieras solo pueden ser realizadas por personas jurídicas. Esto obedece a que el Estado exige una organización que permita ejercer una dirección y administración adecuada, así como una estructura jurídica que reúna las garantías económicas suficientes para salvaguardar los intereses de sus clientes.

Lo antes planteado nos permite concluir que ***“todos los bancos son entidades financieras pero no todas las entidades financieras son bancos.”***

3. La banca comercial.

3.1. Su definición.

Bancos comerciales son las personas jurídicas *“que con autorización del Estado hacen de la captación, manejo, aprovechamiento e inversión de dineros provenientes del ahorro del público, y de la prestación de servicios complementarios al crédito y a la actividad financiera, su profesión habitual.”*²

En otra opinión, *“banco es la persona jurídica que bajo la forma de sociedad anónima se dedica profesionalmente a la recolección de capitales, los cuales son puestos a la orden del público para ser colocados en actividades productivas, comerciales e industriales en las que él interviene*

² Martínez Neira, Néstor. Sistemas Financieros, pp. 9.

como agentes financieros, también de dedica a la comercialización de títulos valores y a efectuar pagos, cualquiera sea su naturaleza.³”

Nuestra legislación bancaria vigente, en su artículo segundo, nos proporciona la definición oficial de banco, y dice:

Arto. 2. “Para los efectos de esta ley, son bancos las entidades financieras autorizadas como tales, dedicadas habitualmente a realizar operaciones de intermediación con recursos obtenidos del público en forma de depósitos o a cualquier otro título, y a prestar otros servicios financieros.⁴”

Estas definiciones nos permiten considerar a los bancos como los “organismos o instituciones encargadas de captar los recursos de capital y transferirlos a los sectores productivos de la actividad económica⁵”, es decir, que la banca comercial, en medios como el nuestro, se convierte en la principal fuente de recursos a los que pueden acceder los diferentes rubros que impulsan el desarrollo económico y la competitividad de nuestra Nación en los mercados internacionales.

3.2. Naturaleza del ordenamiento jurídico bancario.

La naturaleza del ordenamiento jurídico bancario se debate entre dos tendencias, a saber:

³ Expuesta por el Msc. José A. Poveda en la Cátedra de Derecho Bancario.

⁴ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros.

⁵ Rodríguez Azuero, Sergio. Contratos Bancarios, pp. 102.

La primera, considera al derecho bancario como de orden público; sustentando la teoría del Derecho Público Bancario.

La segunda, plantea que el derecho bancario es de orden privado; exponiendo la teoría del Derecho Privado Bancario.

Derecho Público Bancario: “Si hemos dicho que, en general, el Derecho Privado soporta en los últimos tiempos un fenómeno de “*publificación*” de sus normas y que a él no es extraño, ni mucho menos, el Derecho Comercial, debe afirmarse que esta tendencia legislativa es particularmente sentida en el campo del Derecho Bancario. Si quisieran señalarse los dos extremos del proceso podría decirse que la actividad bancaria ha pasado de ser una simple actividad privada, sometida a la iniciativa de los particulares, a convertirse en una función propia del Estado o, en todo caso, celosamente intervenida y regulada...

Teniendo en cuenta la importancia de los servicios bancarios, la prestación de los mismos y la necesidad evidente con que son demandados por los particulares, muchas legislaciones y aún Cartas Fundamentales han considerado que el servicio bancario es un servicio público, de aquellos que obedecen a la necesidad general de la comunidad que debe ser satisfecha forzosamente y de cuya utilización no puede prescindirse. De manera que, aún en los casos en que la legislación reconozca que es una actividad privada, ello sólo conduciría, para quienes aceptan esta tesis, a que se trate de un servicio público prestado por los particulares. En esta forma, como servicio público o por esa sola circunstancia, suele ser susceptible de una rígida intervención

estatal dirigida a ordenarlo, a regular sus tarifas, a imponer las condiciones en las cuales debe prestarse, etcétera.⁶”

Derecho Privado Bancario: “Regula el conjunto de las relaciones patrimoniales entre la banca y su clientela. Más concretamente, los contratos celebrados entre las entidades de crédito y sus clientes, como antecedente necesario para la realización de las operaciones propias de la actividad. Es en este campo que el Derecho Bancario forma parte del Derecho Mercantil y en éste, que se enmarca la materia objeto de nuestro estudio. Aun cuando advirtamos que en sentir de la mayoría de los autores el Derecho Bancario no es en realidad un derecho autónomo, ni lo es, por ende, el Derecho Privado Bancario respecto al Derecho Comercial, ello tampoco significa que no tenga algunos principios particulares muy destacados, a veces comunes con los del Derecho Mercantil, pero en otras, especiales y particulares, entendibles a la luz del marco técnico-económico en el cual se desarrollan las operaciones bancarias.⁷”

La naturaleza jurídica de nuestra legislación bancaria no escapa de la controversia, en vista de que las normas que regulan a los bancos, en sus diferentes actividades, son tanto de naturaleza pública como privada.

Las disposiciones de naturaleza pública se encuentran recogidas en las principales leyes bancarias del país, que son:

- Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua⁸.

⁶ Rodríguez Azuero, Sergio, op. cit., pp 94.

⁷ *Ibidem.*, pp. 96.

⁸ Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No. 197, del 15 de Octubre de 1999.

- Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras⁹.
- Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros¹⁰.

Cada una de ellas regula la actividad bancaria comercial desde el marco de su respectiva competencia, como se expone a continuación.

En lo que respecta a la Ley Orgánica del Banco Central, en su artículo 5 inc. 4. establece que actuará “como banquero de los bancos y de las demás instituciones financieras, de acuerdo con las normas dictadas por el Consejo Directivo del Banco.” Es decir, que es en el Banco Central en donde los bancos comerciales deben de depositar el encaje legal para poder iniciar sus operaciones.

Conforme al artículo 39. “El Banco Central señalará, por vía general, las tasas de intereses que cobrará a los bancos por sus operaciones de crédito. Se podrán establecer tasas diferenciales para las distintas clases de operaciones.

La tasa de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades financieras será determinada libremente por la partes.”

De igual forma el artículo 45. Señala que el “Banco Central podrá fijar encajes bancarios mínimos, consistentes en cierto porcentaje de los depósitos y otras obligaciones con el público que tuvieren a su cargo los bancos y

⁹ Publicada en *La Gaceta*, Diario Oficial, No. 196, del 14 de Octubre de 1999.

¹⁰ Publicada en *La Gaceta*, Diario Oficial, Nos. 198, 199, 200, del 18 de Octubre de 1999.

entidades financieras. Estos encajes podrán ser en dinero efectivo o en valores del Banco Central, en la forma que determine su Consejo Directivo...”

En lo que hace a la Ley de la Superintendencia de Bancos, será abordado con posterioridad cuando estudiemos su gestión como supervisor del sistema financiero.

Los planteamientos que hace la Ley General de Bancos, como cuerpo legal de naturaleza pública que interviene en el nacimiento de los bancos, los conoceremos cuando nos ocupemos del proceso de creación, aprobación y funcionamiento de las entidades bancarias.

Las normas de carácter privado que regulan la actividad bancaria las encontramos, en primer lugar, en nuestro Código de Comercio vigente, cuerpo legal que establece los requisitos y procedimientos necesarios para la constitución de una sociedad anónima, figura que ineludiblemente deben adoptar los bancos para ser autorizados e iniciar operaciones, como se ampliará en punto 3.4, es decir, ***“que los bancos y demás entidades financieras nacen al mundo jurídico bajo la sombra del Derecho Privado.”***

Por otra parte, no podemos pasar por alto el hecho de que gran parte de los instrumentos a los que cotidianamente recurre el sector financiero para realizar una exitosa gestión empresarial, encuentran su origen y regulación en el Derecho Mercantil, y así encontramos, por ejemplo: que en la Ley General de Títulos Valores se tipifica y se rige el funcionamiento, en el mundo jurídico, de el Cheque, el Aval, el Pagaré, entre otros.

La discusión de que si el ordenamiento jurídico bancario es de naturaleza pública o privada, seguramente, se prolongará por mucho tiempo en la doctrina, pero lo que sí podemos afirmar es que el surgimiento de tan compleja figura jurídica, como lo son los bancos, ha provocado una estrecha relación de “*dependencia*”, por atrevida que parezca, entre normas de naturaleza pública y privada. Esto se debe a que ambas cumplen un papel medular en el proceso de creación y autorización de un banco, es decir, “*sin sociedad anónima no se puede solicitar al Estado la autorización para operar como banco en el mercado financiero, y sin la autorización del Estado una sociedad anónima no puede funcionar legalmente como banco.*”

Como hemos observado, el ordenamiento bancario es de *doble naturaleza*, por un lado es de naturaleza pública, y por el otro, de naturaleza privada.

3.3. Naturaleza jurídica de los bancos comerciales.

Los bancos comerciales son sociedades anónimas, que encuentran la realización de su objetivo por medio de la realización de dos operaciones opuestas y complementarias; por un lado, existe la imperiosa necesidad de captar recursos provenientes del público, los que unidos a su capital social sirven, por otra parte, para otorgar financiamiento a los diferentes sectores de la economía que requieren del crédito para desarrollar sus diferentes actividades productivas, es decir, que la obtención de recursos que hacen los bancos para fortalecer la economía, tanto bancaria como nacional, y posteriormente colocarlos a disposición de los diferentes sectores que solicitan

recursos, es la forma normal en que el banco pone en funcionamiento su institucionalidad y cumple con sus fines.

3.4. Procedimiento de creación y funcionamiento de los bancos de acuerdo a nuestra Ley de Bancos vigente.

Los bancos son, como ya se dijo, personas jurídicas cuyo reconocimiento legal como sujetos de derecho no suele tener su fundamento en la simple autonomía de la voluntad privada y en el sometimiento del acuerdo que les da origen al ordenamiento jurídico, sino que necesitan del reconocimiento y autorización por parte del Estado para funcionar como tal.

Partiendo de lo expresado podemos afirmar, que el proceso de creación de un banco es sumamente complejo por lo que requiere la concurrencia de dos etapas relacionadas de forma ineludible; la primera de ellas se refiere a la creación del contrato de sociedad anónima; la segunda contempla la autorización por parte del Estado.

A continuación se exponen cada una de las etapas del proceso de formación por las que a traviesa un banco previo a la autorización de funcionamiento por parte del Estado.

3.4.1. Constitución de la sociedad anónima.

El primer requisito de carácter general, establecido por la Ley Bancos, para la constitución de un banco es la formación de una sociedad anónima,

conforme a los requisitos prescritos en el Código de Comercio, en adelante C.C., y que a continuación detallamos:

Para iniciar, se necesita que dos o más personas, con plena capacidad jurídica, concurren ante un Notario Público para suscribir el contrato de sociedad anónima, el que debe reunir todos los requisitos que para su validez establece el artículo 124 C.C.

Es importante señalar que el contrato de sociedad y sus estatutos deben constar en escritura pública debidamente inscrita en el Registro Mercantil, es decir, que la forma pública es condición “*sine qua non*” para que la escritura social pueda acceder al Registro Público y de esta forma la sociedad nazca al mundo jurídico.

La escritura de sociedad anónima debe satisfacer a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 124 C.C., que son:

1. El nombre, apellido y domicilio de los otorgantes;
2. La denominación y el domicilio de la sociedad;
3. El objetivo de la empresa y las operaciones a que se destina su capital;
4. El modo o forma en que deben elegirse las personas que habrán de ejercer la administración o sea el consejo o junta directiva de gobierno; cual de ellas representará a la sociedad judicial o extrajudicialmente; el tiempo que deben durar sus funciones, y la manera de promover las vacantes;

5. El modo o forma de elegir el vigilante o los vigilantes;
6. Los plazos y la forma de convocación y celebración de las juntas generales ordinarias y los casos y el modo de convocar y celebrar las extraordinarias;
7. El capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no consisten en dinero, o del modo y forma en que deba hacerse el avalúo;
8. El número, capital y valor de las acciones, expresando si son nominativas o al portador o de ambas clases;
9. El plazo y modo en que deba enterarse el capital suscrito;
10. Las ventajas o derechos particulares que se reserven los fundadores;
11. Las reglas para la formación de los balances, el cálculo y la repartición de los beneficios;
12. El importe del fondo de reserva;
13. El tiempo en que la sociedad debe alcanzar y concluir, su duración no puede ser indefinida, ni pasar de noventa y nueve años;
14. La sumisión al voto de la mayoría de la junta, debidamente convocada y constituida, así en juntas ordinarias como en las extraordinarias, y el modo de formar dicha mayoría para que sus resoluciones sean obligatorias.

15. Las persona o personas que tengan la representación provisional de la compañía mientras se procede al nombramiento de la Junta Directiva por la Junta General de accionistas.

La falta de cualquier de los requisitos señalados acarrea la nulidad de la escritura.

3.4.2. Autorización para funcionar como banco.

Una vez inscrita la escritura de sociedad se procede a solicitar la aprobación del Estado para ejercer la actividad financiera, la solicitud debe adecuarse a los términos establecidos en la ley general de bancos.

El procedimiento se inicia con la solicitud que se hace a la Superintendencia de Bancos, misma que debe contener según el arto. 4 de la ley de bancos, los nombres y apellidos o designación comercial, domicilio y profesión de los organizadores, acompañada de los siguientes documentos:

1. El proyecto de la escritura social y sus estatutos.
2. Un estudio de factibilidad del banco que se proponen constituir, donde se incluya, entre otros aspectos, los planes de negocios, el nombre y credenciales de las personas que actuarán como miembros de la junta Directiva e integrarán el plantel principal de su gerencia, así como las relaciones de vinculación directa.

3. Minuta que denote depósito en la cuenta corriente de la Superintendencia de Bancos, por valor del 1% del monto del capital mínimo, para la tramitación de la solicitud. Una vez que hayan iniciado sus operaciones, le será devuelto dicho depósito a los promotores. En caso de que sea denegada la solicitud, el 10% del monto del depósito ingresará a favor del Fisco de la República; el saldo le será devuelto a los interesados. En caso de desistimiento, el cincuenta por ciento (50%) del depósito ingresará a favor del fisco.

4. Los demás requisitos exigidos en otras leyes y los que establezca de manera general el Consejo Directivo de la Superintendencia, entre ellos, los destinados a asegurar:
 - a) La idoneidad y honorabilidad de los organizadores.

 - b) La verificación que quienes vayan a integrar su Junta Directiva no tengan los impedimentos establecidos en el artículo 30 de esta ley.

 - c) La determinación de las relaciones de vinculación directa e indirecta con bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros existentes, y

 - d) La identificación de las personas naturales y jurídicas que, directa o indirectamente, tendrán un porcentaje mayor del 5% de la propiedad de las acciones de la futura institución bancaria.

3.4.3. El capital social mínimo.

De acuerdo al artículo 17 de la Ley de Bancos, el capital social mínimo con que deben iniciar operaciones los bancos en nuestro país es de ***ciento veinte millones de córdobas (C\$ 120,000,000.00)*** divididos en acciones nominativas e inconvertibles al portador. Esto no significa que dicho monto es invariable, pues el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos lo actualizará por lo menos cada dos años en caso de variaciones cambiarias de la moneda nacional. Dicho aumento debe publicarse en un diario de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en *La Gaceta*, Diario Oficial.

En caso de que hayan bancos que al momento de darse la actualización del capital mínimo que necesitan tener para operar no cuenten con él, deberán ajustarlo dentro del plazo que para ello determine el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, el cual no podrá ser mayor de un año, contado a partir de la fecha de su publicación en cualquiera de los medios antes señalados.

El capital social mínimo que los bancos depositan en el Banco Central tiene doble finalidad; la primera de ellas es la de servir como, es tradicionalmente reconocido, de fondo amortiguador, “para absorber pérdidas en el estado de resultados. En el caso de pérdidas moderadas, el capital le permitiría a los depositantes redimir sus depósitos por su valor total.¹¹”

¹¹ González Vega, Claudio. Regulación, Competencia y Eficiencia en la Banca Costarricense, pp. 338.

En el segundo caso desempeña “el papel deducible (rehén), en el sentido de una póliza de seguro. El patrimonio es el monto que los propietarios de un banco perderían en el evento de una quiebra.¹²” Es decir, que entre mayor sea el monto que lo banqueros están expuestos a perder, serán más cautelosos en las operaciones que ejecuten, lo que significa la implementación, de parte de los banqueros, de medidas encaminadas a reducir las posibilidades de sufrir pérdidas, trayendo como consecuencia lógica el adecuado manejo de los recursos de los depositantes.

3.4.4. Estudio de la solicitud y Autorización para Constituirse como Banco.

El artículo 5 de la Ley de Bancos establece que una vez presentada la solicitud y los documentos a que se refiere el artículo pre-antecedente, el Superintendente de Bancos podrá solicitar al Banco Central de Nicaragua, un dictamen no vinculante, el cual deberá ser emitido en un término no mayor de sesenta días.

Una vez concluido el estudio de la solicitud de parte del Superintendente y emitido el dictamen del Banco Central, en su caso, el Superintendente, someterá la solicitud a consideración del Consejo Directivo, quien otorgará o denegará la autorización para constituirse como banco, todo dentro de un plazo que no exceda de 180 días a partir de la presentación de la sociedad.

¹² González Vega, Claudio, op. cit, pp 338.

3.4.5. Validez de la escritura y los estatutos.

El artículo 6 de la Ley de Bancos señala que en caso de resolución positiva, el Notario autorizante deberá mencionar la edición de “*La Gaceta*” en que hubiese sido publicada la resolución de autorización para constituirse como banco, emitida por la Superintendencia e insertar íntegramente en la escritura la certificación de dicha resolución. Será nula la inscripción en el Registro Mercantil, si no se cumpliera con este requisito.

Este es, sin duda, un requisito de publicidad que se debe cumplir en la solicitud que hacen al Estado los interesados en establecer un banco, el que resulta de ineludible cumplimiento, por cuanto su no observancia acarrea la nulidad de la inscripción que se hace en el registro competente de la autorización otorgada para funcionar banco.

3.4.6. Requisitos para iniciar actividades.

Estos son los estipulados en el artículo 7 de la Ley de Bancos, que dice: Para iniciar sus actividades los bancos constituidos conforme a la presente ley, deberán tener:

1. Su capital social mínimo totalmente pagado en dinero efectivo;
2. El ochenta por ciento (80%) de éste en depósito a la vista del Banco Central.

3. Testimonio de la escritura social y sus estatutos con las correspondientes razones de inscripción en el Registro Público.
4. Balance General de apertura, y
5. Certificación de los nombramientos de los Directores para el primer período, del Gerente o principal ejecutivo del Banco y del Auditor Interno.

Si la solicitud de autorización de funcionamiento con evidencia de cumplimiento de los requisitos mencionados no fuere presentada dentro de ciento ochenta (180) días a partir de la notificación de la resolución que autoriza su constitución, ésta quedará sin efecto, y el monto del depósito a se refiere el numeral 3 del artículo 4 que antecede, ingresará a favor del Fisco de la República.

