

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“LA ¿NUEVA? AMENAZA DEL SISTEMA FINANCIERO PERUANO: EL RIESGO DE
PÉRDIDAS POR CONTROVERSIAS, ¿REGULAR Y SUPERVISAR, O DEJAR AL
SISTEMA ACTUAR?”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO**

AUTOR

KENT JEFFERSON KERRIGAN TORRES

ASESOR

NELSON ANTONIO BERTOLI BRYCE

Lima, Perú

Junio, 2021

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene por objeto evidenciar la existencia y relevancia del riesgo de pérdidas por controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero peruano, desarrollar los conceptos asociados a tal riesgo, y, en particular, exponer la necesidad de que aquel sea regulado y supervisado con amplitud; pero, considerando los efectos que puede generar, así como el entorno en qué se desarrolla el referido riesgo. En virtud de ello, se desarrollan conceptos que contribuyan a una adecuada apreciación de la investigación, lo cual implica responder a preguntas como: ¿es una novedad que se demande a las empresa del sistema financiero?, ¿qué tipo de controversias enfrentan?, ¿por qué representan un riesgo legal?, ¿las empresas del sistema financiero reconocen este riesgo?, ¿por qué requieren provisiones?, ¿cómo definir el importe que debe ser provisionado?, ¿pueden afectar la solvencia de una empresa del sistema financiero peruano?, ¿deben ser reguladas y supervisadas?, ¿qué rol debe cumplir la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) frente a este riesgo?, entre otras. De igual modo, se expone la situación regulatoria actual del riesgo evaluado, a fin de compararla con el tratamiento brindado por las legislaciones de Colombia, Chile y España; y se detallará, a través de casuística local y foránea, el potencial impacto que puede conllevar la materialización de las pérdidas. El desarrollo de la investigación, abordado tanto desde una dimensión cualitativa como cuantitativa, procurará explicar no solo el por qué las controversias representan un riesgo que debe ser gestionado, mitigado, regulado y supervisado; sino, en especial, por qué el hacerlo resulta relevante y conveniente tanto para el organismo regulador como para las empresas supervisadas, así como los potenciales efectos de no hacerlo. Finalmente, desde un enfoque metodológico que considera la calidad e impacto regulatorio, se justifica la necesidad de incorporar una norma adicional a la ya profusa regulación que incide en el desarrollo de las actividades de las empresas del sistema financiero, así como la relevancia de su supervisión permanente por parte de la SBS, y se presenta una propuesta de cómo puede regularse este aspecto. Tal propuesta busca fortalecer la predictibilidad con la que debe actuar de la administración pública; pero sin que ello implique la carencia de flexibilidad para entender que las situaciones y condiciones que enfrentan las empresas, en cada controversia, pueden conllevar a tratamientos diferenciados que logren medir y mitigar, apropiadamente, el riesgo de pérdidas por controversias; todo ello a fin de prevenir que la materialización de este no desencadene una intempestiva afectación en la solvencia.

Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	4
1.1. Tema y problema de investigación	4
1.1.1. Tema	4
1.1.2. Problema de investigación	6
1.2. Planteamiento de Hipótesis	9
1.3. Planteamiento de objetivos	11
1.4. Propuesta de enfoque metodológico	11
CAPÍTULO 2: ESTADO DEL ARTE	12
2.1. Aproximaciones conceptuales	12
2.1.1. Riesgo	12
2.1.2. Riesgo legal	15
2.1.3. Pérdidas (Gastos), en términos contables	17
2.1.4. Controversias	18
2.1.5. Provisiones	19
2.1.6. Solvencia	21
2.2. El rol de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS)	22
2.3. Tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias en el Manual de Contabilidad de Empresas para el Sistema Financiero	25
2.3.1. Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 37	26
2.4. El riesgo de pérdidas por controversias en la legislación comparada:	30
2.4.1. Colombia	30
2.4.2. Chile	30
2.4.3. España	31
2.4.4. Perú: Normas públicas (no vinculantes para el sistema financiero)	33

2.5. Marco Teórico - Delimitando el escenario de análisis	34
CAPÍTULO 3: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	36
3.1. Enfoque metodológico	36
3.2. Elección y justificación de la muestra	37
3.3. Evidenciando el riesgo de pérdidas por controversias	38
3.3.1. Tipos de controversias a las que se encuentran expuestas	38
3.3.2. Riesgos que implican las controversias	39
3.3.3. Casuística – Las empresas reconocen el problema	40
3.4. Importancia de la gestión de controversias	44
3.4.1. ¿Por qué gestionarlas?	45
3.4.2. ¿Gestión interna o tercerización de servicios?	45
3.4.3. Medidas para una adecuada gestión de controversias	46
3.5. Importancia del registro oportuno y adecuado de provisiones por controversias	47
3.5.1. ¿Por qué se deben registrar provisiones por controversias?	47
3.5.2. Las provisiones como mitigantes de pérdidas	48
CAPÍTULO 4: DISCUSIÓN	49
4.1. Hipótesis	49
4.2. La hipótesis a la luz del marco teórico y el capítulo metodológico	50
4.3. Discusión: ¿Regular y supervisar, o dejar al sistema actuar?	51
4.4. Propuesta regulatoria	52
Conclusiones	61
Referencias bibliográficas	63

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

1.1. Tema y problema de investigación:

1.1.1. Tema:

El tema a tratar, a través de la presente investigación, es el riesgo de pérdidas por controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero peruano, a fin de evidenciar su existencia, relevancia y necesidad de regularlo. En ese sentido, se sustentará como su eventual materialización puede afectar indirecta o directamente los indicadores financieros de las empresas, pudiendo incluso afectar su estabilidad y permanencia en el mercado, con el subsecuente impacto en todos sus usuarios y en el sistema financiero en general.

De igual modo, a partir de ello y del desarrollo de diversos conceptos asociados, se concluirá en la necesidad de que las controversias, y sus riesgos asociados, sean adecuadamente gestionados, para lo cual, bajo un enfoque metodológico de impacto y calidad regulatoria, se justificarán las razones para que el organismo supervisor – Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) – supervise y regule, de forma especializada, este riesgo, lo que finalmente implicará el planteamiento de una propuesta para tal fin.

El riesgo de pérdidas por controversias no constituye un riesgo o amenaza novedosa, pues en toda sociedad existen conflictos (Priori Posada, 2019). En ese sentido, como indica Priori, en Roma, la noción de proceso surgió, primero, como medio de regulación del ejercicio de la fuerza y, por qué no decirlo, de la venganza; lo que conllevó a que posteriormente, el proceso comenzó a ser visto más bien como un medio de sustitución y de rechazo al ejercicio de la fuerza.

Al respecto, las empresas del sistema financiero peruano no son ajenas a esta realidad, encontrándose expuestas a conflictos, que luego pueden conllevar a enfrentar controversias, ya que las acciones humanas (error, dolo), procesos internos defectuosos o inadecuados, fallas en los sistemas informáticos, acontecimientos externos, riesgos del propio negocio, riesgos de la

estrategia, forman parte, entre otros, de los factores que originan contingencias (Bueno Olzabal, 2019).

