

Los nuevos paradigmas regulatorios y contractuales de Derecho Bancario, Financiero y Bursátil en la actualidad

Julio Hernán Figueroa Bustamante¹

1. Resumen

El presente ensayo analiza las orientaciones actuales y los futuros desarrollos del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil, a su vez se subrayará su complementariedad notoria y la vinculación existente entre los paradigmas.

Es conveniente precisar que la estabilidad monetaria y financiera constituyen elementos indispensables para un desarrollo de las actividades de financiamiento empresarial que se realizan en el Sistema Financiero y en el Mercado de Valores los que a su vez requieren claras reglas de juego, continuidad de políticas macroeconómicas y el apoyo a la promoción de la inversión privada.

La política financiera del Estado a través del Ministerio de Economía y Finanzas está integrada por una buena política fiscal, presupuestal y de endeudamiento e inversión pública que contribuyen a una mayor recaudación tributaria que permite al Estado apoyar actividades fundamentales como la educación, salud, seguridad, justicia, promoción del empleo y los servicios públicos; unido a la estabilidad monetaria preservada autónomamente por el BCR, mediante el buen manejo de los instrumentos especializados como las tasas de interés, el encaje, el redescuento, los límites de crédito y las operaciones de mercado abierto, aplicadas según políticas monetarias expansivas o restrictivas de la cantidad de dinero en el mercado.

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP ejerce en representación al Estado el control de las empresas del Sistema Financiero y Previsional, asegurando que sus organizadores reúnan los requisitos de solvencia, establecidos legalmente que les permitan contar con una autorización de funcionamiento y que desarrollen sus operaciones y contratos bancarios en armonía con la Constitución, la legislación bancaria nacional y los Convenios Internacionales Basilea, respetando el secreto bancario, las garantías de crédito, la protección del consumidor financiero, la administración del riesgo crediticio y la transparencia de sus actividades. Asimismo, brindando las condiciones de regulación y supervisión requeridas en favor de los clientes previsionales de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Como también, el Mercado de Valores impulsa el financiamiento corporativo con la supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores que regula, promueve y supervisa el desarrollo de las actividades de las Sociedades Emisoras de Valores y Sociedad Agentes de Bolsa.

Palabras clave: banca, bolsa, finanzas, contratación, regulación, consumidor.

Abstract: *This essay analyzes the current orientations and future developments of banking, financial and securities law, in turn highlighting their notorious complementarity and link between those mentioned.*

Monetary and financial stability are essential elements for an orderly development of business financing activities that are developed in the Financial System and the Stock Market,

¹ Julio Hernán Figueroa Bustamante, Profesor de Derecho Comercial, Bancario y Financiero de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Lima – Perú.

which in turn require clear rules of the game, continuity of macroeconomic policies and support for the promotion of private investment.

The financial policy of the State through the Ministry of Economy and Finance is made up of a good fiscal, budgetary and indebtedness policy and public investment that contributes to a higher tax collection that allows the State to support fundamental activities such as education, health, security, justice, promotion of employment and public services; together with the monetary stability preserved autonomously by the BCR through the proper management of specialized instruments such as interest rates, reserve requirements, rediscount, credit limits and open market operations, applied according to expansionary or restrictive monetary policies of the amount of market money.

The superintendency of banking and insurance exercises, on behalf of the State, the control of the companies of the financial system, ensuring that their organizers meet the solvency requirements, required that allow them to have an operating authorization and that they carry out their banking operations and contracts in harmony with the Constitution, national banking legislation and international Basel conventions, respecting bank secrecy, credit guarantees, financial consumer protection, credit risk management and the transparency of its activities.

Likewise, the securities market promotes corporate financing under the supervision of the Superintendency of the Securities Market, which regulates, promotes and supervises the development of the activities of the securities issuing companies.

Keywords: banking, stock market, finance, contracting, regulation, consumer.