3.4.7. Comprobación de requisitos. Autorización de funcionamiento.

La Ley de Bancos en su artículo 8 contempla que el Superintendente de Bancos comprobará si los solicitantes han llenado todos los requisitos exigidos lo por la ley para el funcionamiento de un banco, y si los encontrare cumplidos, otorgará la autorización de funcionamiento dentro de un plazo máximo de 15 días a contar de la fecha de presentación de la solicitud correspondiente a que se refiere que artículo que antecede; en caso contrario comunicará a los peticionarios las faltas que notare para que llenen los requisitos omitidos y una vez reparada la falta, otorgará la autorización pedida

dentro de un término de cinco (5) días a contar de la fecha de subsanación. La autorización deberá publicarse en “*La Gaceta*”, Diario Oficial, por cuenta del banco autorizado y deberá inscribirse en el Registro Público Mercantil correspondiente en el Libro Segundo, Sociedades, de dicho Registro también por su cuenta.

3.4.8. Características de la autorización para funcionar como banco.

El acto administrativo por medio del cual se autoriza a una sociedad anónima para funcionar como banco en nuestro país presenta tres características, a saber:

a) Es intuito personae: Esto quiere decir que el permiso se otorga en “consideración a la persona de los solicitantes, una vez que el Estado se cerciora que acreditan suficientes condiciones personales, profesionales y patrimoniales para permitirles la administración del ahorro de la sociedad.¹³”

b) Es atemporal: Es decir, que la autorización que otorga el Estado para que un banco opere en el mercado financiero es por tiempo indefinido. No obstante, cabe señalar, que si bien es cierto en nuestra ley bancaria no se establece el tiempo de vigencia que ha de tener la autorización que otorga el Estado para el legal funcionamiento de un banco, es en nuestro Código de Comercio en donde se establece, de

¹³ Martínez Neira, Néstor, op. cit., pp.232.

acuerdo al artículo 124 inc. 13, que el máximo período de duración que puede tener una sociedad anónima legalmente constituida es de **noventa y nueve años**, de donde colegimos que el señalado precepto constituye una limitación implícita a la autorización que otorga el Estado para el funcionamiento de un banco.

c) Es revocable: Lo que quiere decir que cuando se presentan circunstancias en el actuar de un Banco, que alteren o comprometan el orden público económico el Estado puede dejar sin efecto la autorización otorgada, lo que significa la suspensión del permiso para funcionar como banco. Decisiones como ésta tienen su fundamento lógico en la supremacía que tiene el interés colectivo por encima de los intereses de los socios de una entidad financiera.

Con la autorización estatal el banco adquiere plena capacidad de ejercicio para el desarrollo de sus funciones, las cuales están determinadas por su objeto de empresa. Lo que quiere decir, que los bancos tienen plena capacidad jurídica para la celebración de todos los actos y contratos que le son propios y necesarios para la consecución de sus fines; dicha capacidad no es absoluta, ya que se encuentra limitada a la realización de actos propios de la actividad bancaria, de donde se desprende que cualquier negocio que no se ajuste al normal funcionamiento del banco adolece de nulidad.

Las limitaciones impuestas por el Estado a la realización de actividades bancarias previamente establecidas, se debe a que los bancos administran los recursos que la población les ha entregado con absoluta confianza, es por ello que no se les permite la realización de cualquier actividad especulativa que

signifique un riesgo excesivo que comprometa la solvencia y liquidez de la institución.

La plenitud en el ejercicio de la capacidad de actuar en el mercado de los negocios jurídico-económicos se obtiene cuando los bancos actúan dentro de los límites de su competencia, es decir, que los bancos sólo pueden realizar los actos para los cuales se encuentran constituidos y autorizados.

3.4.9. Estructura administrativa y funcional de los bancos.

La Junta Directiva, es el máximo órgano administrativo y de dirección que tiene un banco; la que debe estar integrada por un mínimo de cinco directores y de los suplentes que determine su escritura de constitución social o estatutos. Los miembros propietarios y suplentes de la Junta Directiva serán nombrados por la Junta General de Accionistas por períodos determinados conforme a la escritura de constitución social y estatutos del banco, dicho nombramiento no podrá ser inferior a un año, pudiendo ser reelectos para el ejercicio de sus respectivos cargos.

La Junta Directiva de un banco tiene la obligación, de acuerdo a la ley, de reunirse por lo menos una vez cada tres meses para realizar un balance de las operaciones realizadas y de la situación en que se encuentra la institución.

3.4.10. Requisitos para ser director.

Pueden ser miembros de la Junta Directiva de un banco las personas naturales o jurídicas, accionistas o no; en caso de las personas naturales deberán ser mayores de veinticinco años al día de su nombramiento, de

reconocida honorabilidad y competencia profesional. Cuando se trate de personas jurídicas, éstas ejercerán el cargo por medio de un representante, el que debe cumplir con los requisitos antes señalados, quien será responsable personalmente y de forma solidaria por sus actuaciones, conjuntamente con el accionista que representa, en los términos establecidos en el artículo 35 de la Ley de Bancos.

Por otra parte, no pueden ser miembros de la Junta Directiva de un banco:

1. Las personas que directa o indirectamente sean deudores morosos de cualquier banco o institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos o que hubiesen sido declaradas judicialmente en estado de insolvencia, concurso o quiebra.
2. Los que con cualquier otro miembro de la Directiva del banco fueran cónyuges, o compañero o compañera en unión de hecho estable, o tuviesen relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No se incurrirá en esta causal cuando la relación exista entre un director propietario y su respectivo suplente.
3. Los directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otro banco.
4. Los Gerentes, funcionarios ejecutivos y empleados del mismo banco, con excepción del Ejecutivo principal.

5. Los que directa o indirectamente sean titulares, socios o accionistas que ejerzan control accionario o administrativo sobre sociedades que tengan créditos vencidos por más de sesenta (60) días, o que estén en cobranza judicial en la misma empresa o en otra del Sistema Financiero.
6. Las personas que hayan sido sancionadas en los quince (15) años anteriores por causar perjuicio a un banco, o a la fe pública alterando su estado financiero.
7. Los que hayan participado como directores de un banco que haya sido declarado en estado de quiebra culpable, durante los últimos quince años.
8. Los que hayan sido condenados por cualquier delito de naturaleza dolosa.

Los que siendo miembro de la Junta Directiva de un banco y que en cualquier momento llegaren a tener los impedimentos antes señalados, cesarán en sus cargos. Las personas comprendidas entre los numerales del 2 al 8, antes citados, y que hayan sido electas miembros de la Junta Directiva de un banco, su nombramiento adolecerá de nulidad, con todos los efectos legales a partir de la notificación por parte del Superintendente.

3.4.11. Responsabilidad de los directores.

El artículo 35 de la Ley de Bancos señala: Los miembros de la Junta Directiva, sin perjuicio de las otras sanciones que les correspondan, responderán personal y solidariamente con sus bienes de las pérdidas que se irroguen al banco por autorizar operaciones prohibidas y por los actos efectuados o resoluciones tomadas por la Junta Directiva en contravención a las leyes, a las normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia, a las instrucciones y órdenes del Superintendente, a las disposiciones emanadas del Banco Central y demás disposiciones aplicables, quedando exentos de esa responsabilidad únicamente los que hubiesen hecho constar su voto disidente en el acta de la sesión correspondiente, y los que estuvieran ausentes durante dicha sesión y en la sesión en donde se aprueba el acta respectiva.

3.4.12. El nombramiento del Gerente y la representación legal del banco.

Le corresponde a la Junta Directiva nombrar uno o varios gerentes, sean o no accionistas, quienes deberán llenar los requisitos establecidos en los artículos 29 y 30 de la Ley de Bancos en lo que les fuere aplicable.

Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran en el nombramiento. Los gerentes no necesitarán de autorización especial de la Junta Directiva, para cada acto que ejecuten en el cumplimiento de las

funciones que se les hayan asignado, y tendrán para la realización de las mismas, la representación legal del banco con amplias facultades ejecutivas.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la representación judicial y extrajudicial de los bancos corresponderá al presidente de la Junta Directiva.

3.4.13. Del Auditor Interno del banco.

Sin perjuicio de la vigilancia y fiscalización que sobre los bancos ejerce la Superintendencia de Bancos, éstos deberán tener un Auditor Interno a cuyo cargo están las funciones de inspección y fiscalización de las operaciones y cuentas del respectivo banco. El Auditor Interno deberá ser debidamente calificado y será nombrado por la Junta General de Accionistas por un período de tres años, pudiendo ser reelecto. El Auditor puede ser removido antes del vencimiento de su período, por voto calificado superior a los dos tercios de los accionistas presentes en una Junta General. Es obligación del Auditor rendir, al o los vigilantes electos por la Junta General de Accionistas, un informe trimestral de sus labores.

El Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos se reserva el derecho de dictar normas de carácter general que deben ser cumplidas por los auditores internos de los bancos en el ejercicio de sus funciones.

De la elección que se haga de cualquiera de los miembros de la Junta Directiva, del Gerente General y/o Ejecutivo Principal y del Auditor Interno de un banco, se deberá comunicar inmediatamente al Superintendente de Bancos remitiéndole, en el acto, copia certificada del acta de la sesión en la que se hubiese efectuado el nombramiento, y el curriculum vitae respectivo.

El Superintendente tiene la facultad de objetar cualquier elección o nombramiento que no cumpla con los requisitos para dicho cargo.

4. La banca y su papel de intermediación.

La intermediación financiera nace cuando “determinado tipo de comerciantes comenzaron a recibir dinero o metales preciosos en custodia, y con el correr del tiempo cayeron en cuenta que estos bienes que habían recibido con cargo de reintegro al primer requerimiento, podían ser utilizados en operaciones en su provecho, al igual que su propio capital, a causa de que el total de los montos depositados permanecía, según sus observaciones, más o menos constante, puesto que si alguno de sus depositantes retiraba fondos, otros no lo hacían o a su vez efectuaban nuevos depósitos. En este concepto de “embalse de dinero” está el origen de la actividad financiera, entendida como intermediación. No debemos olvidar que la actividad bancaria nació o fue esencialmente un depósito, con depositario diríamos infiel¹⁴” que disponía como propios de los bienes a él confiados.

4.1. ¿Qué es la intermediación financiera?

Es la actividad realizada por los bancos comerciales tendiente a la captación de recursos del público y a su posterior colocación, como si fuesen propios, entre quienes los soliciten, todo esto desarrollado dentro de un marco contractual que provee las condiciones necesarias de seguridad. De aquí se desprende que en su actuar el banco ocupa una doble posición entre, deudor con sus depositantes y de acreedor frente a quienes les otorga crédito. “A estos

¹⁴ Regio, José y Viller, Julio. El Banco Central y la Intermediación Financiera, pp. 9-11.

efectos hay que entender que la intermediación financiera se da porque las unidades que forman parte de un contexto económico, sean personas o empresas, presentan un desequilibrio en la posesión de los recursos financieros: unas tienen más de lo que necesitan mientras otras necesitan más de lo que tienen, dicho de otra manera, hay agentes económicos con superávit de fondos y agentes con déficit de fondos... y es entonces bajo esa coyuntura que surge el banco para convertirse en el colector o depositario de los fondos que sobran para ponerlos a disposición del otro que los necesita.¹⁵”

Es importante destacar que el banco puede disponer del dinero que se le entrega en depósito porque al ser, éste, un bien fungible por naturaleza la única obligación que existe para el banco es la de entregar una cantidad igual en especie y valor a la que se le depositó, con la salvedad de que cuando se trate de depósitos en cuenta de ahorro o certificado a plazo, éstos devengan intereses los que deben ser pagados de acuerdo a lo estipulado en el respectivo contrato, en vista que pasa a ser de su *propiedad* desde el punto de vista jurídico, aunque económicamente no lo sea.

4.2. Características sustanciales de la intermediación financiera¹⁶.

a) Intermediación: La intermediación supone el dar y el recibir, pero participando, quien actúa, como deudor o acreedor, no bastando que aproxime a las partes. O sea, no se agota la función del

¹⁵ Díaz Arias, Rafael. Aspectos de la Supervisión Financiera, pp. 3 y 4.

¹⁶ Recio, José y Viller Julio, op. cit., pp. 13 y 14.

intermediario con la aproximación de las personas que tienen interés en realizar un negocio facilitándoles su conclusión.

b) Participación en la cadena obligacional: El intermediario financiero debe participar en la cadena obligacional. No habrá intermediación financiera si el intermediario no es deudor de quien le entrega el dinero, y acreedor a su vez de aquel a quién se lo presta, con todas las consecuencias de las responsabilidades jurídicas que ello conlleva. Esto significa que patrimonialmente cambiará la configuración del activo y del pasivo del intermediario con cada una de las operaciones que realice. Si quien presta, opera con fondos propios, no intermedia, sólo financia, y en ese caso no se integraría la cadena obligacional por inexistencia de su primer eslabón.

c) Interposición en el crédito: Los intermediarios financieros reciben dinero para luego servirse de él represtándolo a fin de obtener una ganancia que podrá concretarse o no, según la fortuna que tengan en la efectivización del negocio.

4.3. Efectos de la intermediación financiera.

Cuando los bancos realizan la actividad de intermediación económica desarrollan una “transformación de los plazos y de riesgos esencial para el funcionamiento del capital de trabajo y los proyectos de inversión por parte del sector real. La transformación de los plazos se logra mediante la creación de una masa de recursos de ahorro estables, a la vista o en depósitos a término,

que las instituciones financieras están en capacidad de colocar a términos más amplios entre quienes demandan el crédito.¹⁷”

Los riesgos son transformados mediante la selección profesional que realizan los bancos de quienes solicitan el financiamiento, estudios que tienen como base el conocimiento que han adquirido del mercado.

En un país como el nuestro, en donde la banca comercial de capital estatal ha desaparecido, el sector financiero privado se convierte, sin lugar a dudas, en el gran capital con la suficiente capacidad para satisfacer las solicitudes de financiamiento que realizan los diferentes sectores de la economía; transformando los riesgos y los plazos de la colocación de capitales por medio de un exhaustivo estudio de factibilidad del proyecto propuesto para establecer, en el contrato, el término adecuado que le permita la recuperabilidad del crédito de manera segura ya que no está en juego sólo el patrimonio del banco, sino que también el del público que le confió sus ahorros.

5. Operaciones bancarias.

El complejo y dinámico actuar de la economía durante el transcurso de la historia, ha obligado al sector financiero a crear los más diversos negocios jurídicos, demostrando, una vez más, que la vida jurídico-económica no permanece inmutable frente a los cambios que constantemente se suscitan en el actuar económico, de ello resulta la gran variedad de contratos empíricamente celebrados, a solicitud de los diferentes sectores de la

¹⁷ Martínez Neira, Néstor, op. cit., pp 67.

economía, para solucionar, hábilmente, los diferentes obstáculos que se presentan en el ejercicio de la actividad productiva.

5.1. Definición.

Rodríguez Azuero¹⁸ expone que operaciones bancarias son *“aquellas celebradas por las entidades de crédito para captar recursos de manera profesional, esto es, permanente y masiva, por cuanto corresponden al objeto social propio de estas instituciones.”* Continúa exponiendo y dice: “el banco como comerciante derivará su lucro de la diferencia que existe entre los costos que debe pagar por la obtención de los recursos o que debe asumir en la administración de los mismos y el precio que recibe por su colocación en manos de terceros.” Y agrega: “las operaciones bancarias son o implican la realización de una operación o mejor de un negocio de crédito caracterizado por ser una transmisión actual de la propiedad sobre una cosa, de una persona a otra, con cargo para esta última de devolver ulteriormente una cantidad equivalente de la misma especie y calidad. Este negocio de crédito recae siempre sobre cosas fungibles, aquellas que pueden sustituirse unas por otras y que configuran a cargo del deudor una obligación de género, y no de especie y, en el caso de que se sustenten la realización de una operación bancaria, implican forzosamente la existencia del lucro, o sea, son onerosa... Existe operación bancaria siempre que la transmisión de la propiedad se produzca, tanto en el caso de que el banco la reciba de uno de sus clientes, como en el supuesto de que el banco la transfiera a uno de sus cliente. Es decir, que sobre este supuesto el banco se encuentra en una permanente y doble posición,

¹⁸ Op. cit., pp. 110 y 111.

dentro de los negocios de crédito, resultante de su función intermediadora; realiza negocios de créditos para captar recursos y hace lo propio, en seguida, para colocarlos.

No es difícil constatar que las operaciones efectuadas por los bancos no obedecen siempre a la realización de una operación de crédito con el contenido jurídico que acabamos de exponer, sino que se refiere a otras posibilidades intermediadoras en las cuales no existe adquisición ni transmisión de la propiedad y en donde, en la mayoría de los casos, se trata apenas de servicios que encuentran su sustento jurídico, ya no en un contrato de crédito sino en otros esquemas contractuales...”

5.2. Clasificación de las operaciones bancarias.

Las operaciones bancarias se clasifican tradicionalmente en: Activas, Pasivas y Neutras.

Operaciones bancarias activas: Son aquellas en las que el banco realiza una actividad positiva en la economía nacional e inicia el financiamiento de diversas actividades por medio del otorgamiento de créditos a los diferentes sectores productivos de la economía; naciendo, para éstos, la obligación de restituirlo al vencimiento del plazo por el que se les otorga. En otras palabras, las operaciones activas son aquellas en las que el banco se convierte en acreedor de sus clientes.

Operaciones bancarias pasivas: “En las operaciones pasivas el banco recibe los fondos ajenos para colocarlos en otros clientes o destinarlos a otros fines propios de su giro. La persona física o jurídica que mediante este tipo de

operación entrega su crédito al banco, tiene derecho a exigir la restitución, en los términos convenidos. Las diversas clases de depósitos de dinero constituyen, por excelencia, las operaciones pasivas.¹⁹” En las operaciones pasivas el banco se convierte en deudor de sus depositantes.

Operaciones bancarias neutras: “En las operaciones neutras los bancos no involucran crédito por ninguno de los sujetos participante, sino que importa prestaciones de servicios de diversa índole y por las cuales recibe una remuneración, lo relevante no es la concesión de crédito sino la actuación del banco conforme a las instrucciones dadas por el cliente.²⁰”

5.3. Las operaciones bancarias, de acuerdo a nuestra Ley de Bancos.

Nuestra Ley de Bancos, sin hacer una clasificación, establece cuales son las operaciones que legalmente pueden realizar los bancos en nuestro país, y dice:

5.3.1. Depósitos a la vista o a plazo.

Artículo 40. Los depósitos podrán constituirse en calidad de a la vista, de ahorro o a plazo, a nombre de una persona natural o jurídica, conforme a los Reglamentos que cada banco emite...

¹⁹ Sandoval López, Ricardo. Nuevas Operaciones Mercantiles, pp. 209.

²⁰ Loc. cit.