En efecto, el riesgo de pérdidas por controversias forma parte del riesgo legal y puede llegar a representar una preocupación relevante al evaluar el riesgo operacional, tal como se señala en el documento “Comments on the Third Consultative Proposal of the New Basel Capital Accord”, *litigation risk presents a significant concern in the development and improvement of operational risk databases* (SYNOVUS Financial Corp., 2003).

Es oportuno agregar que este riesgo, y la preocupación que genera, no resulta ajeno a otras jurisdicciones, tal como explicó Shyamala Gopinath en el seminario “Changing dynamics of legal risks in the financial sector” respecto de una decisión judicial en la India, *“Similarly, amendments made by certain States according priority to the dues of State over those of the secured creditors and the recent decision of the Supreme Court holding that such State claims would have predominance, has been highlighted by the banks as posing a significant legal risk to them”* (Gopinath, 2009).

En la misma línea se pronunció Pablo Hernández de Cos en la apertura del seminario “Sustainable finances and their importance in the future of the economy” al comentar el incremento de este riesgo en España *“In recent years the legal risk of Spanish banks associated with litigation has increased significantly”*, agregando que el impacto no es solo patrimonial, *“Above and beyond the cost that litigation may entail for banks, a more general implication is the loss of reputation for the banking sector”* (Hernandez de Cos, 2019).

Para el sistema financiero del Perú es también una realidad conocida el enfrentar múltiples controversias, entre otras razones por nuestra cultura litigiosa (Guerra Cerron, 2006), y más aún en situaciones como la actual, en la que incluso autoridades electas (AméricaNoticias, 2020) buscan incentivar conductas conflictivas entre los usuarios del sistema financiero y las empresas que componen este, lo cual conlleva a que el riesgo de pérdidas por controversias se pueda incrementar exponencialmente.

Resulta ilustrativo, por ejemplo, que el portal “Mira a quién le compras” (INDECOPI, 2020) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI señala que en el 2019 el sector económico que recibió el mayor número de sanciones (1244) fue el Sistema Financiero Bancario, o que dentro de los procedimientos administrativos, con mayor impacto mediático (RPP, 2020), seguidos por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT se encuentren empresas del sistema financiero.

Cabe agregar que esta realidad, generada o no por el actuar de empresas del sistema financiero (aspecto que no resulta materia de análisis para el presente trabajo) es, en ocasiones, también reconocida y tratada mediante el registro y revelación de provisiones en los estados financieros pues, *debe darse un análisis en términos cuantitativos y cualitativos en función a la importancia relativa de la variación que el resultado de la controversia ocasione en la expresión de los estados financieros y el balance* (Bueno Olzabal, 2019).

En ese orden ideas, de forma introductoria es posible afirmar la realidad y relevancia del riesgo de pérdidas por controversias, el cual es consustancial al quehacer del sistema financiero; no obstante, en los siguientes capítulos, a través de variables cuantitativas, cualitativas y exposición de casos, evidenciaremos ello con mayor profundidad.

1.1.2. Problema de investigación:

Luego de haberse definido como tema de investigación el riesgo de pérdidas por controversias en las empresas del sistema financiero peruano, resulta necesario delimitar cuál es el principal problema que se genera respecto del mismo.

En ese sentido, corresponde resaltar que el sistema financiero peruano, regulado y supervisado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS, conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 345 de la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, carece de una normativa específica que aborde el riesgo de pérdidas por controversias, por lo que se carecen de parámetros, mínimos y específicos, para su gestión y tratamiento.

La situación descrita difiere, por ejemplo, de lo que ocurre con otro tipo de riesgos como el de crédito, mercado, liquidez, lavado de activos, entre otros, pues incluso, la regulación emitida por la SBS para el riesgo operacional, del cual forma parte el riesgo legal¹ conforme se señala en el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional, aprobado por la Resolución SBS N° 2116 – 2009 y modificatoria, no desarrolla parámetros específicos que garanticen una gestión uniforme por parte de las empresas del sistema financiero.

En ese orden de ideas, la falta de desarrollo regulatorio genera una serie de interrogantes respecto del tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias, situación que no solo puede tener un impacto directo en los indicadores financieros de las empresas del sistema financiero peruano, sino también en sus usuarios. En efecto, la materialización del riesgo descrito genera como problema el incremento del riesgo de que las empresas puedan ver afectadas, como consecuencia de los perjuicios patrimoniales, su solvencia.

Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado en el informe *International Legal Risk for Banks and Corporates, the commencement of litigation is generally a sign that all else has failed and the costly jousting must commence* (Allen & Overy Global Law Intelligence Unit, 2014). En ocasiones, se pierde de vista que el riesgo de pérdidas por controversias no genera solo “la pérdida” por el caso concreto², sino, además, una serie de gastos como la contratación de asesores legales externos para controversias que, muchas ocasiones, pueden durar meses y/o años, eventual perjuicio reputacional, así como la inevitable desviación de recursos de la empresa para atender contingencias que no generan valor.

Todo lo anterior resulta relevante cuando se recuerda que lo que se encuentra en juego, cuando se materializan pérdidas, es la estabilidad de las empresas del sistema financiero (¡lo cual puede impactar en los usuarios!), razón por la que constituye un problema, que requiere el planteamiento

¹ Artículo 2: Literal h) Riesgo legal: Posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros.

² Entendida esta como el importe que la autoridad correspondiente determinará que sea desembolsada por la empresa del sistema financiero.

de posibles soluciones, que no se cuente con una regulación específica. Al respecto, tal problema requiere la máxima atención de la SBS, cuya finalidad³ es defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a control.

Conforme a lo expuesto, para tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias, no se cuenta con regulación específica en el Perú; no obstante, el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero, aprobado por la Resolución SBS N° 895 – 98 y modificatorias, ha establecido que la Norma Internacional de Contabilidad – NIC 37, resulta aplicable para el registro de provisiones por contingencias diversas, entre ellas las controversias (litigios y demandas⁴).

Al respecto, la NIC 37 (IFRS, 2020) es una norma contable que no tiene por finalidad abordar solo el riesgo de pérdidas por controversias, sino, en general, pasivos, pasivos contingentes, activos, y activos contingentes; lo cual representa ya un primer problema puesto que no aborda la multiplicidad de supuestos que pueden generarse con relación a las controversias, en particular en una jurisdicción como la peruana. No obstante ello, que ya representa una dificultad, el principal desafío que se presenta para el supervisor es su interpretación, pues no es una regulación emitida por la propia SBS.

La situación descrita incrementa la posibilidad de que ocurran discrepancias entre las empresas del sistema financiero y su supervisor, lo cual no contribuye al cumplimiento de la finalidad de la SBS; pero, en especial, a que se produzca un desequilibrio en las reglas que aplican tales empresas al operar. En efecto, algunas pueden aplicar de forma prudente la NIC registrando, oportunamente, provisiones que les permitan enfrentar eventuales pérdidas que se puedan generar, limitando sus recursos para desarrollar otras operaciones; en tanto que otras, podrían destinar sus recursos solo a nuevas operaciones, que implican en sí mismo riesgos adicionales, sin haber generado reservas para probables pérdidas, incrementando así el riesgo de que el impacto patrimonial afecte su estabilidad.