2. Introducción

Es pertinente analizar las principales innovaciones y orientaciones del Derecho Bancario, Financiero y Bursátil, buscando destacar sus principales características, aproximaciones y las vinculaciones que mantienen entre sí con la finalidad de entender de manera holística y sistemática sus emblemáticas instituciones, aportes y relaciones.

Las finanzas públicas en el Perú desde 1991 han adquirido una importante distinción por su contribución al equilibrio financiero entre ingresos y gastos públicos, lo que ha permitido contribuir a la obtención de un adecuado desempeño macroeconómico y a la dinamización de la actividad productiva de bienes y servicios.

La solidez financiera brindada por la mayor recaudación tributaria, el equilibrio presupuestal, endeudamiento público y la inversión pública — factible y sustentable — generan un orden funcional que se refuerza con las buenas políticas monetarias establecidas por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) quien regula la cantidad de dinero que se emite responsablemente y ello garantiza la estabilidad monetaria que beneficiará a los inversionistas y agentes económicos intervinientes en el mercado, generando un círculo virtuoso para el ahorro y la inversión.

La política monetaria ha permitido garantizar el cumplimiento de las funciones económicas y jurídicas del dinero como medio de intercambio, depósito de valor, unidad y cuenta; como también un instrumento de crédito y, medio de pago para cancelar obligaciones dinerarias aplicándose la misma sobre los instrumentos de política monetaria como son las tasas de interés, el encaje, el redescuento, los límites de crédito y las operaciones de mercado abierto con el dinero emitido por el BCRP. Es en ese sentido, según esa oferta monetaria las empresas del Sistema Financiero captan el dinero del público y conjuntamente con su capital lo destinan a modalidades de crédito e

inversión, en una actividad de intermediación financiera que permite la transferencia de recursos financieros desde las unidades económicas superavitarias a las unidades económicas deficitarias.

Esa intermediación financiera es indirecta, por cuanto la presentación de una solicitud de crédito no necesariamente significa que será aprobada —hay todo un análisis previo de las garantías de crédito y de la calidad del sujeto de crédito— y también porque es muy difícil determinar de qué fuente provienen los fondos para el otorgamiento del crédito entre esa inmensa masa dineraria que administra el banco.

El sistema financiero actual se caracteriza por la banca múltiple, la liberalización financiera, la masividad de sus operaciones bancarias, la diversificación del riesgo, la internacionalización de sus actividades, la amplia protección del consumidor financiero, sus contratos por adhesión y por cláusulas generales de contratación.

Por otro lado, también debe destacarse el aporte de los contratos bancarios modernos como el *leasing*, el *factoring*, el *fideicomiso*, el *underwriting*, el *project finance* y el *forfaiting* que son importantes fuentes de financiamiento empresarial. Asimismo, es muy relevante la regulación del secreto bancario que protege la confidencialidad de las operaciones de depósito de los clientes —requiriéndose siempre el consentimiento del titular, salvo en los casos de excepción previstos en la legislación bancaria — para autorizar su levantamiento.

Así como también, es importante la regulación de las garantías del crédito como la hipoteca, la garantía mobiliaria, la anticresis, el derecho de retención y la novedosa figura del fideicomiso en garantía y las garantías personales tradicionales como son el aval y la fianza. Por otro lado, también es relevante la clasificación de los activos financieros conforme a su nivel de riesgo, los criterios de supervisión financiera consolidada a la totalidad del grupo empresarial financiero, las facultades disciplinarias de la SBS para disponer un régimen de vigilancia de intervención o de disolución y liquidación de la respectiva empresa.

También debe destacarse la internacionalización del Derecho Bancario expresada en la gran vinculación entre las empresas del Sistema Financiero nacional y los grandes centros financieros internacionales, así como por la influencia gravitante de las normas contenidas en los Convenios de Basilea aprobados por el Comité de Basilea que disciplinan la regulación financiera internacional para el buen funcionamiento del Sistema Financiero.

Como también es menester destacar la protección del consumidor financiero que busca consagrar los derechos de información veraz, suficiente y oportuna; la idoneidad de los productos y servicios financieros; el derecho a denunciar y demandar al mal proveedor ante INDECOPI y ante el Poder Judicial respectivamente.