En el artículo 41 señala que los depósitos, tanto de ahorro como a plazo, devengarán intereses, los cuales serán capitalizables conforme a los Reglamentos de cada banco.

5.3.2. Operaciones de los bancos.

De acuerdo al artículo 47, de la Ley de Bancos, los bancos podrán realizar las siguientes operaciones:

1. Otorgar créditos en general, sea en moneda nacional o extranjera y cobrarlos en la misma moneda en que se otorgan.
2. Aceptar letras de cambio y otros documentos de crédito girado contra ellos mismos o avalar los que sean contra otras personas y expedir cartas de crédito.
3. Celebrar contratos de apertura de créditos, realizar operaciones de descuentos y conceder adelantos.
4. Realizar operaciones de factoraje.
5. Realizar operaciones de arrendamiento financiero.
6. Emitir o administrar medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito y cheque de viajero.

7. Otorgar fianzas, avales y garantías que constituyan obligaciones de pago.
8. Efectuar operaciones con divisas o monedas extranjeras.
9. Mantener activos y pasivos en moneda extranjera.
10. Participar en el mercado secundario de hipotecas.
11. Negociar por su propia cuenta o por cuenta de terceros:
 - a) Instrumentos de mercado monetario tales como pagarés y certificados de depósito.
 - b) Operaciones de comercio internacional.
 - c) Contratos de futuro, opciones y productos financieros similares.
 - d) Toda clase de valores mobiliarios, tales como: bonos, cédulas, participaciones y otros; en el caso de inversiones en acciones o participaciones se procederá de acuerdo al artículo 51, numeral 3 de la ley.

Además se podrán realizar cualquier otra operación de naturaleza financiera que apruebe de manera general o particular, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos...

En otras palabras, se deja abierta la posibilidad de realizar cualquier clase de operaciones, fuera de las señaladas, que los contratantes tengan a bien celebrar, siempre y cuando lo autorice la Superintendencia de Bancos. Esta libertad de contratación obedece a que la actividad bancaria se encuentra en constante innovación de figuras que den respuesta a las necesidades de inversión que constantemente experimenta la sociedad como producto del mundo globalizado en el que se desarrolla.

6. Contratos bancarios.

La actividad que desempeñan los bancos se materializa por medio de contratos; los que para ser tipificados de bancarios requieren que por lo menos uno de los otorgantes sea un banco. Entonces, contrato bancario es “*el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria a la cual se refiere el acuerdo.*” Y agrega “estudiar los contratos bancarios es, dicho de otra manera, estudiar las operaciones celebradas por los bancos, sólo que, en lugar de hacer énfasis en el aspecto técnico, se hace hincapié en los elementos jurídicos que concurren a la formación del acuerdo de voluntades.²¹” Los contratos son celebrados por los bancos para captar y colocar recursos de forma permanente y masiva dentro de las estructuras productivas, ya que ello corresponde al objeto social propio de las instituciones bancarias.

²¹ Rodríguez Azuero, Sergio, op. cit., pp. 116.

6.1. Características de los contratos bancarios.²²

a) Relación con la estructura técnica.

El derecho comercial se nutre de la actividad operativa y es con base en las prácticas de los comerciantes que se formulan las normas superiores y obligatorias. Este aserto se evidencia en los contratos bancarios en donde existe una íntima relación entre la formulación jurídica y la realidad técnico-contable de las operaciones a las cuales se refiere.

b) Carácter personalísimo.

Aunque parezca paradójico, ya que para muchos se trata de un servicio público y, en la práctica, las entidades bancarias ofrecen sus servicios a la comunidad en forma indiscriminada, la conclusión de los acuerdo reviste un carácter personalísimo. En efecto, el mundo y el manejo del crédito implican la concesión recíproca de las más alta confianza y, por consiguiente, no es dable esperar que cualquier individuo por el sólo hecho de formar parte de la comunidad, esté en condiciones de imponer a los bancos la celebración de un contrato y la realización de ciertas operaciones por su propia iniciativa. Al contrario, los bancos son muy celosos en la escogencia de su clientela, tanto para mantener el nombre y el prestigio que se deriva de una adecuada selectividad, como para proteger a la comunidad, pues de la celebración de muchos de los contratos dota a los clientes contratantes de instrumentos, cuya confianza entre el conglomerado social podría llevar a que la comunidad fuese sorprendida en su buen fe, si quienes los utilizan no son personas de altas

²² Rodríguez Azuero, Sergio, op. cit., pp 117 y sigs.

calidades morales o solvencia económica. Por tal motivo, los contratos bancarios se celebran “*intuitio personae*”, esto es, en consideración a las calidades personales de quienes contratan con los bancos. Esto explica por qué en muchos contratos bancarios y en numerosos países cabe la terminación unilateral por parte del banco, que obedece en la mayoría de los casos, a que desaparecen o se desmejoran las condiciones de moralidad o solvencia que se tuvieron en cuenta al celebrar el negocio.

c) Buena fe.

Si por principio general los contratos se celebran de buena fe, se hace más sentido en los contratos de confianza celebrados “*intuitio personae*” por cuanto en el manejo del crédito las partes se otorgan recíprocamente una confianza excepcional, que no sólo las vincula a ellas sino que también a la comunidad. Por esta especial buena fe con que las partes y los terceros intervienen o se vinculan a las operaciones bancarias y, desde luego, a los contratos que les dan origen, las legislaciones sancionan con particular severidad los fraudes, como sucede en el caso del giro de cheques sin suficiente provisión de fondos, con firma adulterada o sobre cuentas canceladas; casos en los cuales, incluso, se consagran sanciones penales para los infractores.

d) Adhesivos.

Si admitimos que los servicios bancarios son prestados en forma masiva, tenemos que concluir que sus contratos corresponden a formas organizadas y en serie que resultan de la existencia de condiciones generales

establecidas por la entidad bancaria, de acuerdo con lo previsto por la ley o al impulso de su propia iniciativa. Por consiguiente, los terceros que contratan con los bancos se limitan a expresar su aceptación o rechazo a las condiciones generales en las cuales la banca está dispuesta a prestar el servicio respectivo. No cabe duda que los contratos de adhesión son verdaderas formas contractuales en cuanto el consentimiento se exprese en debida forma y sin vicios. Lo que no significa que la existencia de condiciones generales a las cuales se deban de adherir los clientes permita a los bancos establecer toda suerte de previsiones exclusivamente en su beneficio o en detrimento injustificado de la parte más débil.

e) Información a los clientes y secreto o sigilo bancario²³.

La obligación de informar pronta y adecuadamente a los clientes sobre el giro de sus operaciones resulta genérica a todos los encargos de administración de bienes ajenos y en la actividad bancaria este deber es particularmente muy estricto.

El secreto bancario, obligación profesional es, en esencia, la necesidad de conservar la privacidad de las fuentes, el destino, la cuantía, etcétera, de las operaciones celebradas por cuenta de sus clientes, así como la de los estados financieros e informes particulares sobre sus actividades comerciales que ordinariamente presentan los clientes a los bancos, como requisito para la tramitación de las distintas operaciones.

²³ El título original de esta característica es: “Deberes especiales con los clientes.”

Sin embargo, es importante advertir que el sigilo bancario no es absoluto; nuestra legislación bancaria contempla los casos en los que se puede suspender, aún en contra de la voluntad del cliente. El sigilo bancario se suspende:

1. Cuando el cliente expresamente lo autorice.
2. Cuando lo pidiese la autoridad judicial en virtud de providencia dictada conforme a la ley.

También se exceptúan del sigilo bancario:

1. Los requerimientos que en esa materia demande el Superintendente de Bancos. Así mismo, el Superintendente está facultado para procesar información en materia de legitimación de capitales conforme lo dispongan las leyes y los tratados internacionales.
2. La información crediticia que soliciten otras empresas bancarias como parte del proceso administrativo normal para la aprobación de operaciones de crédito, así como la que solicite el Superintendente para la formación de una central de riesgos. Esto último conforme al reglamento que dicte la el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos.
3. Las publicaciones que, por cualquier medio, realicen los bancos de los nombres de clientes en mora o en cobro judicial, así como de aquellos clientes que emitan cheques sin fondo.

4. La información que se canalice a través de intercambio y de cooperación suscritos por el Superintendente con autoridades supervisoras financieras de otros países.

5. Las otras excepciones que contemple la ley.

Ninguna autoridad administrativa, exceptuándose la Superintendencia, podrá solicitar directamente a los bancos, información particular o individual de sus clientes bancarios.

f) Internacionalización.

Aun cuando es una característica general del Derecho Mercantil ella se hace sentir de manera especial en el Derecho Bancario. Hay campos en los cuales la reglamentación contractual se informa en un alto porcentaje de disposiciones que, sin haberse incorporado como leyes internas, constituyen una costumbre internacional asimilada e invocada en los negocios jurídicos.

A estas características nosotros le agregamos una: ***La Atipicidad***, lo que significa que los contratos bancarios no tienen su origen en la ley positiva, sino que surgen como resultado de las diversas actividades que a diario realizan los diferentes sectores de la economía y que por la naturaleza de sus transacciones están en constante innovación de figuras jurídicas que les permitan el ejercicio seguro de sus actividades, es decir, los contratos bancarios nacen y se rigen por las prácticas mercantiles de quienes intervienen en ellos.

La imposibilidad de compilar a todos los contratos bancarios en un solo cuerpo codificado se debe, sin lugar a dudas, a la mutabilidad de la actividad comercial; no obstante, de existir una codificación, ésta, en muy poco tiempo sería obsoleta debido a la constante evolución de los negocios bancarios.

Capítulo II

La supervisión financiera.

La supervisión financiera es una actividad compleja en extremo, gracias a la naturaleza de las entidades que se encuentran bajo su jurisdicción y a la diversidad de actividades que realizan, hecho que diversifica las tareas del supervisor; dentro de ellas se encuentra la que va encaminada a reducir los riesgos existentes en las actividades crediticias.

La supervisión es ejercida por un órgano autónomo y especializado del Estado que a su vez tiene la responsabilidad de supervisar que los interesados en constituir un banco cumplan con todos los requisitos establecidos para tal fin y una vez satisfechos aprobar su funcionamiento; nos estamos refiriendo a la Superintendencia de Bancos.

1. Evolución conceptual de la supervisión financiera²⁴.

La supervisión financiera ejercida por entidades oficiales ha sido objeto de sustanciales cambios en su enfoque, en sus prácticas y procedimientos, especialmente si nos referimos al ámbito latinoamericano. Por muchos años y en muchos países la fiscalización bancaria se caracterizó por ser una función más que todo verificadora, interesada particularmente en la corrección y puntualidad de los registros contables, en la exactitud de los inventarios, en la

²⁴ Díaz Arias, Rafael, op. cit., pp.7 - 10.

correcta tenencia de los activos líquidos y en la legalidad y nitidez de las transacciones.

El ejercicio de la supervisión se llevaba a cabo mediante visitas sorpresivas a los bancos, con carácter casi de “operativos”, sin ninguna comunicación previa a las autoridades del banco a examinar, sin diálogo en el curso de la inspección o examen y sin ningún análisis o discusión sobre las conclusiones finales, todo un misterio. En términos generales, podría decirse que no había ninguna diferenciación importante con el trabajo que llevaba a cabo las auditorías internas. La responsabilidad de la entidad supervisora estaba centrada en garantizar la corrección de las transacciones bancarias, de su registro contable, así como del cabal cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y normas reguladoras del Banco Central.

La inspección tenía mucho el carácter de pesquisas; con arquezos sorpresivos a tesoreros y cajeros, con observancia de la exactitud y plenitud de los registros contables, con el adecuado y ordenado archivo de documentos; en fin, interesaba el funcionamiento de bancos correctos y ordenados, celosos cumplidores de la normativa que les era aplicable.

Hoy día la fiscalización bancaria tiene otra dimensión, otra perspectiva, determinada por el énfasis que merece la vigilancia de la solidez, de la solvencia de los intermediarios financieros, en virtud de que de ello depende la normalidad de su operación y, consecuentemente, la protección de los intereses de sus depositantes y demás acreedores.

Ese enfoque, ese objetivo, plantea la necesidad de aplicar procedimientos y estrategias concordantes, de tal manera que se pudiera satisfacer la responsabilidad de medir paso a paso el comportamiento de la solvencia financiera de cada banco, y la responsabilidad de anticipar su acontecer futuro, única forma de efectuar oportunamente ajustes y correcciones para evitar acontecimientos negativos o perturbaciones de esa solvencia.

Estamos hablando aquí de un concepto de supervisión preventiva, de la utilización de indicadores de alerta, de un alto profesionalismo en el control de los activos expuestos al riesgo, de sistemas de inspección o examen con objetivos integrados, responsables de garantizar la credibilidad de la información financiera que suministran al público y a la entidad supervisora los bancos que integran el sistema; se está hablando de equipos de analistas de reconocida pericia y experiencia, de sistemas de cómputo que agilicen la captura de información y su procesamiento, y se está hablando de entidades supervisoras con una estructura institucional que les otorgue la necesaria independencia en el cumplimiento de sus funciones y de un marco jurídico que recoja el elenco de facultades y atribuciones que reclama el cumplimiento de una responsabilidad tan significativa como lo es la vigilancia de la solvencia de un sistema financiero.

2. Marco institucional de la entidad supervisora²⁵.

Doctrinariamente, el desarrollo institucional de las entidades supervisoras comienza a manifestarse con intensidad en los inicios de la década de los años ochenta²⁶, quizá como una consecuencia del proceso de liberalización de las políticas crediticias emanadas de los bancos centrales, instituciones que con anterioridad demandaron no sólo la potestad reguladora del sistema financiero sino también la atribución de controlar el debido cumplimiento de las regulaciones.

Otro hecho importante que aceleró el proceso evolutivo de la supervisión bancaria lo constituyen sin duda alguna las serias crisis financieras que afrontaron algunos países en los primeros años de la década antepasada, particularmente en América del Sur, que determinaron serias fallas en los mecanismos de control, y cuya corrección favoreció los nuevos enfoques que están caracterizando a la actividad supervisora.

Hoy día se aprecia una clara tendencia en el sentido de conceder más y más autonomía a la fiscalización bancaria, aceptándose con ello la identidad de una función estratégica dentro de la actividad financiera. Esto obedece a que sólo funcionando dentro de un marco de total autonomía es posible esperar el desarrollo pleno de una gestión tan delicada como la que corresponde ejecutar a la entidad responsable del control bancario. Estamos frente a una función técnica, especializada y de naturaleza eminentemente

²⁵ Díaz Arias, Rafael, op. cit., pp 13 – 15.

²⁶ En este particular, es importante destacar que nuestra situación es totalmente diferente debido a los acontecimientos socio-políticos vividos en nuestro país a partir de 1979, y que son por todos conocidos.

objetiva, comprometida permanentemente en la toma de decisiones trascendentes, que deben estar basadas en elementos de juicio muy propios, al margen de todo tipo de interferencias y presiones.

Con respecto al funcionamiento de la entidad supervisora, en la doctrina se plantean dos cuestiones, a saber: ¿quién nombra a la autoridad superior y cómo se financia el presupuesto?

Respecto al primer planteamiento podemos decir que existen diferentes formas de nombrar a la autoridad superior del órgano supervisor, entre las que podemos mencionar tenemos aquellos sistemas en los que puede nombrar el Banco Central, el Presidente de la República, la Asamblea Legislativa, o bien el Gabinete, el Consejo de Gobierno. Cabe también otra opción, y es aquella en la que se dan dos instancias, es decir, una de ellas propone el o los candidatos y la otra hace el nombramiento; siendo este el modelo que adopta nuestro sistema jurídico, como lo veremos en su oportunidad.

A este respecto, podemos decir, que cada uno del sistema de elección planteados presenta su pro y contra, razón por lo cual la doctrina no se atreve a favorecer alguna opción en particular; en lo que sí concuerda unánimemente es que el funcionario de mayor rango dentro de la entidad supervisora sea nombrado en mérito a su capacidad profesional, su experiencia y su honorabilidad.

En lo tocante a la financiación del presupuesto del supervisor y teniendo en cuenta que se trata de una entidad autónoma, éste (el presupuesto) estará a cargo del Banco Central y de los demás intermediarios financieros que se

encuentran sujetos a su vigilancia. Sistema que acoge nuestra legislación y que oportunamente lo expondremos.

Se explica esta fórmula de financiamiento en el claro beneficio que obtiene el Banco Central de una adecuada supervisión financiera como instrumento que pueda garantizarle el buen cumplimiento de sus regulaciones monetarias y crediticias a través de las cuales se ejecutan funciones fundamentales, como las que tienen que ver con la estabilidad económica y monetaria del país; por otro lado se estima que es justo el aporte de las entidades fiscalizadas, pues éstas logran buen provecho del análisis técnico y profesional que lleva a cabo la autoridad fiscalizadora.

3. Marco jurídico de la entidad supervisora²⁷.

Aunque el articulado y el contenido del marco jurídico que determina el elenco de facultades de una entidad supervisora debe tener las particularidades propias del contexto en que ésta opera, la doctrina estima que hay un mínimo de disposiciones fundamentales que deben estar presentes de alguna manera, porque sin ellas no es posible ejercer satisfactoriamente una función tan delicada.

Estas facultades son:

1. Para autorizar el funcionamiento y eventualmente disponer el cierre de los intermediarios financieros;

²⁷ Díaz Arias, Rafael, op. cit., pp. 17 y 18.

2. Para examinar, sin limitación alguna, los libros, los registros y demás documentos relacionados con la operación de las entidades fiscalizadas;
3. De libre acceso a las instalaciones de las entidades fiscalizadas, con las limitaciones propias de la debida identificación de los funcionarios, de días y horas hábiles y cumplir otra que se justifique en razón de la naturaleza especial de la empresa bancaria;
4. Para solicitar todo tipo de información útil y necesaria para el ejercicio de la actividad supervisora;
5. Para intervenir y eventualmente solicitar la liquidación de aquellas entidades fiscalizadas que presenten serios deterioros de su actividad financiera o que incurran en reiterados y graves incumplimientos legales;
6. Para imponer sanciones económicas a las entidades fiscalizadas, así como a sus directores y funcionarios;
7. Para imponer sanciones disciplinarias a directores, gerentes y empleados de las entidades supervisadas;
8. Para regular la participación de los auditores externos de las entidades fiscalizadas;

9. Para dictar normas y procedimientos contables de aplicación general y uniforme;
10. Para tomar declaración a cualquier persona que pueda aportar información útil en investigaciones llevadas a cabo por la autoridad supervisora.

Este esquema de facultades no es exhaustivo, por el contrario, admite y necesita una serie de otras disposiciones complementarias, pero se estima que las indicadas son aquellas cuya presencia es indispensable para que la entidad encargada de la supervisión financiera pueda cumplir su delicado compromiso.