³ Art. 347 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y modificatorias.

⁴ Sub – cuenta 2702.09 de la Cuenta 2702 Otras Provisiones del Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero, aprobado por la Resolución SBS N° 895 – 98.

Lo anterior conduce a la inevitable interrogante de si se debe permitir “al sistema actuar por sí solo”, confiando en su madurez para la adecuada gestión del riesgo materia de análisis; no obstante, ello puede afectar, la necesidad que *las empresas del sistema financiero y sus actividades estén sujetas a una supervisión oficial de forma más estrecha que otra clase de negocios, (...) en atención al papel que desempeñan, y a la naturaleza de la inherente inestabilidad bancaria* (Ware, 1997).

Adicionalmente, cabe resaltar que el sistema de justicia del Perú no ha logrado aún cimentar una tradición de predictibilidad en sus pronunciamientos, situación que no es ajena al sector financiero, lo que conlleva, ante la falta de una norma que fije parámetros apropiados, a que el supervisor pudiera realizar requerimientos de provisiones “excesivos” ante pronunciamientos iniciales que podrían ser objeto de revisión por no ajustarse, por ejemplo, a una jurisprudencia vinculante. Lo expuesto justifica la necesidad de que se fijen reglas claras para la actuación de la SBS, pues de lo contrario aquella podría atentar contra el principio de legalidad⁵ que debe regir su actuar dada su condición de autoridad administrativa.

Todo lo anterior permite concluir, preliminarmente, que la falta de regulación específica para gestionar el riesgo de pérdidas por controversias, representa en el Perú el principal problema asociado al mismo, por lo cual será objeto de análisis pormenorizado en los siguientes capítulos.

1.2. Planteamiento de hipótesis:

A lo largo de la sección anterior, de forma introductoria, se ha expuesto la existencia y relevancia del riesgo de pérdidas por controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero peruano; para lo cual se han mencionado diversos hechos y factores que permiten concluir ello.

En ese orden de ideas, habiendo delimitado el tema, se ha expuesto que el principal problema, asociado a tal riesgo, es la ausencia de una regulación específica, pues si bien existe un marco

⁵ Desarrollado en el Artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

jurídico – contable (a través del Manual de Contabilidad para las Empresas del Sistema Financiero) este es genérico y no brinda ni al supervisor, ni a las empresas supervisadas, reglas claras de cómo tratar las controversias que enfrentan.

A mayor abundamiento, todas las empresas del sistema financiero peruano, por la naturaleza de sus operaciones, deben enfrentar controversias de diversa índole, las cuales requieren ser gestionadas y tratadas, para lo cual resulta esencial, dado el potencial impacto patrimonial que pueden representar, definir un marco normativo que brinde una herramienta efectiva de supervisión a la SBS, así como reglas claras y predecibles a las empresas supervisadas.

Atendiendo a lo expuesto, la hipótesis del presente trabajo reside en que **la implementación de una regulación específica para la gestión del riesgo de pérdidas por controversias contribuiría, ostensiblemente, a su adecuado tratamiento, y por tanto a velar por la estabilidad de las empresas del sistema financiero.**

En ese sentido, a lo largo del presente trabajo se procura sustentar que la existencia de una norma específica resultaría más beneficiosa tanto para la SBS, en su condición de organismo supervisor que debe regir su actuar por el principio de legalidad, como para las empresas del sistema financiero ya que podrán (i) predecir el actuar del organismo del supervisor, y (ii) gestionarán el riesgo de forma uniforme. Esto resulta relevante para que no se generen desequilibrios que pongan a ciertas empresas en situación de desventaja por tener una conducta prudente para el tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias, el cual es consistente con la naturaleza del mercado en el que operan; todo lo cual finalmente repercutirá en beneficio de los usuarios del sistema financiero y de la estabilidad del mismo.

Resulta oportuno resaltar, que conforme al artículo 87 de la Constitución Política del Perú, el Estado fomenta y garantiza el ahorro, labor encomendada a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Esta institución, para cumplir con tal mandato constitucional, debe velar por la defensa de los bienes jurídicamente tutelados intereses del público, así como solidez económica y financiera de las empresas que supervisa.

En ese sentido, la propuesta de **implementar una regulación específica para la gestión del riesgo de pérdidas por controversias para garantizar su adecuado tratamiento**, se encuentra debidamente alineada al mandato que le ha sido conferido por la SBS y cuenta con el debido fundamento jurídico y económico para contribuir a mitigar los potenciales efectos de la materialización del riesgo evaluado al brindar herramientas al supervisor y reglas a los supervisados para su adecuado y oportuno tratamiento.

1.3. Planteamiento de objetivos:

Los objetivos del presente trabajo son los siguientes:

- Exponer el impacto que pueden tener las controversias en las empresas del sistema financiero del Perú.
- Evidenciar la ausencia de una regulación específica para la gestión y constitución de provisiones por controversias en el Perú.
- Proponer medidas de solución para la ausencia normativa identificada, a través de opiniones de expertos, y de un proyecto normativo.

1.4. Propuesta de enfoque metodológico:

El presente trabajo ha sido desarrollado a través de un enfoque predominantemente cualitativo. En ese sentido, se ha recabado información vinculada al tema, tal como noticias sobre el impacto de las controversias en el quehacer de las empresas, opiniones de expertos, plasmadas en medios de comunicación, seminarios, artículos y/o recabadas a través de entrevistas o encuestas diseñadas exclusivamente para el presente trabajo. El enfoque predominante es el método de calidad e impacto regulatorio, al cual también se sumarán otros métodos como el comparado.

CAPÍTULO 2: ESTADO DEL ARTE

En el presente capítulo se desarrollan los principales conceptos y aspectos que permitan definir el marco teórico sobre el que se desarrolla el trabajo de investigación. En ese sentido, mediante aproximaciones conceptuales se busca acercar al lector a los conceptos de riesgo, y en particular riesgo legal; así como de controversias, esencialmente orientadas a aquellas que enfrentan las empresas del sistema financiero, de pérdidas en términos contables y de las provisiones que se registran para mitigarlas, considerando también el desarrollo de la definición de solvencia; entre otros conceptos y aspectos.

De igual modo, se desarrollará el rol de la SBS, así como su desarrollo regulatorio respecto del riesgo de pérdidas por controversias, con especial énfasis en la NIC 37, y finalmente se expondrá el desarrollo de este aspecto en otras legislaciones como las de Colombia, Chile y España, así como una referencia a la norma emitida sobre la materia a nivel de Gobierno Central.

2.1. Aproximaciones conceptuales:

2.1.1. Riesgo

La premisa a considerar es que cualquier tarea o actividad realizada por el hombre, inevitablemente, debe enfrentar riesgos; pero, ¿qué es riesgo? pues, a modo inicial, se define como la probabilidad de que ocurra un evento que genere consecuencias respecto de la tarea que realizaremos.