3. Desarrollo

La existencia de un Sistema Financiero competitivo y confiable, el desarrollo de la liberalización financiera, la existencia de la Banca Múltiple, la diversificación del riesgo crediticio, la función social de la actividad bancaria —independientemente de su naturaleza de actividad mercantil representan los grandes objetivos del Derecho bancario nacional y comparado² (Figuerola Bustamante, 2009, 28).

En ese orden de ideas, se percibe una notoria sintonía entre los objetivos de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N°26702) con los grandes postulados y principios de las regulaciones de

²

Basilea como por ejemplo la supervisión bancaria consolidada, el tratamiento integral del riesgo financiero operativo y de mercado, la preocupación por la solvencia de los organizadores de las empresas del Sistema Financiero, la necesidad de brindar solidez y continuidad al patrimonio efectivo de los bancos, el adecuado tratamiento de los grupos financieros, la protección del secreto bancario -con las causales en las que se justifica su levantamiento-, los fondos de seguro de depósitos, el respeto y cumplimiento de los instrumentos de política monetaria. En esa orientación, debe destacarse la exigencia de requisitos de solvencia académica, profesional y gerencial que deben reunir los organizadores de las empresas para poder obtener la autorización de organización; como también la autorización de funcionamiento.

Asimismo, es importante la inscripción de las acciones representativas del capital social de las empresas en la Bolsa de Valores, dado que promueve una mayor vinculación entre el Sistema Financiero y el Mercado de Valores. En ese sentido es importante la conformación de grupos financieros integrados por empresas bancarias, financiera de seguros, sociedades agentes de bolsa y almacenes generales de depósito que brindan una cobertura muy amplia de actividades y operaciones de banca múltiple para asegurar mejor servicio a los consumidores y usuarios.

Por otro lado, la realización de operaciones internacionales como sostiene Villegas³ "permite el financiamiento de operaciones de comercio exterior, integrando las actividades de un sistema financiero internacional" (Villegas Carlos, 1998, 185). Se debe resaltar que el Derecho Bancario implica una conceptualización internacional e interdisciplinaria, puesto que combina entes reguladores y entidades financieras internacionales.

Ahora bien, las operaciones de *leasing* o también conocido como arrendamiento financiero, el *factoring*, el *fideicomiso* y las de *Project finance* brindan una importante contribución a la actividad industrial, como también a la recuperación de los créditos.

Profundizando en estas modalidades contractuales, en el contrato de *leasing* como señala Barreira⁴ "se propicia la adquisición de bienes muebles e inmuebles de consumo duradero y aprovechamiento -principalmente industrial- mediante una modalidad especial de arrendamiento inicial que contempla el ejercicio de una opción de compra de estos al terminar el pago de las cuotas o rentas mensuales consecutivas establecidas en el contrato de arrendamiento" (Barreira Delfino, 1996, 76).

En el contrato de *leasing* se puede distinguir clases o modalidades diversas como las siguientes:

Leasing financiero: con participación del banco financiera o empresa de leasing, pues el arrendatario y la empresa proveedora del bien acuerdan la posibilidad de ejercitar una opción de compra y convertirse de arrendatario en propietario.

Leasing operativo: el banco, la financiera o la empresa de Leasing arriendan directamente el bien mueble o inmueble al arrendatario. De la misma forma, en cuanto a la clase del bien existe distinción entre el leasing inmobiliario y leasing mobiliario, así como entre el leasing nacional y el leasing internacional que a su vez estas tienen sus propias particularidades.

"Por otro lado, el contrato de *factoring*, según Barbieri⁵ "tiene por finalidad que las empresas bancarias financieras adquieran facturas y letras de cambio emitidas por empresas

3 Carlos Gilberto, Villegas. Operaciones Bancarias (Editorial Rubzoni, 1998), (página 185)

4 Carlos Alberto, Barreira Delfino. El leasing financiero. (Editorial Roberto Guido, 1996), (página 76)

5 Barbieri. Pablo. Contratos de Empresa, (Editorial Universidad Buenos Aires, 1998) páginas 247 y 248.

clientes y que han sido aceptadas por diversos compradores" (Barbieri Pablo, 1998, 247 y 248).