4. Regulación y supervisión financiera.

No cabe discusión en cuanto a que la actividad bancaria está inmersa en alternativas de riesgo, generadas interna y externamente, amén de otros flancos que exponen la estabilidad de este negocio, como es el caso de fraude y la malversación de fondos. El panorama se complica si tenemos presente que la intermediación financiera, función típica de los bancos, determina por sí misma el manejo de recursos ajenos, de tal suerte que son los depositantes, ahorradores, inversionistas y acreedores en general los más expuestos o eventualmente afectados por esos riesgos.

Bajo este marco de realidades y también tomando en cuenta el destacado papel que cumplen los bancos en la actividad económica del país, al actuar como los agentes que asignan los recursos financieros que demandan

las distintas actividades, encontramos la razón de ser de la regulación y la supervisión de que necesariamente deben ser objeto estas empresas, las que se encuentran rodeadas de un evidente interés público.

Es necesaria la regulación para que el conglomerado de bancos que integran el sistema financiero del país responda en el desarrollo de su gestión especializada a los planes macroeconómicos que haya diseñado la autoridad monetaria. En este sentido aún bajo los conceptos más liberales en materia crediticia siempre será necesario algún tipo de regulación que propulse hacia la estabilidad monetaria, establecer reservas de liquidez para garantizar el cumplido retorno de los fondos captados de terceros ; fijar cuotas mínimas de capital para que se dé equilibrio en la asunción de riesgos, y algunas otras regulaciones para que los bancos como empresa y su actividad de intermediación financiera se desarrollen en un de alta “*normalidad*”.

En términos generales, la regulación financiera comprende el conjunto de leyes y normas que definen el campo en el que actúa la banca y los demás intermediarios financieros. En este sentido, nos permitimos destacar el papel que juega la regulación financiera prudencial o regulación preventiva, que es a la que debe apostar todo sistema de supervisión; **Chaves y González Vega**²⁸ opinan que se refiere al conjunto de normas generales o reglas legales que persiguen y en efecto contribuyen al funcionamiento estable y eficiente de las instituciones y mercados financieros. Estas reglas representan límites y restricciones a las acciones de los bancos para garantizar la seguridad y solidez del sistema (estabilidad) y su funcionamiento competitivo (eficiencia).

²⁸ Op. cit., pp. 316.

Este tipo de intervención estatal debe de buscar el cumplimiento de tres metas básicas de política. La primera, de naturaleza macroeconómica, es asegurar la solvencia y solidez financiera de todos los intermediarios, con el fin de proteger el sistema de pagos del país. El supuesto básico es que un sistema eficiente de pagos es un determinante clave de los procesos de crecimiento económico y de la eficiencia en la asignación de recursos.

El segundo objetivo (microeconómico) es proveer protección al consumidor (depositante) contra riesgos excesivos de pérdidas que puedan surgir de fracasos, fraude o cualquier comportamiento oportunista por parte de los bancos.

El tercer objetivo de la regulación financiera es promover el desempeño eficiente de las instituciones y mercados y el financiamiento correcto de las fuerzas competitivas del mercado.

La supervisión, por su parte, se ocupa de controlar el cabal cumplimiento de esas leyes y normas como parte de su objetivo primario, cual es vigilar permanentemente el comportamiento de la solvencia de cada uno de los bancos que operan en el país. Es decir, y en palabras de **Chaves y González Vega**²⁹, la supervisión se refiere a los procedimientos específicos (instrumentos) adoptados con el fin de determinar los riesgos efectivos a que un intermediario se enfrenta y, en general, para vigilar el cumplimiento con la regulación. La supervisión del cumplimiento con reglas que promueven la

²⁹ Op. cit., pp. 317.

estabilidad y la eficiencia es deseable y es un componente clave del proceso financiero.

En conclusión, la regulación y la supervisión son funciones complementarias que apuntan hacia el mejor funcionamiento del sistema financiero, procurando evitar que sus unidades alcancen niveles de riesgos que comprometan su situación patrimonial y la estabilidad económica nacional.

5. ¿Por qué supervisar a los bancos?³⁰

Los bancos y sus actividades generalmente están sujetos a una supervisión mucho más estrecha que otras clases de negocios; esto se debe al papel que desempeñan dentro de la vida económica del país y a la inherente inestabilidad de sus actividades.

La vida económica y financiera de un país depende de los bancos en tres importantes aspectos:

1. Ocupan una posición central en el mecanismo de pagos para los hogares, el Gobierno y los negocio.
2. Aceptan depósitos, que son generalmente considerados como dinero; que se espera sean reembolsados por completo, ya sea a demanda o a su vencimiento; y que constituyen una parte de los activos financieros de la sociedad.

³⁰ Derrick Ware, op. cit., pp. 2 y 3.

3. En las economías de mercado, los bancos juegan un papel principalísimo en la asignación de recursos financieros, al intermediar entre depositantes de fondos excedentes y prestatarios potenciales, sobre la base de juicios activos en cuanto a la capacidad de estos últimos para reembolsarlos.

La justificación primaria de la supervisión bancaria es que limita el riesgo de pérdida para los depositantes, y con ello mantiene la confianza del público en los bancos. Y si bien la supervisión se enfoca en el banco individual, los supervisores deben estar también alerta acerca de la posibilidad de que los problemas en una institución tengan repercusiones más amplias, sistemáticas en otras, o en la integridad del sistema de pagos.

Por otro lado, el negocio bancario tiene cierto número de atributos que pueden potencialmente generar inestabilidad, y son:

1. Elevada relación (o apalancamiento) como resultado de la intermediación financiera de los bancos entre depositantes y prestatarios.
2. Típicamente, los plazos de las estructuras de los activos y obligaciones están fundamentalmente desparejados, es decir, no calsan, pues los activos tienden a tener un plazo de vencimiento más largo que las obligaciones, de nuevo una consecuencia virtualmente inevitable del papel de los bancos como intermediarios.

3. La solvencia de un banco depende de su capacidad para conservar la confianza de sus depositantes y de los mercados o instituciones financieras, a los cuales tiene que recurrir para conseguir fondos.

4. A veces, la falta de transparencia en las declaraciones financieras publicadas obstaculiza, o aún frustra, los esfuerzos de las contrapartes para hacer un análisis racional de los puntos fuertes y débiles del banco; las hojas de balance de los bancos y las posiciones fuera de la hoja de balance pueden cambiar rápidamente por lo que el conocimiento de los bancos por los clientes es inevitablemente imperfecto.

Aunque, como se indicó anteriormente, el enfoque de la supervisión es sobre el banco individual, con el propósito de limitar el riesgo para los depositantes, la seguridad y solidez del sistema financiero en su conjunto son tan críticas para el adecuado funcionamiento de la economía, que los supervisores deben también ocuparse de las posibles implicaciones más amplias, sistémicas, que puedan tener los problemas o fallas de los bancos individuales.

Las consecuencias sistémicas pueden, obviamente, resultar de que un banco en particular desempeña un papel principal o dominante en la vida económica Nacional, así como en el sistema de pagos. Sin embargo, también es posible que las dificultades de un pequeño banco generen problemas sistémicos si los depositantes comienzan a preocuparse acerca de la estabilidad de sus depósitos en otros bancos, lo que precipita retiros en gran escala de instituciones que por demás son sólidas. Y la creciente

internacionalización de la banca significa que tales efectos puedan extenderse más allá de las fronteras nacionales.

6. La función supervisora en las operaciones de crédito.

Esta es la parte de la supervisión bancaria cuyo principal objetivo es actuar como un mecanismo encaminado a reducir los riesgos existentes en las operaciones crediticias.

En este sentido, la principal actividad que realiza el órgano supervisor y que va dirigida a garantizar un adecuado manejo de los activos expuestos a riesgo es, precisamente, establecer un riguroso control de la cartera de préstamos. Esto obedece a que la actividad crediticia es la que más se encuentra expuesta al riesgo desde dos puntos de vista; el primero de ellos tiene que ver con la posibilidad de crear problemas de liquidez como consecuencia de una mala programación de flujos de caja, ocasionado por el otorgamiento de créditos a plazos más amplios que los otorgados, al banco, por sus depositarios.

El segundo se refiere a la recuperabilidad de lo prestado, pues aunque se haya hecho un meticuloso examen que reduzca los riesgos de la operación no hay forma alguna que permita la absoluta certeza de que el préstamo se va a recuperar íntegramente en su capital e intereses.

Ante estas circunstancias, las precauciones o cuidados especiales que debe tener la entidad supervisora en resguardo del buen manejo de la cartera de crédito de un banco deben de ir encaminadas al examen cuidadoso y

periódico del sistema de control interno establecido en el área de crédito, que incluye el análisis de las solicitudes de préstamo, su aprobación y su cobro, dentro de todo lo cual está inmersa la política que al efecto hayan determinado las autoridades superiores.

También debe observar si existen instructivos sobre los requerimientos mínimos de información que debe aportar el solicitante de crédito para evaluar su capacidad de pago y proyecto a financiar; al igual que debe velar por el establecimiento de normas claras para valorar las garantías ofrecidas y que señalen con precisión y con lógica secuencia los distintos trámites de que debe ser objeto cada solicitud de crédito e identificar debidamente la participación de los funcionarios que tengan que ver con ese trámite. Es necesario que se monitoree el grado de acatamiento que los otorgantes de los préstamos hacen de las recomendaciones de sus técnicos; si siempre se cumplen todos los trámites o si se dan casos en que la autoridad superior del banco aprueba inconsultamente; también es muy importante observar el grado de independencia con que cuentan los analistas de crédito, a efecto de determinar si son objeto de presiones que alteran su objetividad.

En la parte cobratoria de los préstamos, el supervisor debe revisar si hay instrucciones claras sobre cómo debe de procederse en el caso de clientes morosos, así como para calificar el grado de exigencia en el cobro y, lo que es muy importante, si efectivamente se cumplen las disposiciones establecidas al efecto.

De manera general, es muy importante calificar toda la estructura que tiene instalada el banco en su gestión crediticia; si ésta es adecuada, de tal

manera que se cumplan todas las medidas establecidas para el otorgamiento de créditos, lo que permitirá que los márgenes razonables de riesgo no se desborden cuando se ejerza la actividad intermediadora.

Para la eficiente realización de esta tarea, la autoridad supervisora tiene la responsabilidad de elaborar la normativa conforme a la cual funcione el mecanismo de clasificación de la cartera de crédito; esto se debe a que si se le otorgara a los bancos la posibilidad de elaborar dicha regulación, de seguro surgirían tantos sistemas de clasificación de cartera como bancos en operación, imposibilitando el trato uniforme que la entidad fiscalizadora debe tener sobre los bancos e igualmente impediría clasificar a los deudores en función de sus operaciones dentro del sistema financiero.

Cabe señalar, que aún con el establecimiento de la normativa que dicta el órgano supervisor para que se clasifiquen los créditos de acuerdo a los riesgos que representan existen, en la práctica, discrepancias entre el técnico bancario y el técnico supervisor en cuanto a calificar los niveles de riesgo contenidos en cada operación de crédito; en situaciones como esta lo correcto es que se efectúe una evaluación conjunta de los elementos de riesgo que determinan el desacuerdo a fin de que prevalezca el criterio correcto; pero si no existe acuerdo y si las diferencias son fundamentales debe imponerse la clasificación otorgada por el técnico supervisor. Cuando los márgenes de discrepancia no son relevantes o difíciles de demostrar fehacientemente es preferible que se mantenga el criterio del técnico bancario, en virtud de que usualmente éste dispone de elementos de juicio que le dan alguna ventaja en la consideración de los clientes.

Orto aspecto del crédito en el que la autoridad supervisora debe prestar mucha atención, es a los que se otorgan a las partes relacionadas. Este tema adquiere gran relevancia a partir de que los bancos se convierten en los principales intermediarios financieros, custodios y administradores de recursos ajenos.

Partes relacionadas son las personas naturales o jurídicas que de alguna forma están relacionadas con el banco, ya sea como socios, formando parte del personal administrativo o bien que estén vinculadas significativamente.

Dentro de la primera clasificación tenemos a las personas naturales o jurídicas ligadas al banco a través de la propiedad, ya sea directamente, como es el caso de los socios o indirectamente cuando se es accionista de una empresa que por parte es socia del banco.

En el segundo caso encontramos a las personas físicas que aunque no tienen participación como propietarios del banco desempeñan cargos que les conceden un importante poder de decisión en la empresa, entre ellos lo que tienen que ver con el otorgamiento de préstamos; como es el caso de los directores, gerentes y apoderados generales.

La tercera agrupación la integran personas naturales o jurídicas que no tienen ningún ligamen con el banco ni por propiedad ni por gestión, pero que entre ellas se dan vinculaciones de negocios, de capitales o de administración, de tal importancia que en el fondo resultan ser una sola empresa desde el punto de vista económico, aunque jurídicamente sean personas distintas. Este es el caso de empresas en las cuales son comunes sus socios o al menos los de

mayor participación en el capital; en las que recaen en una misma persona cargos relevantes.

Frente a los créditos que se le otorgan a las partes relacionadas, la autoridad supervisora debe estar muy atenta debido a que se corre el riesgo de que estos créditos no sean más que un artificio para devolver las aportaciones de capital o para financiar nuevas aportaciones, de tal suerte que en el fondo los socios no asumen riesgos en la operación del banco, máxime si los créditos no cuentan con garantías satisfactorias, que es lo usual cuando sea actuado calculadamente.

Así mismo, el supervisor debe velar por el estricto cumplimiento de las normas que establecen máximo monto de crédito a que pueden acceder las partes relacionadas, debido a que se corre el riesgo de que una importante concentración de crédito en estos grupos podría llevar al fracaso al banco prestamista, si aquéllos no tienen éxito en sus gestiones.

Por otro lado, la autoridad supervisora debe estar alerta para detectar irregularidades al momento de que se otorga un crédito de esta naturaleza, es decir, debe estar pendiente de que se cumpla con los procedimientos que haya establecido para este tipo de operaciones, que no se concedan en condiciones más favorables que las que rigen para la clientela corriente o con reglas de tramitación más flexibles.

En este campo juegan un papel importante las facultades que debe tener el supervisor para declarar, por la vía de la presunción, la vinculación de una o más personas a un determinado grupo de interés económico, de manera que se

desestimule el uso de artificios para ocultar la identidad del usuario o destinatario final de un crédito.

7. ¿Cómo controla los riesgos en los créditos el ente supervisor?

Mediante la supervisión, la cual se puede llevar a cabo de dos formas; la primera se efectúa teniendo como base la recepción, revisión y análisis de los informes que los bancos remiten al órgano supervisor con toda la información sobre las operaciones crediticias que llevan a cabo, es decir, es una inspección desde *afuera*, por cuanto el supervisor sólo se limita al estudio de la información que le remite el banco.

La otra forma de realizar la supervisión es por medio de un programa de visitas a los bancos; es la supervisión desde *adentro*. La cual es necesaria para hacer aquellas inspecciones que, debido a su naturaleza, no pueden ser realizadas por un análisis desde *afuera*, además permite la realización de un cotejo independiente de las operaciones de crédito efectuadas por el banco y verificar los datos que se han obtenido de la supervisión practicada desde *afuera*.

En lo concerniente a la supervisión desde *adentro* es oportuno señalar que estas visitas deben llevarse a efecto previa comunicación al banco a inspeccionar, indicando su alcance, el tiempo estimado de duración de manera que el banco a visitar prepare con tiempo todos los documentos y la información necesaria que ha de ser examinada.

El hecho de que las inspecciones sean anunciadas no significa que las “*visitas sorpresivas*” no tengan vigencia, lo que sucede es que no es el procedimiento normal, sino que debe procederse así cuando se sospeche de créditos irregulares.

8. La Superintendencia de Bancos en Nicaragua.

8.1. Antecedentes.

La Superintendencia de Bancos nace institucionalmente con la Ley creadora del Banco Central de Nicaragua, en su Ley Orgánica que se dicta por Decreto No. 525 del 28 de Julio de 1960, publicada en La Gaceta No. 211 del 16 de Septiembre de 1960.

En efecto, en el capítulo V con el título “*Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones*” se crea la Superintendencia como una dependencia del Banco Central, carente de toda autonomía; se define su objetivo y se regula su funcionamiento. Así mismo, se da la definición de las entidades que de acuerdo con esta ley quedan sujetas a su vigilancia, la que es lo suficientemente amplia en cuanto comprende a todas las entidades de crédito de propiedad estatal; los bancos comerciales de propiedad privada, nacionales y extranjeros; las entidades del sistema nacional de ahorro y préstamo; las bolsas de valores; almacenes de depósito y todas las no definidas que expresamente realicen operaciones similares o medien entre la oferta y la demanda pública de recursos financieros.

Aún con toda esta amplitud de cobertura, en cuanto a las instituciones que se encuentran bajo la jurisdicción de la Superintendencia, el ordenamiento jurídico es sumamente limitativo en cuanto al objeto y funciones que se le asignan; al igual que en lo referente a las atribuciones y obligaciones del Superintendente.

La Superintendencia tenía a su cargo hacer cumplir con las normas de política crediticia, cambiaria y monetaria que dictaba el Consejo Directivo del Banco Central, como su única función primaria y principal.

Estas limitaciones se reiteran cuando se establecen las atribuciones y obligaciones del Superintendente, las que se resumen en fiscalizar el correcto funcionamiento del Banco Central en el desarrollo de todas y cada una de las actividades que le son propias; y verificar el cumplimiento de las Normas y disposiciones dictadas por el Banco Central.

Es en la “*Ley General de Bancos y Otras Instituciones*” de 1963 en donde encuentra mejor perfilada la supervisión como función tutelar de la actividad de las instituciones que intermedian entre la oferta y demanda de dinero.

“En varios artículos aislados de esta Ley General de Bancos encontramos referencias concretas a la Superintendencia, pero es en el Capítulo V, sobre la Intermediación, Liquidación y Quiebra de Instituciones Financieras, donde la Superintendencia de Bancos adquiere una notable dimensión, con la autoridad de realizar una Intervención Liquidadora por un

procedimiento y vías diferentes a lo aplicable en el Código de Comercio a las personas naturales o jurídicas en general.³¹”

Es por medio la Ley No. 125, “*Ley de Creación de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras*”, del veintiuno de Marzo de mil novecientos noventa y uno, y publicada en La Gaceta, Diario Oficial Número 64 del diez de Abril del mismo año, en la que por primera vez la Superintendencia es considerada una institución autónoma del Estado y en la que también se crean las condiciones jurídicas para que se puedan constituir bancos de capital privado.

De igual forma, por primera ocasión se le otorgan a la Superintendencia las facultades propias de un supervisor, es decir, que se encuentran bajo su jurisdicción las facultades de autorizar, supervisar, vigilar y fiscalizar el funcionamiento de todos los bancos, sucursales y agencias bancarias que operen en el país, ya sean entidades estatales o privadas, nacionales o extranjeras. Así mismo, quedan bajo el marco de su competencia los Almacenes Generales de Depósito, las Bolsas de Valores, las Instituciones de Seguro y Reaseguro, y cualquier otra institución que opere con bienes y dinero del público previamente calificados por la Superintendencia de Bancos.