En efecto, la toma de riesgos es inevitable, pues por más que lo intentes evitar siempre se presentarán de múltiples formas (McCormick, 2018). Entonces, antes de determinar cómo enfrentar el riesgo, debe reconocerse, ya que a partir de ello se podrán adoptar medidas de mitigación. Por ello, el análisis costo/beneficio conllevará a la decisión de asumir el riesgo o de trasladarlo a un tercero.

De igual modo, el riesgo también es una construcción social que dependerá de los paradigmas y valores que dominen la sociedad donde aquel se será dimensionado (Delogu, 2016); este aspecto resulta particularmente relevante en el riesgo de pérdidas por controversias, ya que cualquier modelo de regulación y/o supervisión deberá considerar la forma en que se administra la justicia y la conducta de los actores involucrados, de lo contrario no logrará abordar adecuadamente tal realidad, lo que conllevaría a que tal norma no logre su finalidad.

En ese orden de ideas, los diversos sistemas supervisados por la SBS se encuentran expuestos a una serie de riesgos que, en mayor o menor medida según sus características, la exponen a una serie de perjuicios patrimoniales, siendo por tanto labor del supervisor identificarlos y proponer las medidas necesarios para mitigarlos en aras de salvaguardar los intereses de sus respectivos usuarios, así como de la estabilidad de cada uno de estos sistemas.

Por tanto resulta esencial, para fines del presente trabajo de investigación, definir cómo debemos entender el riesgo. De acuerdo Reglamento de Gobierno Corporativo y para la Gestión Integral de Riesgos, aprobado por la Resolución SBS N° 272 – 2017 y normas modificatorias, el riesgo es la posibilidad de ocurrencia de eventos que impacten negativamente sobre los objetivos de la empresa o su situación financiera.

Al respecto, Velezmoro señala que los riesgos son inherentes a la cotidianeidad de las tareas y actividades de las personas, tanto individualmente como actuando en conjunto. En ese sentido, agrega que en el caso de las empresas del sistema financiero éstas se encuentran expuestas a múltiples riesgos, lo que conlleva a que sus decisiones tengan en consideración aquellos y la manera en que deben gestionarlos, resaltando la definición de riesgo publicada por el Consejo del COSO “la posibilidad de que un evento ocurra y afecte adversamente el logro de los objetivos” (Velezmoro La Torre, 2010).

De otra parte, el Reglamento de Gobierno Corporativo y para la Gestión Integral de Riesgos agrega también, en su artículo 23, que los riesgos pueden surgir por diversas fuentes, internas o externas, y pueden agruparse en diversas categorías o tipos. En ese sentido, la norma precitada define los siguientes:

a) Riesgo de crédito

La posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales registradas dentro o fuera del balance.

b) Riesgo estratégico

La posibilidad de pérdidas por decisiones de alto nivel asociadas a la creación de ventajas competitivas sostenibles. Se encuentra relacionado a fallas o debilidades en el análisis del mercado, tendencias e incertidumbre del entorno, competencias claves de la empresa y en el proceso de generación e innovación de valor.

c) Riesgo de liquidez

La posibilidad de pérdidas por incumplir con los requerimientos de financiamiento y de aplicación de fondos que surgen de los descaldes de flujos de efectivo, así como por no poder cerrar rápidamente posiciones abiertas, en la cantidad suficiente y a un precio razonable.

d) Riesgo de mercado

La posibilidad de pérdidas en posiciones dentro y fuera de balance derivadas de fluctuaciones en los precios de mercado.

e) Riesgo operacional

La posibilidad de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos. Esta definición incluye el riesgo legal, pero excluye el riesgo estratégico y de reputación. (El subrayado es agregado).

f) Riesgo de seguro

La posibilidad de pérdidas por las bases técnicas o actuariales empleadas en el cálculo de las primas y de las reservas técnicas de los seguros, insuficiencia de la cobertura de reaseguros, así como el aumento inesperado de los gastos y de la distribución en el tiempo de los siniestros. Se le conoce también como riesgo técnico.

g) Riesgo de reputación

La posibilidad de pérdidas por la disminución en la confianza en la integridad de la institución que surge cuando el buen nombre de la empresa es afectado. El riesgo de reputación puede presentarse a partir de otros riesgos inherentes en las actividades de una organización.

2.1.2. Riesgo legal

Uno de los principales riesgos supervisados es el denominado “riesgo legal”, el cual se define, en la Resolución SBS N° 2116 – 2009 – Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional, como *la posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros*. En ese sentido, el tema, materia de análisis, resalta la importancia de una adecuada gestión del riesgo legal en lo referido a las pérdidas que podrían originarse por fallos en las controversias judiciales, administrativas u otras, como el arbitraje, que puedan enfrentar las empresas supervisadas.

En efecto, probablemente la máxima expresión del riesgo legal son las controversias que deben enfrentar las empresas como consecuencia de múltiples factores, que van desde prácticas contrarias a lo dispuesto por la regulación, hasta la llamada “temeridad” de los demandantes. En efecto, a entender de Luis Gonzalez Martín el incremento de la judicialización de casos que enfrentan las empresas conlleva a que deban emplear más recursos, tales como provisiones, a fin de hacer frente a los potenciales desenlaces de tales controversias de las que forman parte (Gonzalez Martín, 2017). De igual modo, resulta ilustrativo que en el ranking elaborado por el INDECOPI – Anuario de Estadísticas Institucionales 2018 – sea el Sistema Financiero quien lo encabece con 8209 denuncias ingresadas. Sobre ello, el dato revela el número de casos que son gestionados, por las diversas empresas supervisadas, solo en una materia como es la de protección al consumidor, lo cual no hace más que exaltar la importancia del tema.

Al respecto, si bien existen normas en el Perú que regulan los procedimientos a seguirse en controversias judiciales, administrativas u otras, como son el Código Procesal Civil⁶, la Ley del Procedimiento Administrativo General⁷, la Norma del Arbitraje⁸, entre otras; las medidas de gestión internas, necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas mencionadas, no siempre se reflejan en los procedimientos internos y prácticas seguidas por las empresas supervisadas. Ello, entre otras razones porque no se cuenta con regulación individualizada en el sector, evidenciándose casos en los cuales se enfrentan fallos adversos por no contestar demandas y/o denuncias oportunamente, no contar con medios probatorios suficientes por procedimientos de gestión inadecuados, no presentar recursos de manera adecuada y oportuna, no realizar un adecuado seguimiento de los asesores externos a cargo de los casos, entre otras variables.