De esta manera se contribuye al financiamiento empresarial y a la reducción de la cartera pesada o morosa. Como también permite que -generalmente- una pequeña o microempresa cuente con fuentes de financiamiento bancario para su actividad económica mediante la venta a una empresa factor que puede ser un banco, financiera o empresa de *factoring* de los títulos valores aceptados por sus clientes al momento de efectuar la adquisición de bienes. A su vez este contrato permite por su naturaleza de acto jurídico ofrecer otras prestaciones por parte de la empresa del sistema financiero a contribuir en la atención de su cartera crediticia morosa, así como en la asesoría financiera y administrativa del negocio que desarrolla la empresa PYME.

En lo que respecta al contrato de *underwriting segun Arias Schreibe*⁶ "el banco o financiera colocan en el mercado acciones representativas del capital social o bonos emitidos por sociedades anónimas que se quieren constituir mediante la modalidad de oferta a terceros, lo cual constituye una importante fuente de financiamiento empresarial a través el Mercado de Valores" (*Arias Schreiber, 1995, 118*).

De la misma forma en este tipo de contrato la empresa bancaria o financiera contribuye a la emisión y colocación de valores mobiliarios para posibilitar la constitución de la sociedad anónima o el aumento de su capital social mediante la colocación de bonos y acciones en el mercado de valores mobiliarios. Es conveniente precisar que el banco o la financiera se dedican regularmente a operaciones de intermediación financiera y en la eventualidad de que cualquiera de ellas adquiriera acciones de la empresa que contribuye a constituir mediante oferta a terceros, deberá proceder a la venta de dichas acciones en un plazo no mayor a 18 meses, porque el banco ha realizado esas operaciones con dinero del público y si a los 18 meses no las ha transferido deberá constituir provisiones contables con su propio patrimonio, lo cual representa un importante costo financiero que deberá valorar antes de su participación como agente financiero en estas operaciones.

En el caso del contrato de *fideicomiso* se trata de una relación jurídica entre el dueño del patrimonio fideicometido denominado fideicomitente, que lo transfiere a un banco o financiera fiduciaria para que esta lo administre en favor de un tercero llamando fideicomisario, bajo diferentes modalidades y finalidades. En ese sentido hay un desarrollo de vinculación o relación jurídica trilateral. El fideicomitente que es propietario de un patrimonio fideicometido que lo transfiere en dominio fiduciario a una empresa bancaria o financiera fiduciaria para que esta lo administre en beneficio del fideicomitente o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario del propio fideicomitente. El objeto del contrato, como señala Arias Schreibes, es que la empresa del sistema financiero administre dicho patrimonio con fines de administración, inversión, actividades culturales para constituir garantías, brindar apoyo a la comunidad o realizar actividades filantrópicas a favor de aquellas personas vulnerables, proyectos inmobiliarios, defensa de la voluntad del causante, fines sucesorios, entre otros. Es conveniente precisar que en la naturaleza jurídica del fideicomiso subyacen tres aspectos, el fideicomiso como negocio jurídico, el contrato de fideicomiso y el negocio jurídico fiduciario o de confianza.

En el contrato de *Project finance* el banco brinda recursos financieros para que los inversionistas desarrollen proyectos de considerable envergadura en cuanto a los contratos bursátiles, son acuerdos de voluntades que tienen por objeto obtener financiamiento empresarial corporativo mediante la oferta pública de valores mobiliarios, los contratos de futuros y opciones sobre materias primas, tasas de interés e índices bursátiles.

Además, la empresa que obtiene el apoyo financiero cumple con el pago de acuerdo con un cronograma de cuotas flexibles y cambiantes de conformidad con el desarrollo del proyecto de inversión y la generación de flujos financieros en los grandes proyectos como los de infraestructura vial, constituyendo un importante aliciente financiero por las características del contrato.