Como órgano autónomo, la Superintendencia ya cuenta con un Consejo Directivo, que es el máximo órgano de dirección y administración. Por otra parte el Superintendente es elegido por la Asamblea Nacional y se le confieren atribuciones necesarias para el ejercicio de su función.

³¹ Navarro Deshón, Angel. El Desarrollo del Sistema Financiero y la Supervisión de 1991 – 1996.

Sin embargo, esta Ley, aún con todos los adelantos que en materia de supervisión significaba permaneció sin solución de continuidad desde su entrada en vigencia, lo que obligó a que se dictara nuestra actual *Ley de Superintendencia de Bancos*; que procedemos a conocer en detalle.

8.2. Nuestro sistema actual de supervisión financiera.

En la actualidad el sistema financiero Nacional se encuentra regulado por la Ley Número 316, "*Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras*³²", que es la encargada de establecer su funcionamiento, como Institución Autónoma del Estado con plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones respecto de aquellos actos o contratos que sean necesarios para el cumplimiento de sus objetivos.

8.2.1. Funciones de la Superintendencia.

El artículo segundo de la ley 316, señala que la Superintendencia velará por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a las Instituciones Financieras, legalmente autorizadas para recibirlos, y preservar la seguridad y confianza del público en dichas instituciones; promoviendo una adecuada supervisión que procure su solvencia y liquidez en la intermediación de los recursos a ellos confiados.

Así mismo, tiene a su cargo autorizar, supervisar, vigilar y fiscalizar la constitución y el funcionamiento de todos los bancos, sucursales y agencias

³² Publicada en *La Gaceta*, Diario Oficial, No. 196, del 14 de Octubre de 1999.

bancarias que operen en el país, ya sean entidades estatales o privadas, nacionales o extranjeras, que se dediquen habitualmente en forma directa o indirecta, a actividades de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros o a la prestación de otros servicios bancarios.

8.2.2. Atribuciones de la Superintendencia.

La ley otorga a la Superintendencia, entre otras, las siguientes atribuciones:

1. Resolver las solicitudes presentadas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras para abrir y poner en operación nuevos bancos, sucursales y agencias bancarias y demás instituciones a que se refiere el artículo segundo.
2. Fiscalizar el funcionamiento de todas las entidades bajo su ámbito de acción.
3. Regular la suficiencia de capital, la concentración de crédito, el crédito a partes relacionadas y la clasificación y aprovisionamiento de cartera.
4. Hacer cumplir las leyes especiales y generales y las normas reglamentarias que rijan para la constitución, transformación y disolución de las instituciones sujetas a su vigilancia, control y fiscalización.

5. Resolver y ejecutar la intervención de cualquier banco o entidad financiera, en los casos contemplados por la ley.
6. Solicitar y ejecutar la liquidación forzosa de cualquier banco o entidad financiera bajo su fiscalización, en los casos contemplados por la ley.
7. Requerir de los bancos los informes que necesite para el cumplimiento de sus funciones.
8. Inspeccionar regularmente las instituciones que le corresponda, vigilar y realizar arqueos y otras verificaciones convenientes por medio del personal de la Superintendencia o el debidamente contratado para tal efecto.
9. Impartir a las Instituciones sujetas a su vigilancia, las instrucciones necesarias para subsanar las deficiencias o irregularidades que se encontraren y adoptar las medidas que sean de su competencia para sancionar administrativamente y corregir las infracciones que se hubieren cometido.
10. Asesorar en la materia de su competencia a las Instituciones fiscalizadas, cuando éstas así lo soliciten...

8.2.3. Estructura administrativa y funcional de la Superintendencia.

En su organización administrativa, la Superintendencia, tiene como órganos superiores un Consejo Directivo, un Superintendente y un Vice-Superintendente.

El Consejo Directivo es el órgano a cuyo cargo se encuentra la actividad de dictar las normas generales aplicables a los bancos y a las demás instituciones que están bajo la competencia de la Superintendencia. Por su parte el Superintendente tiene a su cargo hacer cumplir las normas generales dictadas por el Consejo Directivo, así como la administración y el manejo de las gestiones propias de la Superintendencia, y ostenta su representación, en los términos que para cada uno de estos órganos establece la ley.

El Consejo Directivo de la Superintendencia está integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público quien lo preside, el Presidente del Banco Central de Nicaragua, quien lo presidirá en ausencia del Ministro de Hacienda y Crédito Público y cuatro miembros con sus respectivos suplentes nombrados por el Presidente de la República en consulta con el sector privado y ratificados por la Asamblea Nacional, de los cuales uno con su respectivo suplente, deberá pertenecer al partido o alianza de partidos que haya obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de autoridades supremas de la nación de conformidad con propuesta de dicho partido o alianza.

El Viceministro de Hacienda y Crédito Público será el suplente del Ministro del ramo en el Consejo. El Gerente General del Banco Central de Nicaragua será el suplente del Presidente de dicha institución. El

Superintendente asistirá a las reuniones del Consejo Directivo con voz pero sin voto; en caso de ausencia del Superintendente, asistirá al Consejo el Vice-Superintendente.

La Secretaría del Consejo Directivo la ejercerá la persona que designe dicho Consejo entre sus miembros o fuera de ellos, quien actuará con la facultad de certificar resoluciones y todas las demás que le confíe el Consejo.

El quórum del Consejo se formará con la presencia de cuatro de sus miembros; todos ellos tendrán facultad de iniciativa para introducir propuestas, las cuales deben ser presentadas ante la Secretaría, donde se les dará el correspondiente trámite ante el Consejo. Las resoluciones del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta del total de los miembros presentes, en caso de empate su Presidente tendrá voto dirimente. El Consejo deberá reunirse de manera ordinaria por lo menos una vez al mes.

Cabe apuntar, que dentro de la estructura funcional de la Superintendencia de Bancos, existen cuatro intendencias especializadas, a saber:

1. Intendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras.
2. Intendencia de Valores.
3. Intendencia de Seguros.
4. Intendencia de Almacenes Generales de Depósito.

En lo que respecta al Superintendente y Vice-Superintendente, ambos serán electos por la Asamblea Nacional de listas enviadas por el Presidente de la República para ejercer sus funciones por el término de seis años pudiendo

ser reelectos para nuevos períodos; razón por lo cual el Superintendente deberá presentar un informe anual de su gestión financiera ante la Asamblea Nacional dentro de los dos primeros meses de cada año. La representación legal y la administración de la Superintendencia la ejerce el Superintendente de Bancos y en su defecto el Vice-Superintendente.

8.2.4. Atribuciones del Consejo Directivo.

Como máximo órgano de la Superintendencia, le corresponde al Consejo Directivo:

1. Dictar normas generales para evitar o corregir irregularidades o faltas en las operaciones de las Instituciones Financieras que, a juicio del Consejo Directivo, pudieran poner en peligro los intereses de los depositantes, la estabilidad de alguna Institución o la solidez del Sistema Financiero.
2. Autorizar la constitución de las nuevas instituciones a que se refiere el Artículo 2 de la Ley de la Superintendencia, previa solicitud del Superintendente.
3. Aprobar normas generales que aseguren el origen lícito del capital de las Instituciones Financieras.
4. Aprobar normas generales sobre capital requerido, grupos financieros y créditos a partes relacionadas, de conformidad con la Ley General de Bancos y demás leyes financieras.

5. Aprobar los criterios generales de clasificación de activos de riesgo y las pautas para la constitución de reservas.

6. Emitir las normas necesarias para impedir actividades u operaciones que perjudiquen a terceros, o propicien la concentración de riesgos; en consecuencia podrá:
 - 6.1. Establecer las disposiciones reglamentarias para hacer efectivos los límites máximos de crédito e inversión individual, aplicables a los bancos e instituciones financieras no bancarias.

 - 6.2. Establecer regulaciones en materia de obligaciones contingentes.

 - 6.3. Establecer las reservas de capital que en general o por categorías de instituciones sean requeridas.

 - 6.4. Fijar el monto de reservas generales para saneamiento de cartera e inversiones.

7. Emitir las normas generales necesarias tendientes a evitar que las instituciones que se encuentran bajo su jurisdicción se dediquen a la realización de actividades para las que no fueron autorizadas.

8. Establecer normas generales de contabilidad, sistemas de suministro y obtención de información, y requerimientos de documentación para expedientes, registros y archivos de las instituciones supervisadas.

9. Fijar en el ámbito administrativo, con carácter general, la interpretación y alcance de las disposiciones legales o reglamentarias en materia bancaria o financiera.

10. Ordenar la intervención de cualquier entidad sometida a la Vigilancia de la Superintendencia en el caso en que habiendo incurrido dicha entidad en una de las causales que harían obligatorio para el Superintendente intervenirla, éste se haya negado a hacerlo cuando el Consejo se lo haya formalmente solicitado. En este caso específico el Consejo conocerá directamente y en única instancia de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión, y así se agotará la vía administrativa.

11. Conocer en apelación de las resoluciones emitidas por el Superintendente de Bancos.

12. Realizar cualquier otra supervisión en materia financiera que dispongan las leyes de la República y la Ley de la Superintendencia, que no estén expresamente atribuidas a otro órgano o funcionario de la misma.

Las disposiciones aquí enumeradas no son limitativas y en consecuencia el Consejo podrá realizar todas aquellas actividades de regulación general compatibles con sus funciones.

8.3. Funciones del Superintendente.

De igual forma, la Ley de Superintendencia de Bancos le señala al Superintendente las funciones que debe realizar para un adecuado ejercicio de su cargo, y entre otras son:

1. Velar por la correcta aplicación de esta Ley, leyes y regulaciones que rigen las actividades de las instituciones que se mencionan en el Artículo 2 y en particular velar por la correcta aplicación de las atribuciones enumeradas en el Artículo 3 de la misma.
2. Ejecutar la intervención o la Liquidación Forzosa de las instituciones que se encuentran bajo su competencia.
3. Acordar la destitución de cualquier miembro de las Juntas Directivas de las instituciones bajo su vigilancia y supervisión que se encontraren responsables por irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones.
4. Cumplir y hacer cumplir las leyes generales, normas reglamentarias y disposiciones que rijan la constitución, operación, funcionamiento, fusión y liquidación de instituciones sujetas a la vigilancia de la Superintendencia.
5. Realizar las inspecciones, verificaciones y arqueos a que se refiere el numeral 8 del Artículo 3 de esta Ley.

6. Supervisar a los bancos a través de inspecciones, análisis de estados financieros, transacciones y relaciones entre empresas del grupo, tanto nacionales como extranjeras, para fines de supervisión.
7. Recabar de los bancos, con carácter confidencial, los informes necesarios para comprobar el estado de sus finanzas y determinar su observancia a las leyes y disposiciones a que están sujetos.
Toda la documentación e información a que se refiere el párrafo anterior que sea requerida por el Superintendente deberá ser presentada por los bancos sin aducir reservas de ninguna naturaleza.
8. Examinar todas las operaciones financieras o de servicio de las instituciones que están sujetas a supervisión, y ejercer las demás funciones de inspección y vigilancia que le correspondan, de acuerdo con las leyes, reglamentos y otras disposiciones aplicables.
9. Establecer programas de prevención que permitan un conocimiento de la situación financiera de las instituciones bajo su supervisión.
10. Contratar los servicios de firmas de reconocido prestigio en auditoria, actuariado o finanzas, para colaborar en las funciones de la Superintendencia.
11. Verificar el cumplimiento del encaje legal. En caso de incumplimiento, el Superintendente de Bancos aplicará una multa, conforme lo establecido en el Artículo 46 de la Ley Orgánica del Banco Central.

12.Las demás que le señalen otras leyes.

Por otra parte, es importante señalar que contra las resoluciones del Superintendente sólo cabe el recurso de reposición, el que se deberá interponer dentro de cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación. Pero si dichas resoluciones contravienen disposiciones legales expresas, serán apelables ante el Consejo Directivo; recurso que se tramitará en el efecto devolutivo, siempre y cuando se haya interpuesto dentro de cinco días hábiles a partir de que se notifica la resolución objeto del recurso.

Sin embargo, de las resoluciones que se dicten en materia de intervención o liquidación forzosa de bancos u otras instituciones financieras, no cabe ningún recurso administrativo.

8.4.El presupuesto de la Superintendencia.

La superintendencia como cualquier otra institución autónoma del Estado requiere de un presupuesto necesario que le permita desempeñar eficientemente las funciones que le señala la ley.

Ahora, ¿de dónde provienen los recursos para su funcionamiento? El financiamiento de la Superintendencia tiene un doble origen, una parte proviene del Banco Central y la otra de las Instituciones que se encuentran bajo su jurisdicción. A tal efecto, el Banco Central aportará el 25% y las entidades supervisadas proveerán en efectivo el 75% restante del presupuesto.

Esta forma de financiamiento le otorga, por un lado, autonomía administrativa y por otro, compromete a la Institución, para con sus "patrocinadores", a ejercer eficientemente sus funciones; lo que se traduce en el establecimiento de un sólido y confiable Sistema Financiero.

Sin embargo, hay que apuntar que funcionalmente nuestra Superintendencia de Bancos es "*relativamente*" autónoma; debido a que todos los miembros que por ministerio de la ley constituyen su Consejo Directivo son nombrados políticamente. Es así como encontramos formado parte de él a dos tipos de funcionarios, por un lado están el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Presidente del Banco Central de Nicaragua, ambos nombrados y subordinados directamente al Presidente de la República, lo que significa que las propuestas y decisiones que lleven y se tomen a lo interno del Consejo, por parte de estos funcionarios, de alguna u otra manera van a estar sujetas a las instrucciones superiores que al efecto se les establezcan. Por otro lado, dentro del resto de miembros del Consejo se encuentra uno que obligatoriamente debe pertenecer al partido o alianza de partidos que haya obtenido el segundo lugar en las elecciones de autoridades nacionales, esto lo convierte en un "representante" que va a "negociar" y a tomar decisiones de acuerdo a los intereses de su postulante. En ambos casos el concepto de autonomía propiamente dicho se encuentra ausente.

Como vemos, nuestro supervisor, si de autonomía se trata, es un "*híbrido*"; esto debido a que en la ley de superintendencia de bancos se le concibe como una institución completamente autónoma y al mismo tiempo, la misma ley, se encarga de señalar que su máximo órgano de decisiones se

encuentre constituido por miembros que carecen de la autonomía suficiente que requiere el ejercicio de tan delicada actividad.

Ante situaciones y para evitar una mala gestión del supervisor lo más sensato y lógico es que todos sus miembros sean seleccionados en atención a sus méritos y capacidades mediante un procedimiento de oposición.

Capítulo III

Disminución de los riesgos en las operaciones de crédito: Requisito esencial para el correcto funcionamiento de los bancos y de una supervisión eficiente

1. El riesgo y sus tipos.

En la economía globalizada en que actualmente vivimos las operaciones de crédito ocupan un papel preponderante, por cuanto son la única fuente de recursos a la que los diferentes agentes económicos pueden acceder para satisfacer sus múltiples necesidades, inyectándole capital fresco a sus negocios lo que les permite aumentar su competitividad y esto a su vez se traduce en mayores y mejores rendimientos. Partiendo de ello, no debe causarnos asombro el hecho de que en emergentes economías, como la nuestra, se agrave la necesidad de obtener recursos debido a la creciente competencia en la que actualmente se encuentra inmerso nuestro sistema económico, gracias a la apertura de nuestras fronteras por medio de la firma de Tratados de Libre Comercio con países que se encuentran en un mayor grado de desarrollo que el nuestro, y si a esto le sumamos las constantes exigencias por parte de los consumidores de bienes y servicios para que éstos se les oferten bajo condiciones de la más alta calidad, es como encontramos, en ambas situaciones, el "génesis" de la imperiosa necesidad de recursos suficientes para hacerle frente a las nuevas reglas del juego que son fijadas por la agresiva competencia. Dentro de este contexto la banca comercial, por medio del crédito, se constituye en la única fuente capaz de satisfacer la "sed" de capital

que padecen los diferentes sectores productivos de nuestra economía, y es así como durante el ejercicio de esta actividad que surge el factor **Riesgo** y con él la necesidad de un adecuado y cuidadoso sistema de control que regule los aspectos más importantes de la operación.

De acuerdo a **Jaume Tomás**³³ por riesgo se entiende la asunción de una posibilidad de sufrir una pérdida.

Las bancos no pueden permanecer en el mercado si no conceden créditos, pero al hacerlo asumen una serie de riesgos que pueden clasificarse como sigue:

- **Riesgo de Crédito:** Es el riesgo de sufrir pérdidas debido a la debilidad financiera de un cliente de la entidad bancaria.
- **Riesgo Operacional:** Es el riesgo de sufrir pérdidas debido a un error al realizar las transacciones de un cliente.
- **Riesgo de Fraude:** Es el riesgo de sufrir pérdidas por acciones ilegales llevadas a cabo por empleados, clientes o por personas ajenas a la entidad financiera.

Por su parte **Derrick Ware**³⁴ opina que los riesgos bancarios pueden categorizarse de la siguiente manera:

³³ Cómo Analizan las Entidades Financieras a sus Clientes, pp 13 y sig.

³⁴ Principios Básicos de la Supervisión Bancaria. pp. 4.

- **Riesgo de Crédito:** El riesgo de que la contraparte pueda no pagar en la fecha convenida. Aunque con mayor frecuencia ese riesgo va asociado a los préstamos, el riesgo de crédito también surge cada vez que la otra parte contrae la obligación de hacer un pago o entregar valor al banco, por ejemplo, en transacciones de divisas o de títulos-valores.
- **Riesgo de Liquidez:** El riesgo de que el banco no cumpla a satisfacción con las obligaciones en su fecha de vencimiento.
- **Riesgo de Rendimiento:** El riesgo de que los activos del banco generen menos ingresos que los gastos generados por sus obligaciones.
- **Riesgo de Mercado:** El riesgo de pérdida como resultado de movimientos en el precio de mercado de instrumentos financieros en los que el banco tiene una posición. Tales instrumentos incluyen bonos, acciones, divisas y productos derivados asociados.
- **Riesgo Operativo:** El riesgo de falla en los procedimientos o controles del banco, ya sea por causas externas como resultado de error o fraude dentro de la institución.
- **Riesgo de Propietarios/Administradores:** El riesgo de que los accionistas, directores o administradores en puestos ejecutivos no desempeñen como se debe sus papeles, o resulten realmente deshonestos.

Como en cualquier otra empresa, el concepto de riesgo en las entidades financieras va unido al de beneficio. En esta misma línea, **Álvarez**³⁵ sostiene que "la función más importante de una entidad financiera es la relativa a la asunción de riesgos mediante las operaciones de activo y créditos de firma. Por esta razón se habla del binomio rentabilidad-riesgo como algo inseparable en la gestión de las entidades financieras."