Como se ha expuesto, el riesgo legal forma parte del riesgo operacional; no obstante, por su complejidad y propias características requiere un tratamiento desagregado, dado que dentro de este enmarcaremos el riesgo de pérdidas por controversias. Por su parte, el Reglamento para la gestión del riesgo operacional define al riesgo legal como *la posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros.*

Al respecto, resulta relevante la referencia a procesos judiciales, los cuales deben ser entendidos (conjuntamente con la expresión entre otros) de manera amplia, ya que se refiere a cualquier controversia de naturaleza contenciosa (como podrían ser procedimientos administrativos o arbitrajes, por ejemplo) que pueda generar una salida de recursos a la empresa para satisfacerla. En efecto, en opinión del autor, la principal manifestación del riesgo legal se da ante la presencia de controversias, que si bien no todas conllevan la salida de recursos, cuando menos evidencia algún tipo de pretensión contra la empresa supervisada que podría generarlo; es por ello que desde su aparición se debe analizar cada caso a fin de adoptar las medidas oportunas para mitigar posteriores salidas de recursos.

⁶Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 768, de fecha 4 de marzo de 1992.

⁷Aprobada mediante Ley N° 27444.

⁸Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071.

Por lo demás, en este punto se espera haber acercado al lector a que debe entenderse por riesgo, riesgo legal, y en particular como de tales conceptos se decanta el tema materia de investigación referido al riesgo de pérdida por controversias.

2.1.3. Pérdidas (Gastos), en términos contables.

De manera inicial, todo aquel familiarizado con el quehacer de las empresas del sistema financiero asociará el concepto de pérdida a la falta de ingresos por un negocio infructuoso, al deterioro de valor de activos, y, en términos legales, a la salida de recursos que se genera como consecuencia de pronunciamientos adversos en controversias, tales como multas por ejemplos, así como el pago de penalidades en relaciones contractuales u otras indemnizaciones o salida de recursos que pudieran originarse, entre otros supuestos.

Al respecto, el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero, aprobado por la Resolución SBS N° 895 – 98 y normas modificatorias, señala, que son gastos los decrementos en los beneficios económicos, producidos a lo largo del periodo contable, en forma de salidas o disminuciones del valor de los activos, o bien de nacimiento o aumento de los pasivos, que dan como resultado decremento del patrimonio neto, y no están relacionados con las distribuciones a los propietarios de este patrimonio.

La definición de gastos incluye tanto los gastos que surgen en las actividades ordinarias de la empresa como las pérdidas (el subrayado es agregado). Los gastos de actividades ordinarias surgen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa, y corresponden a una variada gama de denominaciones. Son pérdidas otras partidas que, cumpliendo la definición de gastos, pueden o no surgir de las actividades ordinarias de la entidad.

Al respecto, si bien no es materia del presente trabajo de investigación desarrollar la dinámica contable de tales pérdidas y/o de las provisiones que podrían registrarse, resulta ilustrativo señalar que las provisiones por controversias (o litigios en términos del Manual, aunque como ya se ha señalado consideran cualquier tipo de controversia) son registradas como gastos, lo cual conllevará

a un impacto en el estado de ganancias y pérdidas; situación similar se presentará incluso de no haberse constituido provisiones, con el añadido, que a diferencia de cuando se provisiona, en esta circunstancia no se habrá podido anticipar y planear financieramente la forma de enfrentar tal pérdida.

Por lo demás, la pérdida es evidentemente un concepto que de forma inherente conlleva una situación negativa para la empresa, por lo que cualquier gestión de riesgos buscará evitarlas y/o adoptar cualquier medida que permitan que aquellas no tengan un impacto catastrófico en la situación de la empresa, en términos de resultados del periodo y en particular de solvencia.

2.1.4. Controversias

Al abordar este concepto se parte de la premisa de un conflicto que no ha podido ser solucionado por la empresa del sistema financiero, independientemente de que el derecho asista o no a quien denuncia o demanda.

La referencia anterior resulta importante en el marco del presente trabajo de investigación, pues en opinión del autor, el sistema financiero en particular⁹ se encuentra altamente expuesto a enfrentar denuncias y demandas. Sin perjuicio de ello, debe reconocerse que la regulación y el propio sistema han evolucionado e implementado sistemas de atención al usuario que buscan aminorar tales denuncias y/o demandas, por lo que el riesgo de que se inicien controversias es sumamente difícil de mitigar, lo cual refuerza la necesidad de contar con un adecuado sistema de gestión de controversias, y en particular con una política de registro de provisiones por aquellas.

Al respecto, el desarrollo de las actividades precisadas en el objeto social de las empresas del sistema financiero conlleva a que se vean expuestas a contingencias diversas (Bueno Olzabal, 2019), originadas en los siguientes factores (entre otros):

⁹ Sea por factores como la falta de conocimiento detallado de los usuarios de su funcionamiento, eventuales errores del propio sistema, y, en particular, campañas mediáticas periódicas que buscan ubicarlos en una posición de permanente aprovechamiento de sus usuarios, sin que – en la mayoría de ocasiones – exista un fundamento técnico que justifique tales afirmaciones.

- Acciones humanas (error, dolo).
- Procesos internos defectuosos, o inadecuados.
- Fallas en los sistemas informáticos.
- Acontecimientos externos.
- Riesgos del propio negocio.
- Riesgos de la estrategia asumida.

Lo anterior, que se puede sintetizar en incumplimientos normativos o perjuicios ocasionados a clientes o terceros, hace que, desde la perspectiva del litigio, se puedan iniciar procesos como los siguientes:

- Procesos judiciales de diversa índole (civil, penal, constitucional, contencioso-administrativos, arbitrales, etc.).
- Procedimientos de naturaleza administrativa (ante el Indecopi, Municipalidades, Ministerios, entes recaudadores de tributos, entidades reguladoras, etc.).

2.1.5. Provisiones

Las provisiones, términos coloquiales, son reservas que se constituyen para un fin determinado, en el marco del presente trabajo de investigación las definiremos como los recursos que deben ser reservados para hacer frente a las potenciales pérdidas por controversias.

De acuerdo a las IFRS (IFRS, 2020) una provisión es un pasivo en el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento. Las provisiones, como herramienta a utilizar por el supervisor, lo facultan a exigir el registro contable de un importe determinado para hacer frente ante la eventual materialización de una obligación presente o futura.

Dicha medida, conjuntamente con los requerimientos de capital, son dos de las principales herramientas con que cuenta la autoridad para obligar a las empresas supervisadas a reservar dinero ante eventuales contingencias de toda índole, ya que se pueden requerir provisiones por riesgo de crédito (las más comunes), por riesgo de mercado, liquidez, operacional; siendo el concepto que

subyace a dichas medidas el denominado “criterio prudencial” del supervisor, que busca anticipar algún impacto restringiendo el uso del dinero por parte de las empresas, las cuales podrían haberlo destinado para la toma de más riesgos, agravando así su situación patrimonial.

Resulta importante mencionar que las provisiones pueden ser constituidas voluntariamente o a requerimiento del supervisor; no obstante, pese a lo evidente que pueda resultar, no debe perderse de vista que el registro de provisiones conlleva a limitar recursos que podrían haber sido destinados para generar utilidad, que como en cualquier empresa, es el objetivo de aquella.