En atención a esta revisión de los contratos de underwriting, Project finance y factoring deberían tener una regulación clara y precisa que brinde seguridad jurídica a las empresas bancarias, asimismo a los consumidores en cuanto al alcance derechos y obligaciones.

Por otro lado, se debe destacar la función que cumplen los bancos, pues ellos brindan asesoría financiera como también apoyan la reestructuración empresarial para una recuperación de empresas en crisis dentro del proceso concursal. Asimismo, se verifica el desarrollo de la contratación bancaria moderna, masiva, estandarizada, internacionalizada, con importantes derechos reconocidos al consumidor, con una regulación general y mesurada, dado que, ofrecen mecanismos para lograr que el público perciba seguridad a la hora del depósito o préstamo de su dinero.

Cabe señalar que la participación de la banca a través de subsidiarias en el Mercado de Valores ha permitido una importante dinamización del mercado bursátil, participando con patrimonios diferentes a los que emplea para el desarrollo de sus operaciones cotidianas de intermediación financiera.

En los sectores bancario y bursátil, gran parte de la consulta internacional entre los entes reguladores bancarios durante los últimos años se gestiona de manera efectiva a través del Convenio de Basilea. El convenio de Basilea busca la mayor garantía en las operaciones de crédito y que a su vez las operaciones bancarias se encuentren orientadas por límites de crédito de acuerdo con el patrimonio efectivo de la institución financiera, así como las causales de inclusión, intervención, disolución y liquidación de las empresas por insuficiencia de capital o incumplimiento de los deberes de encaje.

Es importante, en la legislación bancaria, promover la existencia de un Sistema Financiero sólido, competitivo y confiable, dado que el cumplimiento de tan importantes normas y principios ayudan a la realización de sus objetivos y la disminución del riesgo crediticio.

De otro lado, resulta importante regular en nuestra legislación nacional a los productos y servicios financieros defectuosos que no responden a los criterios de idoneidad y la naturaleza vinculante de la oferta, generando perjuicios a los consumidores e inversionistas, estableciendo la responsabilidad civil de las empresas bancarias.

En esa orientación, el Sistema Financiero nacional e internacional han venido cumpliendo una importante función social en favor de la economía de los clientes y consumidores financieros, permitiendo el financiamiento de diversos proyectos de desarrollo, la mejora de las condiciones de vida y la mayor integración e inclusión economía y social.

4. Conclusiones

Existe una gran complementariedad entre las políticas financieras, bancarias y bursátiles, permitiendo que la estabilidad monetaria y macroeconómica influya positivamente en el desarrollo del Sistema Financiero y en el Mercado de Valores como instrumentos de financiamiento empresarial para la atención de diversos objetivos corporativos y personales.

El Derecho Bancario alimenta permanentemente el desarrollo de un Sistema financiero solido competitivo y confiable, mediante el cumplimiento de normas legales nacionales e internacionales, pues estas últimas alientan el desarrollo de diversas operaciones y servicios bancarios con una mayor aproximación en los Mercados de Valores.

Asimismo, el desarrollo de la actividad bancaria es de un gran interés público, teniendo en cuenta que los fondos del publico constituyen su principal activo, por lo que debe ser debidamente administrada con responsabilidad funcional y operativa, debiendo observarse especialmente las normas sobre límites de crédito, encajes legales, capitales sociales mínimos, supervisión bancaria consolidada, diversificación del riesgo crediticio, dentro de un espíritu orientador de la actividad mercantil, pero con clara vocación social de apoyo a los sectores económicos y sociales diversos. La intermediación financiera es autorizada, habitual, profesional y regulada, características que brindan seguridad a los consumidores y usuarios, al Estado y a la comunidad en general.