Todas las operaciones de activo representan un riesgo para los bancos debido a que, por un lado, nunca se puede saber absolutamente todo respecto al cliente y, por otro lado, el cumplimiento de las obligaciones de pago dependen de lo que suceda en el futuro y no de lo que aconteció en el pasado. Como consecuencia, en toda operación de crédito existe la posibilidad de que la entidad financiera sufra la pérdida total o parcial del importe prestado, es decir, la asunción de riesgos es consustancial con la actividad de los bancos.

Las entidades financieras prestan el dinero cedido por los clientes, sin controlar posteriormente el destino y la utilización del mismo, ya que es administrado por los clientes que han demandado recursos financieros. Ésta es la base del riesgo asumido por la banca.

2. Criterios a tener en cuenta al analizar las operaciones.

Tanto para las empresas como para los bancos, el éxito está asegurado sólo si los riesgos que asumen son razonables y controlables dentro de unos límites. Con la finalidad de reducir el riesgo asumido, a la entidad financiera

³⁵ Citado por Jaime Tomás, op. cit. , pp. 14.

le deberían interesar sólo aquellas operaciones que equilibren adecuadamente los siguientes requisitos:

- Operaciones garantizadas.
- Operaciones que no hagan peligrar el objetivo de liquidez.
- Operaciones con las que se obtenga la máxima rentabilidad.

Como consecuencia, el banco deberá tener en cuenta los siguientes criterios, a fin de analizar las operaciones con la mayor objetividad:

- Seguridad.
- Liquidez.
- Rentabilidad.

2.1. Seguridad.

Se considera que la seguridad es la cualidad de estar exento de todo peligro o riesgo.

Como se ha podido comprobar los bancos no están exentos de riesgo debido a que ninguna operación de crédito es totalmente segura. Por ese motivo, el principal elemento a tener en cuenta en la concesión de una operación de crédito es la seguridad de reembolso. Si bien es cierto que la seguridad total no existe, esto no exime a las entidades financieras de hacer todo lo posible para reducir el riesgo asumido.

Los bancos deben aumentar la probabilidad de la devolución de los préstamos concedidos; dicha probabilidad dependerá de la capacidad de

devolución del préstamo y de las garantías presentadas. Por lo tanto deberán valorar, por una parte, la capacidad del prestatario de devolución del préstamo y, por otra parte, las garantías que presenta.

Para valorar la capacidad del prestatario de devolución del préstamo el banco ha de poseer la información necesaria para determinar la seriedad del cliente y la finalidad de la operación a realizar. La seriedad del cliente está relacionada con aspectos tales como su profesionalidad y sus antecedentes.

La finalidad de la operación debe ser adecuada a los principios de la ética de los negocios y, sobre todo, debe ser coherente y encajar con los objetivos de inversión del banco.

Respecto al tema de las garantías presentadas, cabe destacar que sólo deben servir de complemento y apoyo, y nunca deben ser la base de concesión. Cuando se acepten garantías deben obtenerse dictámenes imparciales acerca de su valor real y de la facilidad de realización forzosa.

En conclusión, al no existir la seguridad total en las operaciones de crédito que realizan los bancos, se debe reducir en lo posible el riesgo asumido mediante un análisis de la capacidad de devolución y de las garantías presentadas.

2.2. Liquidez.

La liquidez de un activo es la proximidad a su conversión en dinero. Los bancos, a fin de asegurar el objetivo de liquidez, deben equilibrar su

activo, en lo que respecta a sus plazos de recuperación, y su pasivo, en lo que respecta a sus plazos de exigibilidad.

En base al equilibrio de su balance de situación, cada banco establecerá la política de plazos más adecuada. Cuanto más a corto plazo sean las inversiones con clientes, menos peligra el objetivo de liquidez y, sobre todo, se minimiza el riesgo adicional de la variación constante del tipo de interés del mercado.

2.3. Rentabilidad.

La rentabilidad es la relación entre los beneficios y una masa patrimonial del balance de situación. La rentabilidad de los bancos se obtiene por la diferencia entre el cobro de intereses y comisiones a las operaciones de activo y el pago de intereses en las operaciones de pasivo.

3. Categorías de riesgo³⁶.

Tomando en cuenta los niveles de riesgo estimados respecto a la oportuna y total recuperación de los préstamos se debe aplicar un sistema que contenga las siguientes categorías:

- **Categoría A:** riesgo mínimo (créditos normales o de riesgo normal).

³⁶ Díaz Arias, Rafael, op. cit., pp. 82.

- **Categoría B:** riesgo bajo (créditos con riesgo ligeramente superior a lo normal).
- **Categoría C:** riesgo medio (créditos con problemas potenciales).
- **Categoría D:** riesgo alto (créditos con pérdidas esperadas).
- **Categoría E:** riesgo total (créditos considerados como irrecuperables).

Lo conveniente es que el banco no otorgue créditos que incorporen elevados niveles de riesgo, como correspondería a las categorías **D** y **E**, pues ello sería contrario a una sana administración.

4. Momentos en que existe el factor Riesgo.

El factor riesgo, que acompaña a toda operación de crédito, aparece en tres momentos clave de la relación con el cliente:

- En el estudio de la Operación
- En la formalización de la Operación.
- Entre la formalización y la cancelación de la Operación.

4.1. El estudio de la Operación.

El banco tiene que realizar un análisis riguroso del cliente antes de tomar la decisión de concederle el crédito solicitado, debido a que su

continuidad depende de que la financiación que ofrezca a sus clientes se pueda recuperar, motivo por el cual el banco dedica tiempo a la evaluación de la operación.

En el estudio de la operación el banco necesita tener la documentación necesaria y unos buenos analistas con suficiente conocimiento y experiencia. Tal y como sostiene **Charro**³⁷, "el análisis sirve para interpretar correctamente la información. Pero para ello necesitamos tres elementos fundamentales: información suficiente, método de interpretación o análisis (conocimientos técnico-financieros) y finalmente experiencia."

En el estudio de la operación, el banco ha de recoger información de origen interno, generada con los antecedentes operativos de los clientes, y de origen externo que es la que aporta el mismo cliente o la que la entidad solicita a terceros. A partir de esas fuentes de información, se prepara un documento mediante el cual el director de la oficina crédito realiza un informe para el comité de riesgo que ha de tomar la decisión final.

Todo este estudio, previo a la toma de la decisión, requiere un cierto período de tiempo, ya que el banco no debe tomar nunca una decisión de forma precipitada. Un cliente con prisa es un indicador de cliente con riesgo, por lo que las precauciones deben extremarse.

³⁷ Citado por Jaime Tomás, op. cit. , pp.21.

4.2. En la realización de la Operación.

La formalización de la operación se lleva a cabo después de aceptar la operación. En el momento de la formalización de la operación se debe actuar de forma rigurosa y estableciendo los controles de seguridad adecuados. La formalización debe ceñirse en todas sus condiciones a la aprobación del expediente de riesgos por parte de los órganos de decisión del banco.

Al formalizar la operación, las condiciones deben ser admitidas por el cliente en todo su contenido. La entidad financiera debe intentar comunicárselas antes de la firma de la documentación ante Notario a fin de evitar malas interpretaciones.

4.3. Entre la formalización y la cancelación de la Operación.

Durante la vida de la operación, el banco debe realizar el oportuno seguimiento de la misma y del cliente a fin de que cumplan las previsiones contempladas en el análisis; es lo que se conoce como período de seguimiento de la operación o créditos supervisados. Cuando se estudia una operación, el banco debe basar su análisis en los datos de la operación, del solicitante, de la empresa, del sector y en datos obtenidos de clientes y proveedores, registros oficiales, datos publicados e informes específicos. Toda esta información es de tipo histórica, en relación a los antecedentes.

La tendencia actual, según la fuente, es que en pocas ocasiones, y sólo si se trata de operaciones de importes elevados, se solicita una previsión futura

o bien un presupuesto de tesorería que refleje las posibilidades de devolución de la operación que se está analizando. Por lo tanto, se puede afirmar que todo análisis de operaciones de activo debería ir acompañado de una previsión futura para disminuir el riesgo de no devolución del préstamo y facilitar el seguimiento de la operación.

5. Factores determinantes del nivel de Riesgo.

El nivel de riesgo se mide a partir de las características de la operación, a través del conocimiento del solicitante y de las garantías.

5.1. Las características de la Operación.

a) Plazo: El plazo es el vencimiento del término de la operación.

Es un factor que afecta al riesgo de una manera directamente proporcional, es decir, a medida que el vencimiento se aleja en el tiempo, el riesgo aumenta.

El riesgo también aumentará si la capacidad de devolución del cliente no se adecua al plazo necesario; como sería el caso de una persona que tiene una capacidad máxima de devolución de un préstamo de cinco mil córdobas mensuales (C\$ 5000.00) en cinco años, pero si la operación se aprueba con un plazo inferior, el riesgo aumenta ya que en tal caso la amortización mensual supera su capacidad de devolución.

b) Importe: El importe de una operación es la cuantía de la misma.

El importe es un factor de riesgo cuando no es proporcional a la solvencia del cliente. El riesgo aumentará si el banco aprueba cifras superiores a las concedidas por otras entidades con mayor experiencia y conocimiento del cliente. El riesgo también aumentará si la entidad financia el cien por ciento (100%) de las inversiones del cliente, por lo que recomienda que una parte proporcional de las mismas se financie con recursos propios. Es requisito indispensable que el importe sea suficiente para la finalidad a la que se destina. Como sostienen **Pérez-Carballo y Sotomayor**³⁸ "el prestamista no deseará prestar una cantidad insuficiente que, luego, para recuperarla, le obligue de una u otra manera a ampliar el préstamo; por su parte, el prestatario ha de alcanzar su objetivo financiero con la holgura necesaria como para no poner en tensión las operaciones."

c) Modalidad: La modalidad de una operación es el tipo de instrumento de financiación que el cliente solicita. La modalidad genera distintos tipos de operaciones ya que el riesgo, la liquidez y la rentabilidad varían según la modalidad. En base al principio de coherencia, la modalidad de la operación solicitada debe coincidir con la necesidad de inversión del cliente; por ejemplo, para financiar campañas estacionales es adecuado solicitar una cuenta de crédito a corto plazo pero si se trata de financiar la compra de una máquina, es adecuado solicitar un préstamo a largo plazo con amortizaciones periódicas o un *leasing financiero*, de forma que el plazo coincida con el período de amortización de la máquina.

d) Finalidad: La finalidad de una operación es el destino de la misma, es decir, el uso que haga el cliente de la financiación solicitada al banco. La

³⁸ Citados por Jaume Tomás. Op. cit. , pp. 24.

finalidad debe estar pensada de modo que el uso que se haga de la financiación solicitada genere dinero para devolver el importe total prestado y sus intereses.

La finalidad es un factor de riesgo si el beneficio derivado de la inversión realizada por el cliente no es suficiente para devolver la cantidad de dinero que el banco le ha prestado. De este argumento se desprende que la primera garantía de la operación sea la propia finalidad de la misma, por ese motivo, para valorar el nivel de riesgo es imprescindible, en cuanto a la finalidad, conocer aspectos tales como:

- El motivo de la petición.
- La descripción de la inversión.
- En el caso de que el solicitante sea una empresa, se debe observar, entre otros, temas como la actividad, la posición dentro del sector, la experiencia profesional y la competencia del equipo de dirección.

Si la finalidad de la operación solicitada es invertir en negocios especulativos, negocios sin experiencia o de mala reputación, lo recomendable es que el banco no apruebe la solicitud de crédito.

5.2. Conocimiento del Solicitante.

Como lo hemos expresado con anterioridad, el banco tiene que realizar un análisis riguroso del cliente para valorar el nivel de riesgo que asume si aprueba la operación. Uno de los objetivos de ese análisis es conocer al solicitante, mediante el estudio de la información interna del banco y la

externa que proporciona el cliente al momento de hacer la solicitud, este tipo de información permitirá conocer al cliente, su solvencia y su integridad moral, así como realizar un seguimiento de sus hábitos comerciales y profesionales.

5.3. Garantías.

Los bancos exigen la presentación de garantías para disminuir el riesgo que conllevan las operaciones de activo, por lo tanto, la función de las garantías es la de servir de apoyo y complemento en el momento de solicitar un crédito, es decir, que la fincabilidad de los titulares no debe ser determinante para la concesión de operaciones de activo, si no existe por parte del solicitante la suficiente capacidad económica de retorno del crédito.

La garantía aportada debe poder ser objeto de valoración, debe ser estable, vendible y suficiente de acuerdo con los riesgos globales suscritos por el cliente.

Es por todos conocidos que la principal garantía requerida por los bancos para el otorgamiento de un crédito es la hipotecaria.

"La hipoteca es un derecho real constituido sobre un inmueble o derecho real que permanece en poder del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación, otorgándole el acreedor el derecho de

perseguir el fundo en manos de quien lo posea y pagarse con preferencia el crédito con el producto de su venta o mediante la adjudicación en pago³⁹".

Previo a la aceptación de un bien como garantía, el banco debe conocer la situación legal del mismo acudiendo al Registro de la Propiedad, solicitando una libertad de gravamen del bien y en base a ella determinar la idoneidad de su aceptación y la posibilidad de ejercer sin ningún inconveniente los derechos que confiere. Por otro lado, también es importante que se realice una visita al bien con el fin de constatar su estado físico y comprobar la veracidad de la valuación practicada por los peritos.

6. La importancia de la información en las operaciones de crédito.

Sin lugar a dudas, la información que obtiene el banco va a determinar si se otorga o no el crédito solicitado, lo que nos permite concluir, que a mayor información que sea tomada en cuenta al momento de analizar la solicitud de crédito, menor será la posibilidad de sufrir pérdidas por la aprobación de operaciones carentes de datos suficientes que demuestren su viabilidad.

Existen dos formas, por medio de las cuales, los bancos se agencian de la información necesaria para estudiar las solicitudes de crédito, siendo éstas:

- Información a solicitar al cliente.
- Información interna e información a solicitar a terceros.

³⁹ Escobar Fornos, Iván; Contratos, tomo II, pp. 122 - 123.

6.1. Información a solicitar al cliente.

Esta información será diferente según el tipo de cliente solicitante: un cliente particular, un cliente profesional, una empresa, un comercio, el sector público o el sector inmobiliario.

6.1.1. Información a solicitar al cliente particular.

Por cliente particular se entiende el cliente que solicita un préstamo para uso doméstico. Este clase de cliente busca un tipo de financiación encaminada a cubrir las más amplias necesidades que puedan surgir en el sí de una economía doméstica.

La información a solicitar al cliente particular se puede clasificar en cuatro grupos:

- Información que acredite la personalidad del titular de la operación. Es la documentación que se precisa para identificar la personalidad del deudor, así como la de los garantes. Por ejemplo: la cédula de identidad, pasaporte vigente, etcétera.
- Información que justifique las perspectivas de cobro. Es la documentación a través de la cual el banco se asegura, en el momento de la concesión de cada operación, las posibilidades de cobro. Por ejemplo: últimas declaraciones de renta, contrato laboral, últimas nóminas, etcétera.

- Información que acredite la posibilidad de recuperación de la operación. Este tipo de documentación señala las perspectivas de recuperar la inversión realizada por el banco en caso de que el cliente no pueda devolver la cantidad prestada. Por ejemplo: relación de bienes personales y escrituras de bienes inmuebles.
- Información que demuestre la viabilidad de la operación. Es la documentación que soporta la completa y total viabilidad de la operación propuesta de acuerdo con las características de la misma y del solicitante. Por ejemplo: presupuesto o factura proforma.

A partir de la documentación que el cliente presenta, el banco evalúa la operación y debe verificar si los datos facilitados coinciden con las fuentes de información que la entidad ha de conseguir por sí misma.

6.1.2. Información a solicitar a los clientes profesionales, comercios y empresas.

Por clientes profesionales, comercios y empresas se entiende al cliente que solicita un préstamo que se destina a su negocio. Este tipo de cliente busca un tipo de financiación encaminada a cubrir las más amplias necesidades que pueden surgir en el seno de su actividad profesional.

La información que el banco precisa para analizar una operación de crédito con un cliente profesional o una empresa se puede clasificar en cuatro grupos:

- Información que acredite la personalidad del titular de la operación.
- Información que justifique las perspectivas de cobro. Por ejemplo: últimos balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias e informes de gestión, plan previsional y relación de compras y ventas anual.
- Información que acredite la posibilidad de recuperación de la operación. Por ejemplo: últimos balances de situación y cuentas de pérdidas y ganancias, relación de bienes personales, plan previsional y escrituras de bienes inmuebles.
- Información que demuestre la viabilidad de la operación. Por ejemplo: plan provisional.

6.1.3. Información a solicitar al sector público.

Es de lato conocimiento que el sector público está formado por el Gobierno Central, las Administraciones Autónomas y las Empresas Públicas.

Respecto a la información que presenta el sector público, ésta tiene un elevado grado de fiabilidad, ya que existen sistemas de control que lo garantizan, a través de los interventores y la Contraloría General de la República. Al conceder un crédito solicitado por un organismo público, en el momento de formalizar el contrato éste debe estar bien soportado, es decir, debe realizarse con la debida documentación para evitar operaciones confusas.

El banco debe solicitar al sector público un plan previsional en relación a la operación a realizar. Como documentos acreditativos de la capacidad de pago, se exige la liquidación del presupuesto del año anterior y la aprobación por el pleno del organismo público. En el terreno de las garantías, en una operación con la administración pública existe la posibilidad de obtener garantías adicionales, mediante la afectación de la participación en los tributos y determinados impuestos.

6.1.4. Información a solicitar al sector inmobiliario.

Se considera del sector inmobiliario toda empresa cuya actividad sea la promoción de pisos, edificios, solares, locales, así como la compra, la venta y el alquiler de los mismos.

Cuando el sector inmobiliario solicita ayuda financiera a un banco para invertir en una promoción inmobiliaria, resulta imprescindible que la empresa presente un estudio de viabilidad de dicha operación. Por este motivo, se solicitan informes de especialistas y documentos que acreditan la probabilidad de devolución de la operación, tales como balances de situación, cuentas de pérdidas y ganancias y justificaciones de pagos de préstamos anteriores.

A continuación se presentan los pasos a seguir en el estudio de las solicitudes de crédito cuya finalidad sea al financiación de una promoción inmobiliaria:

- ***Análisis de la operación:*** Aquí se debe de leer con detenimiento la opinión y los comentarios de la empresa de tasación. Se ha de

realizar una valoración acerca del destino de los inmuebles. En caso de que existan, se deberían estudiar los contratos de compra-venta ya firmados, para analizar el flujo de caja previsional.

- ***Análisis del promotor:*** Se ha de conseguir la información necesaria que ayude a comprobar la experiencia de los promotores, la antigüedad de la empresa, los socios de la misma, el ritmo de las obras en curso, el porcentaje de la financiación que aporta el banco, etcétera.
- ***Evaluación del plan financiero:*** Es fundamental tener una idea clara de la capacidad financiera del solicitante para acabar la obra y resistir, si las ventas no funcionan como estaba previsto.