Por tanto, si bien existen empresas con políticas sólidas y prudentes frente a los múltiples riesgos que enfrentan, la realidad en cuanto al riesgo de pérdidas por controversias, es que al no haber una regulación específica que defina reglas claras para su tratamiento, y considerando como ya hemos indicado que el registro de provisiones conllevan a que se cuenten con menos recursos que podrían ser invertidos para obtener mayor utilidad en los negocios que se realizan, no existen los incentivos suficientes desde el regulador para que los supervisados, de mutuo propio, mantengan políticas sólidas y prudentes para el registro de provisiones por controversias.

En efecto, el desarrollo regulatorio es incipiente aún, y si bien el marco regulatorio brindando por el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero hace exigible la Norma Internacional de Contabilidad N° 37 (IFRS, 2020) (en adelante NIC 37), dicha norma contable no se centra de manera exclusiva en las controversias, siendo estas solo uno de los varios tópicos que comprende, por lo cual no brinda parámetros precisos que faciliten la implementación de procedimientos para el registro de provisiones por controversias.

De igual modo, si bien es un paliativo importante para enfrentar la situación descrita que la SBS cuente con un Departamento (SBS, 2020) especializado en la supervisión del riesgo legal, esta medida resulta insuficiente si es que a dicho órgano no se le provee un marco legal apropiado que permita la aplicación de medidas predecibles, tal como sucede con otros riesgos como el de crédito o mercado por citar algunos contemplados en la Ley N° 26702.

Cabe resaltar también que, conforme al Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero, cuando la provisión implique una obligación presente, que cumple el resto de la definición, se trata de un pasivo, incluso si la cuantía de la misma debe estimarse. Es importante tener clara esta noción inicial de la definición de provisiones, así como la forma en que la SBS puede utilizarlas, a fin de entender la importancia de que se regule debidamente su uso para la gestión de controversias.

2.1.6. Solvencia

La solvencia es un elemento esencial a entender en cualquier análisis de riesgos, y en particular al tomar decisiones de regulación y supervisión. La finalidad de la SBS es justamente defender los intereses del público cautelando la solidez económica y financiera de las personas sujetas a su control, entre ellas las empresas del sistema financiero (lo subrayado es agregado). Entonces, ¿qué entender por solvencia?, en términos simples es la capacidad de una empresa de hacer frente a sus obligaciones; no obstante, conlleva un alto grado de complejidad pues permanentemente debe ser medido por el supervisor en cumplimiento de los mandatos que le han sido conferidos.

La SBS define una serie de indicadores financieros a través de los cuales se medirá constantemente la solvencia, ya que lo que se busca evitar es que una empresa ingrese, de forma intempestiva en una situación de insolvencia, lo cual conllevaría, tal como señala el Banco Central de Reserva del Perú (Perú, 2020) a que se carezca de capacidad permanente para pagar sus obligaciones, esto ocurre típicamente cuando una empresa enfrenta una fuerte caída de sus ingresos, o se incrementa sustancialmente el costo de su deuda. Si a tal escenario se agrega fuertes pérdidas no identificadas y mitigadas oportunamente por controversias, resulta evidente que su inadecuada gestión puede contribuir, en mayor o menor medida según el caso, a que las empresas pueden caer en insolvencia.

Resulta importante agregar, tal como desarrolla la SBS (Superintendencia de Banca, 2019) en su boletín informativo de agosto del 2019, que el acuerdo de capital del Comité de Basilea del año 2004 (conocido como Basilea II) en su Pilar 2 señala que las entidades financieras deben

contar con procesos internos que les permitan mantener un nivel de solvencia que sea consistente con su perfil de riesgo y estrategias de negocios.

Lo anterior resulta relevante, pues tal como será desarrollado más adelante, en opinión del autor, los requerimientos de provisiones deben atender a tal lógica y considerar los perfiles de riesgo de cada empresa, así como su nivel de solvencia; ello debe ser debidamente justificado en cada caso de modo que se justifique el tratamiento diferenciado, de lo contrario tal práctica podría resultar discriminatoria.

2.2. El rol de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP

La Superintendencia tiene como finalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley N° 26702¹⁰, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP defender los intereses del público a través del control y supervisión de los sistemas que supervisa, cautelando la solidez económica y financiera de estos. Para el cumplimiento de su objeto debe identificar los riesgos a los que se encuentran expuestas dichas empresa, proponiendo y ejecutando medidas de mitigación eficientes.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea señala (BIS, 2011) que los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz son las normas mínimas de facto para la correcta regulación y supervisión prudencial de bancos y sistemas bancarios.

En ese sentido, el Principio 1 establece que todo sistema eficaz de supervisión bancaria cuenta con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de bancos, debiendo existir también un marco jurídico apropiado que confiera a cada autoridad responsable las potestades legales necesarias para autorizar bancos, realizar una supervisión continua, asegurar el cumplimiento de la ley y adoptar las oportunas medidas correctivas en materia de seguridad y solvencia bancaria. Es conveniente agregar que, tanto la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros (IAIS, 2019), como la Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de

¹⁰http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/LEY_GENERAL_SISTEMA_FINANCIERO/20190201_Ley-26702.pdf

Fondos de Pensiones (AIOS, 2010), establecen principios similares al descrito para las autoridades a cargo de la regulación y supervisión de sus respectivos sistemas.

Al respecto, en el Perú, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, de acuerdo a los artículos 4 y 5 de su Reglamento de Organización y Funciones (SBS, 2020), los cuales desarrollan lo dispuesto por el artículo 87 de la Constitución Política del Perú¹¹, es una institución autónoma y con personería jurídica de derecho público, cuya finalidad es defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control; velando por que se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios.

Consideramos importante resaltar la naturaleza y finalidad de la SBS, ya que es la institución que tiene por finalidad, entre otras labores, supervisar la gestión y registro de provisiones por controversias, por lo cual resulta necesario establecer, como cuestión previa, si la norma la ha revestido de dicho empoderamiento para llevar a cabo tal función.

En efecto, de acuerdo al artículo 349 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702 la Superintendencia tiene como atribución ejercer la supervisión integral de las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, las incorporadas por leyes especiales a su supervisión, así como las que realicen operaciones complementarias, dictando para ello las normas necesarias para su supervisión.

Por tanto, se evidencia que la SBS, cuenta regulatoriamente, con las herramientas necesarias para supervisar y regular la gestión y registro de provisiones por controversias, siendo esta es una premisa esencial para considerar la implementación de medidas que contribuyan a la mitigación

¹¹ Art. 87 de la CPC “...La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley...”.

de pérdidas generadas por las diversas controversias que pueden enfrentar sus empresas supervisadas.

En ese orden de ideas, la Superintendencia tiene la responsabilidad de supervisar a las empresas del Sistema Financiero, siendo por tanto conveniente brindar algunos alcances, así como mencionar las principales normas que las rigen y/o se relacionan con la gestión y registro de provisiones por controversias.

De acuerdo a Rodríguez Azuero (Rodríguez, 2009), el sistema financiero es la reunión de empresas, autoridades, instituciones que definen su marco regulatorio y controla la actuación para las operaciones de intermediación. En efecto, cada quien de acuerdo al rol que tienen asignado, distinto pero estrechamente vinculado, con alto grado de sofisticación o con la posibilidad de serlo.