Es muy importante destacar la presencia de contratos financieros modernos como el leasing, el factoring, el underwriting, el fideicomiso y el project finance que brindan importantes contribuciones en favor de la adquisición de bienes de consumo duradero, la adquisición de los títulos valores emitidos por las empresas PYMES y aceptadas por sus clientes, la constitución de sociedades anónimas por oferta a terceros, la administración en un patrimonio de afectación con fines diversos y el financiamiento de infraestructura en cuanto a su solvencia patrimonial. Se protege con un equilibrio financiero importante y de sustento económico como la comparación entre las tasas de interés activas y pasivas, la compensación de los saldos acreedores y deudores en las cuentas de los clientes, el encaje mínimo legal, las reservas legales, un adecuado patrimonio efectivo el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca, seguros y AFP; así como la Superintendencia del Mercado de Valores contribuyen a una adecuada regulación y supervisión de las empresas del Sistema Financiero; garantizando el conveniente manejo monetario, la supervisión bancaria y bursátil es importante destacar la importancia de la contratación masiva, la protección del consumidor y la libre competencia como instituciones esenciales que contribuyen al correcto funcionamiento del mercado financiero.

Por su importancia jurídica y económica consideramos que los contratos de FACTORING, UNDERWRITING Y PROJECT FINANCE deberían contar con una regulación especial en nuestra legislación bancaria para brindar mayor seguridad jurídica a las partes intervinientes, lo que podría motivar una modificación expresa de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros Ley 26702 con normas reglamentarias expedidas por circulares de la Superintendencia de Banco y Seguros.

Asimismo, la vigencia plena de libertades constitucionales fundamentales como las de empresa, contratación, comercio e industria, derecho a la personalidad jurídica, que influyen en el correcto funcionamiento de las empresas del Sistema Financiero y del Mercado de Valores.

5. Recomendaciones y propuestas

Se debe mantener la interesante relación entre la estabilidad monetaria, financiera y la rentabilidad del Mercado de Valores, porque dicha conjunción de esfuerzos ha permitido constituir Sistemas Financieros sólidos, competitivos y confiables a la regulación del Derecho Bancario.

La función social de la actividad bancaria se garantiza con el desarrollo creciente de operaciones, productos y servicios que satisfacen las necesidades de los consumidores y usuarios, a los que se debe brindar derecho a la información veraz y oportuna. El desarrollo de la tecnología influye muchísimo en las transacciones financieras y monetarias, con un gran desarrollo de nuevas modalidades de dinero, entre ellas las criptomonedas, que deben ser debidamente reguladas.

Los accionistas, directores y gerentes de las empresas y entidades financieras deben cumplir a cabalidad sus funciones, porque de incurrir en dolo, negligencia grave o abuso de facultades asumirán responsabilidad solidaria, lo que podría adicionalmente influir en la inclusión de la institución financiera en un régimen de vigilancia, intervención o disolución y liquidación por lo que se estima que deberá aprobarse un nuevo Convenio de Basilea que regule y sustente el desarrollo de los Sistemas Financieros y adecue sus actividades a la situación de la pandemia.

Debe promoverse un reglamento de responsabilidad civil de las empresas del Sistema Financiero por la prestación de servicios y productos financieros defectuosos pudiéndose concretarse a través de una modificación de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros debiendo considerarse adicionalmente las normas que pudiera dictar la Superintendencia de Banca y de Seguros mediante circulares.

6. Referencias Bibliográficas

1. Arias Schreiber, Max. Los contratos modernos, (Editorial Gaceta Jurídica, 1995) pagina. 118
2. Barbieri. Pablo. Contratos de Empresa, (Editorial Universidad Buenos Aires, 1998) páginas 247 y 248.
3. Barreira Delfino, Carlos Alberto. El leasing financiero. (Editorial Roberto Guido, 1996), (página 76)
4. Figueroa Bustamante, Julio Hernan. Derecho Bancario (Librería y Ediciones Jurídicas, 2009), (página 28).
5. Villegas, Carlos Gilberto. Operaciones Bancarias (Editorial Rubzoni, 1998), (página 185)