Para llevar a cabo esta evaluación es preciso recopilar la documentación necesaria que ayude a desvelar interrogantes como:

- ¿Tiene el solar de propiedad, pagado y libre de cargas?
- ¿Su endeudamiento financiero se puede considerar elevado?
- ¿Existe algún indicador de problemas?
- ¿Presenta un plan fiable?
- ¿Son creíbles las hipótesis presentadas?
- ¿Están los promotores dispuestos a dar soporte personal a la promoción?
- ¿Cuál es el grado de sensibilidad del proyecto a cambios en el ritmo de ventas?

- ¿Las provisiones de cobro que presentan, son consistentes con el contenido de sus contratos? ¿Y los pagos?
- Si el proyecto va mal, ¿tiene recursos adicionales o puede conseguirlos?

6.2. Información interna e información a solicitar a terceros.

Para estudiar el riesgo de una operación, los bancos deben consultar una serie de fuentes de información de origen interno. Normalmente se trata de bases de datos creadas por las propias entidades que le permiten realizar una clasificación de sus clientes de acuerdo a sus actividades y conocer en tiempo real a qué segmento pertenece, qué productos consume, qué uso hace de los mismos, cuáles debería consumir en función de sus características y qué acciones comerciales interesa hacer sobre él.

El diseño de esta base de datos debe ser capaz de calcular el beneficio que obtiene el banco por cada uno de sus clientes, lo que le permitirá tomar decisiones de mejora de rentabilidad, tales como: intensificar la relación, cambiar las condiciones de la misma o abandonar a ese cliente.

En conclusión, son las bases de datos las que reflejan básicamente la experiencia que el banco tiene con el cliente que solicita la operación y por consiguiente, la factibilidad de la misma.

6.2.1. Información de terceros.

Paralelo a la información que se autosumministra el banco, es importante que éste sea lo suficientemente diligente para conseguir referencias del solicitante del crédito mediante la consulta a terceros.

Los terceros que son capaces de suministrar información al banco, son entre otros:

- El Registro de la Propiedad.
- El Registro Mercantil.
- Los clientes y proveedores.
- Bancos Comerciales.

Todos ellos cuentan con valiosa información que el banco debe conocer antes de tomar la decisión de aprobar el crédito solicitado. Por ejemplo: por medio del Registro de la Propiedad se puede verificar el estado actual de los bienes otorgados en garantía, es decir, se conoce su titular, si están gravados o si son objeto de litigio. Por su parte los clientes y proveedores ofrecen referencias que permiten evaluar la seriedad y el grado de cumplimiento que solicitante tiene de sus obligaciones.

Sin embargo, toda esta información resultaría incompleta si no se acompaña de las visitas que el banco debe realizar a la empresa para corroborar la veracidad de toda la información obtenida, lo que le permitirá contar con mayores elementos de juicio al momento de analizar el expediente.

7. El supervisor y la forma como el banco conoce a sus clientes.

Aquí la actividad del supervisor va dirigida a que la banca cuente con un mecanismo de procesamiento de información que le permita conocer y analizar al cliente desde dos aspectos: el cualitativo y el cuantitativo.

7.1. Análisis cualitativo de la empresa⁴⁰.

Una vez estudiada la información que suministra el cliente y la obtenida de terceros, se debe proceder a conocer los por menores del negocio para el que se solicita financiamiento con el fin de determinar las probabilidades de recuperar el crédito.

Con la finalidad de realizar un estudio del riesgo lo más completo posible, los bancos deben de llevar a cabo un análisis cualitativo de las empresas que le solicitan financiamiento.

Este tipo de estudio engloba:

- El análisis de funcionamiento.
- El análisis del nivel de concentraciones y dependencias.
- El análisis de los elementos de éxito y de fracaso de la empresa.

⁴⁰ Jaume Tomás, op. cit. , pp. 99 – 136.

7.1.1. El análisis de funcionamiento.

En este tipo de estudio de las empresas, conviene conocer áreas como:

- Comercialización.
- Aprovisionamientos.
- Producción y tecnología.
- Recursos humanos.
- Organización empresarial.

a) Comercialización.

Al analizar la dimensión comercial de la empresa conviene recabar la información necesaria para contestar interrogantes como:

¿Qué comercializa la empresa?

Es importante saber si la empresa se dedica a la comercialización de productos o servicios para comprobar si siguen teniendo interés en el mercado o si han dejado de ser consumidos por él, lo cual representaría un problema importante, para la empresa, al momento de estudiar su solicitud de crédito.

¿Cuándo comercializa?

Se hace necesario conocer el nivel de estacionalidad de la comercialización de la empresa para saber si se lleva a cabo en un volumen uniforme a lo largo de todo el año, o bien si es estacional, es decir, que el mayor volumen de la misma se lleva a cabo en uno o varios períodos concretos del año. A través de esta información el banco puede otorgar el crédito reduciendo el riesgo de no recuperar la inversión.

¿Cuánto comercializa?

Se refiere a la cifra anual de ventas, la que se consigue a través de la cuenta de explotación presentada por el cliente. Por tratarse de una cifra anual, puede no resultar muy significativa en ciertos sectores cuyas ventas son estacionales, en este caso el informe debe corresponder al último período de ventas.

¿A quién comercializa?

Saber a qué público se dirige el producto o servicio que comercializa el cliente es importante por cuanto ello servirá para evaluar el nivel de riesgo y de dependencia de los clientes, así como la concentración de su comercialización.

¿Dónde comercializa?

Se debe tener presente la situación geográfica y la distribución de los clientes de la empresa. Con la globalización de la economía, las empresas ven facilitada la tarea de distribución de sus productos; no obstante, dependiendo de la situación geográfica de los clientes, los costos de la logística, distribución, transporte, almacenaje serán mayores o menores.

¿Cómo comercializa?

El banco debe conocer las condiciones de ventas de sus clientes, el tipo de documento de cobro, los descuentos y las bonificaciones. También es de vital importancia conocer el nivel de impagos de la empresa.

b) Aprovisionamiento.

Al analizar las compras se debe responder a las siguientes cuestiones:

¿Qué compra?

El banco debe saber que productos compra la empresa para su posterior fabricación, ensamblaje o comercialización, es decir, que si los productos que compra son materia prima, semielaborados o productos acabados para su consumo o para su venta directa.

¿Cuánto compra?

La cifra anual de compras se obtiene a través de la cuenta de resultados presentada por el cliente. Se debe tener presente que esta cifra no tiene por qué ser proporcional a las ventas en vista de en ocasiones las empresas cierran el ejercicio con un volumen de compras superior al previsto, esto puede ser por:

- Previsión de una subida en los precios.
- Un pedido importante que se deberá servir en el próximo ejercicio.
- Estrategias empresariales ante competidores, proveedores o clientes.

¿A quién compra?

El banco debe preguntar por el proveedor que suministra los productos a la empresa; información que servirá para evaluar el nivel de riesgo y de dependencia de sus proveedores, así como la concentración de sus compras.

¿Dónde compra?

Por medio del origen de los suministros se obtienen datos tales como el tiempo de recepción y la incidencia que los medios de transporte tienen en los costes de la empresa; por tal razón es importante que los proveedores estén ubicados lo más cerca posible de la empresa para reducir los riesgos y costos del transporte y del almacenaje.

¿Cuándo compra?

Es importante tener en cuenta la periodicidad con que las empresas compran sus productos, debido a que no todas lo hacen con la misma frecuencia; algunas deben aprovisionar mercancías, en ocasiones motivadas por una posible subida de precios, una posible falta de suministro o una necesidad puntual para hacerle frente a un pedido especial. Sin embargo, hay empresas que debido a su actividad estacionaria deben hacer sus compras en períodos determinados.

¿Cómo compra?

El banco debe conocer las condiciones de compra de sus clientes impuestas por los proveedores, es decir, los sistemas de pago que utilizan, el plazo al que atienden sus pagos y el crédito que reciben de los proveedores.

c) Producción y tecnología.

Aquí es importante cuestionarse sobre:

¿Qué produce?

El banco debe conocer los procesos productivos de las empresas, la gama de productos que fabrica y su comercialización; igualmente conviene saber si la empresa diseña sus productos, esto con la finalidad de calcular la incidencia que tiene la creatividad o el diseño en el valor del producto.

¿Cuánto produce?

Se debe conocer la cantidad producida por la empresa, tanto en unidades como en valor, esto con la finalidad de monitorear si el cliente está haciendo uso adecuado de los recursos.

¿Cuándo produce?

La importancia de conocer los ciclos de producción es que en los procesos productivos tienen gran influencia las estacionalidades del negocio. Cada producto tiene un ciclo de explotación que genera necesidades de planificación, de compra, de almacenaje y financiación.

¿Cómo produce?

El banco debe saber si la empresa tiene el control y la responsabilidad de todo el proceso productivo, si trabaja bajo subarriendo de otro fabricante o si, por el contrario, subcontrata los servicios de otro fabricante.

También es importante que el banco conozca si la tecnología utilizada es de la empresa o de otra sociedad o persona vinculada; si pertenece a una empresa de *leasing*, es necesario conocer la parte pendiente de pago. Otro aspecto a tener presente es la evaluación del nivel tecnológico de las instalaciones, su posible obsolescencia, su óptima utilización, así como las previsiones de innovación de la empresa. La maquinaria es la base de la calidad y la competitividad, por ello se trata de valorar si la empresa tiene un nivel tecnológico para poder competir y asegurar la devolución del préstamo.

d) Recursos humanos.

Los recursos humanos son la base del éxito de una empresa siempre que se hayan contratado aquellas personas que se adapten mejor al perfil de cada puesto de trabajo.

En el análisis de los recursos humanos, el banco debe conseguir información sobre:

- El equipo humano.
- El consejo de administración.
- La dirección ejecutiva.
- La alta dirección y los mandos intermedios.
- La política laboral.
- El clima laboral.
- La conflictividad en el sector.
- La formación.
- Los incentivos.

e) Organización empresarial.

Hace referencia a cada una de las partes en las cuales se divide la empresa y su coordinación.

e.1. Organigrama de la empresa:

- **Equipo operacional:** Operarios que realizan el trabajo relacionado directamente con la producción.
- **Equipo directivo:** Equipo encargado, por un lado, de que la empresa cumpla con sus objetivos y, por otro, de satisfacer los intereses de quienes tiene algún tipo de relación con la empresa.
- **Equipo supervisor de la producción:** Equipo que controla y coordina directamente al equipo operacional.

- **Equipo de apoyo:** Cada uno de los equipos organizados en departamentos o áreas encargadas de una parte de la organización empresarial, sin estar relacionados directamente con la producción.

7.1.2. Concentración y dependencia.

Se entiende por concentración una situación en la que intervienen pocos elementos que ocasionan una diversificación insuficiente del riesgo y aumenta la probabilidad de fracaso por parte de las empresas y, por consiguiente, la imposibilidad de recuperar el crédito.

Por dependencia se entiende aquella situación en la que la empresa está dominada por elementos externos, que ocasionan una diversificación mínima del riesgo y aumenta la probabilidad de fracaso por parte de las empresas.

La concentración y dependencia se puede presentar en relación a:

- Clientes.
- Proveedores.
- Entidades financieras.
- Recursos humanos.
- Productos o servicios.
- Mercado.
- Producción y tecnología.
- Climáticas.
- Jurídicas.
- Políticas, etcétera.

7.1.3. Factores de éxito y fracaso de las empresas.

Se debe tener presente que el riesgo anuncia su llegada a través de una serie de síntomas que se deben considerar como elementos de fracaso o puntos débiles de las empresas. Ante la presencia de alguno de ellos, las empresas deben tomar las medidas correctoras convenientes y las entidades bancarias deben actuar con cautela.

a) Factores de éxito de las empresas.

Los bancos al momento de estudiar una solicitud de crédito deben tener en cuenta si la empresa funciona bajo la presencia de algunos de los factores de éxito, tales como:

- Empresario o gerente con carácter y formación profesional.
- Cualidades personales del empresario.
- Cualidades profesionales del empresario.
- Contar con productos o servicios de gran éxito.
- Llevar a cabo una política financiera adecuada.
- Personal formado y motivado.
- Circuito de producción optimizado.

b) Factores de fracaso de las empresas.

De igual forma que se estudian los factores del éxito de las empresas debe hacerse, por parte del banco, un riguroso análisis que le permita

determinar la existencia de puntos débiles que pueden hacer que la empresa no resulte atractiva para financiarla. Dichos puntos pueden ser:

- Excesivo crédito a los clientes.
- Nivel de existencias elevado.
- Excesivo endeudamiento.
- Excesivo crédito de proveedores.
- Excesivo endeudamiento bancario.
- Nivel de concentración o dependencia elevado.
- Falta de formación o experiencia.
- Negocios especulativos.

Una vez que se conoce la empresa solicitante desde el punto de vista cualitativo, el banco debe proceder a realizar el análisis cuantitativo de la misma que le permita conocer integralmente a la empresa solicitante.

7.2. Análisis cuantitativo de la empresa⁴¹.

En el análisis de los aspectos cuantitativos de la empresa, el banco debe analizar cada uno de los estados contables. Para ello se deben realizar distintos estudios, tales como: análisis patrimonial y financiero, análisis económico, análisis de la rentabilidad y la autofinanciación y análisis del fondo de maniobra.

Antes de conocer a que se refiere cada uno de los análisis antes mencionados abordaremos lo conducente a los estados contables.

⁴¹ Jaume Tomás, op., cit. , pp. 137 – 183.

7.3. Los estados contables.

Cuando desde la banca se analiza a una empresa, es imprescindible disponer de los denominados estados contables, los que están integrados por el resultado de flujo de tesorería, el balance de situación y la cuenta de resultados. Los más utilizados comúnmente son los dos últimos, ya que no es fácil que las empresas faciliten el estado de flujo de tesorería.

7.3.1. Estado de flujo de tesorería.

La tesorería es el dinero en efectivo que una empresa tiene. En ella se incluyen el dinero en caja y en cuentas corrientes bancarias. También se pueden incluir dentro de la tesorería las inversiones financieras que son convertibles en dinero en forma inmediata. Dado que uno de los objetivos de cualquier organización es poder atender puntualmente sus compromisos de pago, el control de los movimientos y saldos de tesorería constituyen una actividad de máxima importancia. Los movimientos de tesorería son los cobros o entradas de dinero y los pagos o salidas de dinero; tanto los cobros como los pagos se refieren a cuatro tipo de actividades:

- **Actividades ordinarias:** Relacionadas con la actividad típica de la empresa.
- **Actividades de inversión:** Relacionadas con la adquisición o venta de elementos que están en la empresa más de un año; también se incluyen las operaciones relacionadas con inversiones financieras.

- **Actividades de financiación:** Relacionadas con la obtención o devolución de dinero para financiar la empresa. Incluyen las relacionadas con la aportación de fondos por parte de los accionistas, el pago de los dividendos o la devolución de un préstamo al banco.
- **Actividades extraordinarias:** No están relacionadas con la actividad típica de la empresa; suelen ser esporádicas e, inclusive, imprevistas.

7.3.2. El balance de situación.

Es un estado contable que refleja la situación patrimonial de la empresa y se compone por los bienes, derechos y deudas que tiene la empresa en un momento dado. Los bienes y derechos integran el activo del balance; las deudas forman parte del pasivo y la diferencia entre ambos es el patrimonio neto de la empresa.

7.3.3. La cuenta de resultados.

Es un documento contable en el que se informa de los ingresos, gastos y resultado que sean producido en un determinado período. Cuando el resultado es positivo se denomina beneficio; en caso contrario de denomina pérdida.

7.4. Análisis patrimonial y financiero.

Este análisis permite diagnosticar la liquidez, el endeudamiento, la rotación de los activos y la gestión de cobros y pagos.

7.5. Análisis económico.

Este sirve para diagnosticar la evolución de los ingresos y gastos y, por lo tanto, del resultado.

7.6. Análisis de la rentabilidad y la autofinanciación.

Al analizar la rentabilidad se pretende conocer lo que la empresa genera a través de la cuenta de pérdidas y ganancias, es decir, se procura observar si la empresa genera suficientes ingresos como para pagar el crédito y sus intereses.

La autofinanciación es la inversión de recursos en la empresa que ella misma genera, es decir, es importante que la empresa invierta parte del dinero que produce en el crecimiento del negocio, lo que le dará mayor capacidad de pago del crédito.

7.7. Análisis del fondo de maniobra.

Es una etapa indispensable del estudio financiero, ya que permite conocer la estructura patrimonial que más le conviene a una determinada empresa. El estudio del fondo de maniobra concreta para cada empresa su situación ideal específica.

8. La Ley de Bancos y las Normas Prudenciales: Clave para la reducción de los riesgos en las operaciones de crédito.

8.1. Limitaciones y previsiones para otorgar crédito, según la Ley de Bancos.

Partiendo del hecho de que nuestra legislación bancaria establece un límite para el otorgamiento de crédito a las llamadas partes relacionadas, a la Superintendencia de Bancos no le queda más que reglamentar, por medio de las ***Normas Prudenciales***, la aplicación de lo establecido en el Artículo 50 de la Ley General de Bancos, que se refiere a la limitación de concentración de créditos a partes relacionadas y a unidades de interés.

Dentro de este contexto el citado artículo 50 de la Ley General de Bancos dice:

Arto. 50. Los créditos de los bancos sólo podrán otorgarse dentro de las limitaciones y previsiones establecidas en presente artículo. A este efecto, se establecen las siguientes definiciones y limitaciones.

8.2. Partes relacionadas con un banco.

Se consideran partes relacionadas con un banco, las siguientes:

a) Los accionistas que, bien sea individualmente o en conjunto con otras personas naturales o jurídicas con las que mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas, posean un cinco por ciento (5%) o más del capital pagado del banco.

b) Los miembros de su Junta Directiva, el Ejecutivo Principal así como cualquier otro funcionario con potestad, individual o colectiva, de autorizar créditos sustanciales, calificados de acuerdo a normativas generales establecidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia. De igual forma estarán incluidas las personas jurídicas con las que tales miembros y funcionarios mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas.

c) Los cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas naturales incluidas en alguno de los literales anteriores, así como las personas jurídicas con las que tales cónyuges y familiares mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas.

d) Las personas jurídicas con las que el banco mantenga directa o indirectamente vinculaciones significativas.

8.3. Vinculaciones significativas.

Existen vinculaciones significativas en cualesquiera de los siguientes casos:

a) Cuando una persona natural, directa o indirectamente, participa como accionista en otra persona jurídica en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio, directo o indirecto, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje.

b) Cuando una persona jurídica, directa o indirectamente, participa en otra persona jurídica o ésta participa en aquella, como accionista, en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio, directo o indirecto, sobre un derecho a voto equivalente o superior al mismo porcentaje.

c) Cuando dos o más personas jurídicas tienen, directa o indirectamente, accionistas comunes en un porcentaje equivalente o superior al 33% de sus capitales pagados o cuando unas mismas personas naturales o jurídicas ejercen control, por cualquier medio, directo o indirecto, en aquéllas personas jurídicas, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje.

d) Cuando por cualquier medio, directo o indirecto, una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante sobre la Junta de Accionistas o Junta Directiva; la administración o gerencia; en la determinación de políticas, o en la gestión, coordinación, imagen, concentración o realización de negocios, de otra persona jurídica, por decisión del Superintendente.

e) Cuando, por aplicación de las normas generales dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, el Superintendente pueda presumir, que una persona natural o jurídica o varias de ellas mantienen, directa o indirectamente, vinculaciones significativas entre sí o con otra persona jurídica, en virtud de la presencia de indicios de afinidad de intereses.