De opinión similar es Pérez García (García, 2013), quien lo define como la agrupación de actores cuyo objeto principal es viabilizar el ahorro de superavitarios hacia los deficitarios. Tales operaciones se instrumentalizan a través de operaciones y productos diseñados para tal fin. Tal sistema debe considerar tanto a sus actores como el mercado donde se desarrollará; aspecto no menor para que se defina la legislación que lo regirá. De igual modo el mismo autor agrega, en cuanto a la eficiencia del sistema se presenta cuando cuenta con la capacidad de obtener el ahorro – captación – en un escenario adecuado, a fin de colocarlo en condiciones adecuadas, de lo contrario el negocio sería inviable para los involucrados.

En la misma línea Llewelyn (Llewelyn, 2006) indica que *un sistema financiero estable y eficiente tiene una influencia potencialmente poderosa sobre el desarrollo económico de un país, lo cual es importante porque este podría tener un impacto en el nivel de la formación de capitales, eficiencia en la asignación de capitales entre reclamos contrapuestos, y también en la confianza de los usuarios finales (los consumidores) hacia la integridad del sistema financiero. La estabilidad y eficiencia del sistema tiene efectos de lado de la oferta y de lado de la demanda sobre la economía. A su vez, un régimen regulatorio bien estructurado contribuye a la eficiencia y estabilidad del sistema financiero. Por lo tanto, un aspecto central es si la estructura institucional*

de la supervisión y regulación financiera tiene alguna influencia en la eficiencia de la supervisión y regulación financiera misma y su impacto en la economía mayor.

De otra parte, en lo que al marco regulatorio se refiere, el Sistema Financiero, en cuanto a la gestión y registro de provisiones por controversias, tiene como normas rectoras la Ley General del Sistema Financiero – Ley N° 26702, así como el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero, aprobado por la Resolución SBS N° 895-98, el cual a través de lo dispuesto en la cuenta N° 2702¹², hace exigible la NIC 37, la cual será analizada con detalle en la siguiente sección.

2.3. Tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias en el Manual de Contabilidad de Empresas para el Sistema Financiero

Como se ha señalado previamente el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero establece que cuando la provisión implique una obligación presente, que cumple el resto de la definición, se trata de un pasivo, incluso si la cuantía de la misma debe estimarse. En efecto, se ha previsto en la cuenta 2702 el registro de provisiones, señalando que en esa cuenta se registran las provisiones para mecanismos de cobertura por fideicomisos, riesgo país y contingencias diversas conforme a las disposiciones emitidas por la Superintendencia. Asimismo, se registran las provisiones en el marco de la Norma Internacional de Contabilidad N° 37, habiendo considerado como la primera subcuenta la referida a las provisiones para litigios y demandas.

En ese orden de ideas, no hay un mayor desarrollo, que la sola remisión a la NIC 37, de cómo debe tratarse el riesgo de pérdidas por controversias, por lo que el regulador no ha definido directamente el alcance de la norma en cuanto a tipo de controversias, cuándo debe provisionarse, cómo debe provisionarse, áreas a cargo de ello, criterios a considerar; y, tampoco el Manual u otra norma emitida por la SBS hace referencia, expresa, a cómo deben gestionarse tales controversias,

¹² Cuenta 2702 del Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero “En esta cuenta se registran las provisiones para mecanismos de cobertura por fideicomisos, riesgo país, desvalorización de bienes colocados en capitalización inmobiliaria y contingencias diversas conforme a las disposiciones emitidas por la Superintendencia. Asimismo, se registran las provisiones en el marco de la Norma Internacional de Contabilidad N° 37.” (lo subrayado es nuestro).

paso previo antes de la constitución de provisiones para un adecuado tratamiento del riesgo de pérdidas por controversias.

Por tanto, se debe evaluar la NIC 37 a fin de entender el alcance de la disposición dictada por el supervisor.

2.3.1. Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 37

La NIC 37 (IFRS, 2020) tiene como objetivo el uso adecuado de bases para el reconocimiento y la medición de provisiones, pasivos contingentes y activos contingentes, así como la adecuada revelación de información financiera complementaria.

En ese sentido, como primer aspecto a considerar, se tiene que la norma contable no regula en forma específica el riesgo de pérdidas por controversias, de hecho si bien en algunos ejemplos se hace alguna referencia, no desarrolla con precisión los supuestos que planteamos en el acápite anterior, y evidentemente no considera la realidad y particularidades de la jurisdicción peruana que es en dónde debe ser evaluado el riesgo, y según ello definido su tratamiento.

La NIC define una provisión como un pasivo en el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento. Un pasivo es una obligación presente de la entidad, surgida a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de la cual, y para cancelarla, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos.

Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente gráfico que forma parte del apéndice B. de la NIC 37, el cual refleja las consecuencias de las clasificaciones de obligaciones como “probable”, “posible” o “remota”, así como los aspectos a considerarse para determinarlas:

B Árbol de decisión

Su propósito es el de resumir las principales exigencias de la Norma para las provisiones y los pasivos contingentes.