A este respecto, se consideran indicios de vinculación significativa por afinidad de intereses, entre otros: la presencia común de miembros de Juntas Directivas; la realización de negocios en una misma sede; el otorgamiento de créditos por montos excesivos en relación con el capital, de favor o sin garantías; el ofrecimiento de servicios bajo una misma imagen corporativa; la posibilidad de ejercer derecho de veto sobre negocios; la asunción frecuente de riesgos compartidos; la existencia de políticas comunes o de órganos de gestión o coordinación similares, y los demás que se incluyan en las referidas normas.

Estas presunciones admiten prueba en contrario.

8.4. Manifestaciones indirectas.

En los casos que el presente artículo hace referencia a vinculaciones significativas, participaciones, medios y cualesquier otra manifestación de carácter indirecta, deben entenderse que tales manifestaciones se refieren a situaciones donde se evidencie la celebración de actos o contratos, la existencia de hechos o la intervención de terceras personas, que produzcan efectos equivalentes a aquéllos que se producirían de manera directa. Estas evidencias admiten prueba en contrario.

8.5. Limitaciones de crédito a partes relacionadas.

Los bancos sólo podrán otorgar, directa o indirectamente, créditos a sus partes relacionadas, en los siguientes términos:

a) El monto de los créditos otorgados por un banco a cada una de sus partes relacionadas, individualmente consideradas, así como a cada una de las personas naturales o jurídicas con las cuales una parte relacionada mantenga vinculaciones significativas, no podrá exceder en cada caso de un 15% de la base de cálculo del capital.

b) El total de los créditos concedidos por un banco a todas sus partes relacionadas no podrá exceder, en su conjunto, de un 60% de la base de cálculo del capital.

En cualquier caso, los créditos a partes relacionadas deben concederse en condiciones que no difieran de las aplicables a cualquier otro cliente no relacionado con el banco, en circunstancias similares. Igualmente, dichos créditos deben ser concedidos mediante aprobación expresa de cada solicitud por parte de la Junta Directiva del Banco que los otorgue.

8.6. Limitaciones de créditos a unidades de interés.

Tampoco podrán los bancos otorgar créditos, directa o indirectamente, a una misma persona natural o jurídica, considerada en conjunto con aquellas personas naturales o jurídicas que integren con ella una misma unidad de interés por la existencia de vinculaciones significativas o riesgo compartido, por un monto que exceda en conjunto del 25% de la base de cálculo del capital del banco, si el solicitante es parte relacionada del banco, o del 30% en caso que no lo sea. A los efectos de este artículo se consideran formando parte de una misma unidad de interés, las siguientes personas naturales o jurídicas:

a) Si el solicitante de crédito es una persona natural, formarán con éste una misma unidad de interés, su cónyuge y sus familiares dentro del segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como las personas jurídicas que directa o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con el solicitante, su cónyuge y sus indicados familiares.

b) Si el solicitante de crédito es una persona jurídica, formarán con ésta una misma unidad de interés, las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con dicho solicitante.

9. Normas prudenciales emitidas por la Superintendencia de Bancos, sobre limitaciones y concentración de créditos a partes de relacionadas y unidades de interés.

Las normas prudenciales son regulaciones tanto generales como específicas que emite la Superintendencia de Bancos alrededor de aspectos de vital importancia para la intermediación de recursos financieros, todo con el fin de promover la solvencia y la liquidez a favor del interés, la seguridad y la confianza del público contratante con dichas entidades. Estas regulaciones han de estar supeditadas y armonizadas a la vigencia de las Leyes especiales que el Estado dicta para el Sistema Financiero.

Dentro de este marco, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos apoyado en las disposiciones legales consignadas en el Arto. 10,

incisos 1 y 4 de la Ley 316, y cumpliendo con su obligación de velar por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a los bancos y teniendo en consideración que la diversificación del riesgo en la intermediación de los recursos de los cuentahabientes es elemento fundamental para garantizar la solvencia del Sistema Financiero; y que el establecimiento de límites en el otorgamiento de crédito a las partes relacionadas tiene un efecto benéfico, en cuanto evita el favoritismo y por tanto da una mayor disponibilidad de recursos para un conjunto más amplio de clientes de las instituciones financieras, dicta la "*Norma prudencial sobre limitaciones de concentración de créditos a partes relacionadas y unidades de interés*"⁴²".

9.1. Definición de créditos otorgados.

Para efectos de las limitaciones de concentración de crédito a partes relacionadas y unidades de interés, el cómputo del total de créditos otorgados a un mismo deudor será la sumatoria de las obligaciones directas e indirectas, efectivas y contingentes asumidas por el mismo, incluyendo además los saldos no utilizados de líneas de crédito confirmadas. Salvo los montos cubiertos por garantías líquidas.

9.2. Definición de créditos sustanciales.

Cuando el Arto. 50, numeral 1, inciso b, de la Ley General de Bancos hace referencia a créditos sustanciales, se debe entender como tales aquellos

⁴² Resolución CD-SIB-187-1- Noviembre 16-2001; publicada en la Gaceta, Diario Oficial Número 8 del 14 de Enero de 2002.

créditos otorgados por montos en exceso de cien mil dólares (\$100,000.00) de los Estados Unidos de América o el equivalente en moneda nacional.

9.3. Influencia dominante.

De conformidad al Arto. 50, numeral 2, inciso d, de la Ley General de Bancos, el Superintendente podrá determinar que una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante sobre otra persona jurídica cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la primera persona natural o jurídica controla o representa, directa o indirectamente, en la segunda persona jurídica, un derecho de voto mayor al veinte por ciento (20%) del capital y superior al que controle o represente, directa o indirectamente, en esta segunda persona jurídica, cualquier otra persona natural o jurídica.

- b) Cuando la primera persona natural o jurídica controla o representa, directa o indirectamente, un derecho de voto de por lo menos un veinte por ciento (20%) del capital de la segunda persona jurídica, y además se encuentra entre los tres mayores accionistas de esta misma persona jurídica, y forma parte de su Junta Directiva o es su principal ejecutivo o apoderado.

- c) Si se presenta cualquier otro tipo de evidencia de que la primera persona natural o jurídica ejerce, directa o indirectamente, en la segunda persona jurídica, una influencia equivalente o que controlara, directa o indirectamente, un derecho de voto equivalente o superior al control del

treinta y tres por ciento (33%) del capital de esta segunda persona jurídica.

9.4. Presunción de vinculaciones significativas.

El Superintendente podrá presumir que una persona natural o jurídica o varias de ellas mantienen, directa o indirectamente, vinculaciones significativas entre sí o con otra persona natural o jurídica, cuando se presente, evidencia de cualquiera de los siguientes indicios de afinidad de intereses:

- a) Una persona natural o jurídica, sea ésta constituida en el país o en el exterior, es deudor de otra persona natural o jurídica, sin que el patrimonio y/o los ingresos de la primera sean suficientes en relación al monto de los créditos concedidos a ella por la segunda, o que no existan antecedentes respecto de las actividades que desarrolla.

- b) Un deudor ha recibido créditos en condiciones notoriamente favorables en comparación con los otros deudores del mismo acreedor, sin que exista alguna situación objetiva que lo justifique desde el punto de vista financiero; o un tal deudor ha obtenido tratamientos notoriamente favorables en los depósitos y/o en otros servicios que el acreedor le preste.

- c) El representante legal de una persona jurídica deudora de una institución financiera es, a la vez, representante legal de una persona jurídica vinculada significativamente a la institución financiera acreedora y no existen antecedentes respecto de los propietarios de la

persona jurídica deudora, de la situación patrimonial de éstos o de su giro efectivo.

d) Existe contabilidad centralizada entre un deudor y una persona jurídica vinculada significativamente con la institución financiera acreedora; o dos personas naturales o jurídicas cualesquiera tienen contabilidad centralizada.

e) Un deudor mantiene la misma administración en común con una persona natural o jurídica vinculada significativamente con la institución financiera acreedora; o dos personas naturales o jurídicas cualesquiera mantienen entre sí una misma administración.

f) Existe evidencia que hace presumir que los créditos otorgados a una persona natural o jurídica serán usados en beneficio de otra, que no sea en virtud de una relación de crédito comercial normal.

g) Existe evidencia que hace presumir que los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen, directa o indirectamente, de otra, que no sea en virtud de una relación de crédito comercial normal.

h) Un deudor mantiene cuentas por cobrar que representan un veinte por ciento (20%) o más de su activo con otras personas naturales o jurídicas, y no existe un giro de negocio que justifique la existencia de dichas cuentas.

i) Un deudor mantiene relaciones de negocios comunes y realiza sus operaciones en una misma sede con una persona natural o jurídica vinculada significativamente con la institución financiera acreedora; o dos personas naturales o jurídicas cualesquiera mantienen entre sí relaciones de negocios comunes y realizan sus operaciones en una misma sede. Se entiende por sede cualquier local objeto de título de propiedad, contrato de condominio, o contrato de alquiler.

j) Un deudor presta servicios bajo una misma imagen corporativa con una persona natural o jurídica vinculada significativamente con la institución financiera acreedora; o dos personas naturales o jurídicas cualesquiera prestan servicios bajo una misma imagen corporativa.

k) Existe la asunción frecuente o permanente de riesgos compartidos que no sean en virtud de una relación de crédito normal entre el deudor y una persona natural o jurídica vinculada significativamente a la institución financiera acreedora; o se da la misma circunstancia entre dos personas naturales o jurídicas cualesquiera.

l) Una persona jurídica actúa, para efectos prácticos, como división o departamento de otra persona jurídica.

m) Una persona natural o jurídica ejerce efectivamente un derecho de veto sobre los negocios de otra persona jurídica...

Las presunciones basadas en los indicios anteriormente enumerados admiten prueba en contrario. Dicha prueba deberá demostrar que la respectiva

circunstancia no lleva consigo una afinidad de interés cuyos efectos sean por lo menos equivalentes a cualquiera de las determinantes de vinculaciones significativa establecidas en el Arto. 50, numeral 2, incisos a), b), c) y d) de la Ley General de Bancos.

9.5. Manifestaciones indirectas.

Estas se encuentran contempladas en el Arto. 50, numeral 3 de la Ley General de Bancos; y al efecto debe entenderse que tales manifestaciones se refieren a situaciones donde se evidencie la celebración de actos o contratos, la existencia de hechos o la inversión de terceras personas que, a juicio del Superintendente, produzca efectos equivalentes a aquellos que se producirían de manera directa.

Sin perjuicio de otras posibles bases para establecer o presumir la existencia de manifestaciones indirectas, en los casos en que el Superintendente haya determinado que una persona jurídica ejerce influencia dominante sobre otra persona jurídica, podrá considerar que los socios de la primera persona jurídica tienen una participación indirecta en la segunda persona jurídica. En tales casos, la participación indirecta de dichos socios en la segunda persona jurídica se calculará como producto del porcentaje de su participación directa en el capital de la primera persona jurídica por el porcentaje de participación de dicha primera persona jurídica en el capital de la segunda.

Las evidencias de manifestaciones indirectas admiten prueba en contrario.

9.6. Acciones correctivas y plazos.

En el caso que se presente excesos sobre los límites de concentración establecidos, la institución financiera deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Estando firme la correspondiente resolución del Superintendente, provisionar de inmediato en un cien por ciento (100%) el exceso de cartera neta de provisiones ya constituidas.

- b) No repartir utilidades mientras los límites estén excedidos;

- c) Corregir el exceso en un período no mayor a 180 días.

9.7. Sanciones.

Las institución financiera que incumpla con los límites establecidos en el Arto.50 de la Ley General de Bancos, será merecedora de multa, por cada infracción, de acuerdo con lo establecido en la Normativa General sobre Imposición de Multas, las cuales oscilan entre cincuenta mil (C\$50,000.00) y doscientos mil (C\$200,000.00) córdobas.

Por otra parte , la institución financiera deberá informar mensualmente a la Superintendencia sobre los totales de créditos otorgados a cualquier unidad de interés, sea parte relacionada o no que represente más del diez por ciento (10%) de la base de cálculo del capital, a cada deudor relacionado, y al total de estos últimos.

Así mismo, la Junta Directiva de la Institución deberá conocer al menos trimestralmente sobre los totales de créditos otorgados a cualquier unidad de interés, sea parte relacionada o no que represente más del diez por ciento (10%) de la base de cálculo del capital, a cada deudor relacionado, y al total de estos últimos, dejar constancia al respecto en actas. De igual forma, la Junta Directiva deberá informar anualmente a la Asamblea General de Socios.

9.8. Pruebas en contrario y recursos.

La presentación de pruebas en contrario y recursos se regirán de acuerdo a los siguientes plazos:

- a) El plazo para presentar pruebas ante la Superintendencia, será de 30 días.
- b) El plazo para la evaluación de pruebas, será de 15 días.
- c) Para la presentación y evaluación de los recursos de reposición y apelación al Consejo Directivo de la Superintendencia de acuerdo a lo establecido en el reglamento correspondiente.

Como hemos observado, en materia de reducción de riesgos en las operaciones de crédito, el papel que juega la Superintendencia de Bancos va encaminado a desarrollar los preceptos contenidos en la Ley General de Bancos, de manera tal que se homogenice, entre los bancos, la aplicación e interpretación del artículo 50 de la mencionada Ley.

Posición que es del todo mala, pero sí resulta insuficiente e incongruente con la actividad a que está llamado a realizar el supervisor, la cual reclama un comportamiento más firme y beligerante, encaminado a funcionar como un efectivo mecanismo de alerta temprana y eficiente en la reducción de los riesgos incorporados en las operaciones de crédito. Para ello tiene que dejar perfectamente definidos los procedimientos que los bancos han de observar desde el momento en que se les presentan las solicitudes de crédito hasta su otorgamiento o denegación.

Conclusiones.

1. La estabilidad del Sistema Financiero Nacional está en manos de la Superintendencia de Bancos, ésta razón la obliga a poner en funcionamiento todo un sistema que esté dirigido a señalar las directrices conforme a las cuales se tiene que ejercer la actividad bancaria por excelencia, el crédito.
2. Nuestro ordenamiento jurídico dota a la Superintendencia de Bancos de amplias facultades, las que hacen casi irrestricto el desempeño de sus funciones, para que dicte las normas que tengan a bien evitar el otorgamiento de recursos bajo excesivos niveles de riesgo que comprometan la solvencia del banco.
3. Debido a la amplitud de facultades que se le otorgan a la Superintendencia de Bancos y a su notoria falta de ejercicio, nos parece totalmente inaceptable el papel que como regulador ha venido desempeñando, hasta hoy, frente al ejercicio de la actividad crediticia; lo que nos lleva a considerar que nuestro supervisor aún no ha comprendido la justa dimensión de la labor a él encomendada, esto debido a:
 - a) Que no existe un mecanismo que establezca el mínimo de información que el banco debe obtener de sus clientes antes de concederles el financiamiento solicitado.

b) Que no existe un marco regulatorio que establezca el procedimiento dentro del cual se otorguen créditos a las partes relacionadas con el banco, sino que las únicas normas “prudenciales” que a este respecto se han dictado abarcan aspectos simplemente interpretativos del artículo 50 de la Ley de Bancos, lo que resulta insuficiente para controlar y reducir los riesgos propios de la actividad.

4. Resulta inevitable no cuestionarse sobre: ¿por qué la superintendencia de bancos no hace uso de todas las facultades que le confiere la ley? La respuesta a esta pregunta quizá jamás la conoceremos, pero lo que sí todos conocemos, son las traumáticas consecuencias que han significado para el país dicha omisión.

Recomendaciones.

1. Que nuestra Superintendencia de Bancos adopte la posición que verdaderamente le corresponde frente al negocio bancario, y en consecuencia:
 - a) Dicte la correspondiente norma en donde se establezca el mínimo de información que los bancos deben de obtener de sus clientes respecto al negocio que se les propone financiar.
 - b) Deje perfectamente señalado, mediante norma, el procedimiento a seguir en las solicitudes de crédito que realicen las partes relacionadas con el banco.

Bibliografía.

1. Bollini Shaw, Carlos y Eduardo J. Boneo Villegas.
“Manual para Operaciones Bancarias y Financieras”. 3ra. Edición, Editorial ABEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1979.
2. Cabanellas G, Fargosi H P y otros.
“Temas de Derecho Comercial Moderno”. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1998.
3. Díaz Arias, Rafael.
“Aspectos de la Supervisión Financiera”. s.e., s.l., 1993.
4. Escobar Fornos, Iván.
“Contratos II”. Editorial UCA, Managua, Nicaragua 1991.
5. González Vega, Claudio y Edna Camacho Mejía.
“Regulación, Competencia y Eficiencia de la Banca Costarricense.” Litografía e Imprenta LIL, S.A. San José, Costa Rica, 1994.
6. Graco, Paolo.
“Curso de Derecho Bancario.” Editorial JUS, México, 1945.
7. Londoño Hoyos, Fernando.
“Naturaleza y estructura jurídica de la banca en América Latina.”

Editorial KELLY, Bogotá, Colombia, D.E. 1979.

8. Martínez Neira, Néstor.

“Sistemas Financieros.” Editorial Retícula, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994.

9. Navarro Deshón, Angel.

“El desarrollo del Sistema Financiero y la Supervisión de 1991-1996.”

10. Pérez Santiago, Fernando.

“Síntesis de la Estructura Bancaria y el Crédito.” s.e., México, 1978.

11. Recio N. , José y Julio A. Viller.

“EL Banco Central y la Intermediación Financiera.” Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.

12. Rodríguez Azuero, Sergio.

“Contratos Bancario.” Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1990.

13. Sandoval López, Ricardo.

“Nuevas Operaciones Mercantiles.” 3ra. Edición, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1996.

14. Tomás, Jaume y Amat Oriol.

“Cómo Analizan las Entidades Financieras a sus Clientes.” Editorial Gestiones 2000, S.A. ,Barcelona, España, 1999.

15. Ware, Derrck.

“Principios Básicos de la Supervisión Financiera.” s.e. , México, 1997.

16. La Gaceta, Diario Oficial, No. 126. Ley No. 316. “Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras.” Managua, Nicaragua, 14 de Octubre de 1999.

17. La Gaceta, Diario Oficial, No. 197. Ley No. 317. “Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua.” Managua, Nicaragua, 15 de Octubre de 1999.

18. La Gaceta, Diario Oficial, Nos. 198, 199, 200. “Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros.” Managua, Nicaragua, 18, 19 y 20 de Octubre de 1999.