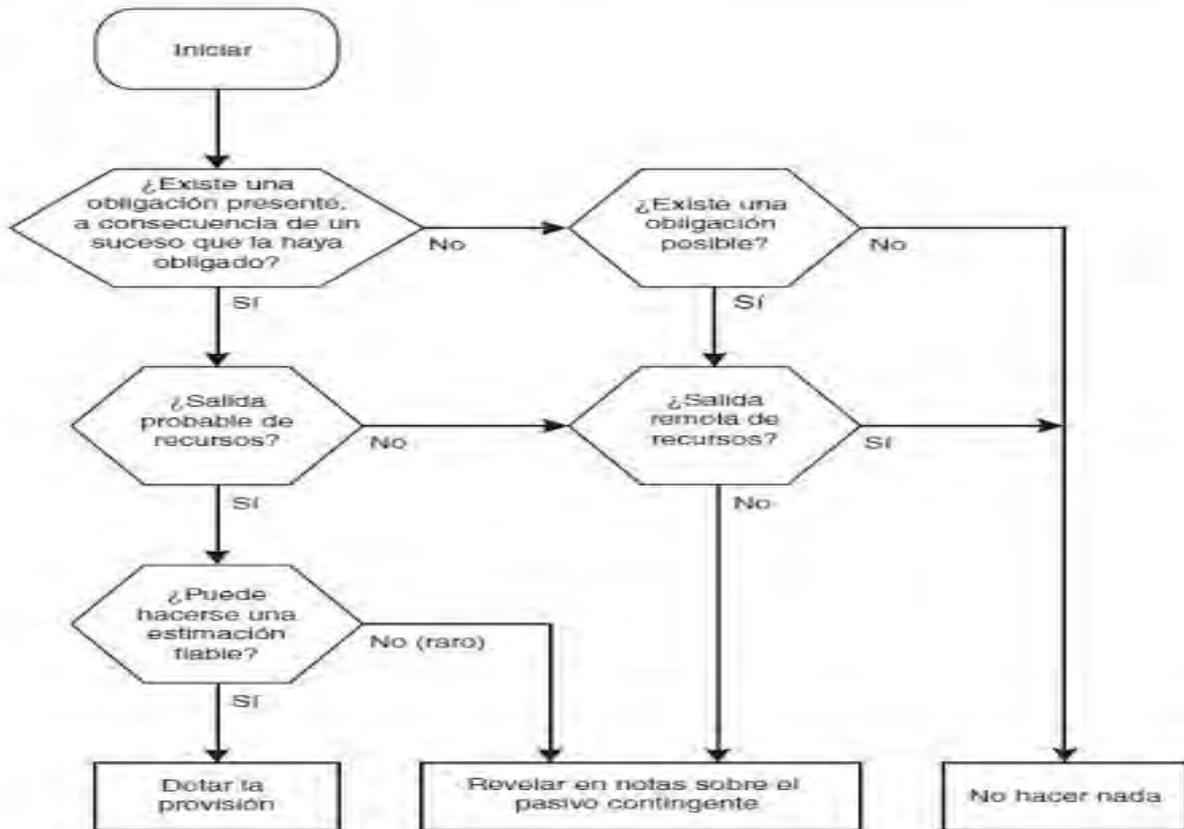


Figura 1. Árbol de Decisión (NIC 37 – Apéndice B, IFRS 2020).

El gráfico busca contribuir a determinar cuándo debe registrarse una provisión; pero al no referirse en concreto a controversias puede llevar a múltiples interpretaciones. Ensayaremos algunas a fin de ilustrar lo expuesto:

Escenario 1: Las demandas no son obligaciones presentes ni posibles a consecuencia de sucesos pasados; por tanto, no deben registrarse provisiones. Un aspecto que podría, eventualmente, alinear incentivos está referido a la potencial deducción del gasto por tales provisiones; no obstante, en los términos que está redactado el literal h) del artículo 37 del TUO de la Ley de Impuesto a la Renta¹³

¹³ h) Tratándose de empresas del Sistema Financiero serán deducibles las provisiones que, habiendo sido ordenadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, sean autorizadas por el Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión técnica de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT, que cumplan conjuntamente los siguientes requisitos: 1) Se trate de provisiones específicas; 2) Se trate de

ello, a la fecha, no resultaría viable; sin perjuicio de lo anterior, sin duda es un aspecto que debe ser materia de una evaluación más profunda.

Escenario 2: Las demandas se reconocen como obligaciones posibles; sin embargo las sentencias o fallos adversos no hasta que sean definitivos. En experiencia del autor, no es poco común que las empresas opten por plantear que debe provisionarse solo ante fallo firme; no obstante tal planteamiento presenta un evidente divorcio de la finalidad que pretende una provisión, ya que esta busca anticipar la materialización del riesgo, a fin de que el impacto sea de menor intensidad; por lo que al contar con fallos consentidos no corresponderá provisionar sino directamente registrar la pérdida, con el consecuente impacto que puede conllevar. Lo anterior, en nuestra opinión, no debe impedir la posibilidad de considerar la graduación de las provisiones considerando los tiempos involucrados en las controversias en el Perú, que a nivel judicial pueden ser varios años.

Escenario 3: Se reconoce la posibilidad de registrar provisiones con fallos en primera instancia; sin embargo, al no haber certeza para estimar importes, se pueden subestimar y provisionar cantidades ínfimas respecto del que finalmente es el fallo firme. Este aspecto, seguramente, es el más relevante y controversial e inevitablemente requiere un análisis de acuerdo a la realidad de la gestión de controversias en el Perú.

En ese orden de ideas, si bien compartimos que pueden existir, en ocasiones, fallos en primera instancia cuyos importes pueden ser desproporcionales de acuerdo a la tendencia de instancias superiores, no es quehacer de la SBS (o no debe serlo) el interpretar tales fallos; sin embargo, lo que sí corresponde al supervisor, tal como se ha explicado, es evaluar si la falta de provisiones o el registro por un importe menor al que indica el fallo es tolerable de acuerdo al perfil de riesgo de la empresa y en particular de sus indicadores de solvencia.

Este análisis, que sin duda es distinto al estrictamente legal, resulta esencial para definir cuándo deben exigirse más provisiones, y cuando podría aceptarse un registro por debajo de lo indicado en

provisiones que no formen parte del patrimonio efectivo; 3) Se trate de provisiones vinculadas exclusivamente a riesgos de crédito, clasificados en la categoría de problemas potenciales, deficiente, dudosa y pérdida.

un fallo, atendiendo al análisis de riesgos de la propia empresa, esta posición busca generar un equilibrio entre la finalidad de generar mayor rentabilidad por las empresas (lo cual fortalecerá su solvencia) respecto del rol de cautelar los intereses del público de la SBS. Por tanto, si bien la opinión de asesores expertos es un elemento a considerar, la posición final, en todos los casos, sería del organismo supervisor.

Escenario 4: Se provisiona el íntegro del monto sentenciado en cualquier instancia. Si bien esta postura resulta tentadora desde la perspectiva del supervisor a fin de fortalecer “el colchón” de protección de una empresa, tal medida puede ser contraproducente ya que se limita la creación de ingresos, lo cual en un análisis integral, sin duda es más beneficioso para los ratios de solvencia de la empresa. Por tanto, al optar por este modelo se debe considerar la falta de predictibilidad, en muchas ocasiones de las autoridades jurisdiccionales, y que se obviaría del análisis especializado del riesgo de pérdida por controversias por parte de las empresas del sistema financiero, aspecto no menor si se tiene en cuenta que aquellas son las gestoras de su riesgo.

Escenario 5: Se provisiona el íntegro de montos demandados. Sin duda el otro extremo, en el cual el supervisor requiere provisiones ante demandas que podrían carecer de todo fundamento, lo cual puede afectar severamente el negocio.

Como se ha ilustrado en 5 escenarios (aunque podrían ser más) la NIC al no ser específica ni concluyente, genera muchas dudas o interpretaciones disímiles, y el supervisor sobre aquella no puede ejercer su facultad de interpretación al no ser una norma que haya emitido, por lo que se expone a múltiples cuestionamientos, quedándole como medida residual, en el ejercicio de su facultad prudencial, requerir provisiones según juicio experto, aunque estas medidas puedan ser cuestionadas por los administrados ya que podrían no ajustarse al principio de legalidad que debe regir el actuar de la administración pública.

En síntesis tenemos que si bien la NIC fija parámetros que han ayudado a la supervisión, presentan también múltiples carencias que exponen al supervisor y a las empresas del sistema financiero a medidas o actuaciones no acordes a la finalidad que a ambas partes debería preocupar en aras de una adecuada mitigación del riesgo de pérdidas por controversias.

2.4. El riesgo de pérdidas por controversias en la legislación comparada:

Acudir a la legislación comparada, en particular de países cuyos contextos o realidades, suelen ser similares a las del Perú siempre es ilustrativo, más aún cuando el presente trabajo parte de un enfoque metodológico de impacto regulatorio.

2.4.1. Colombia

En el caso de Colombia (SuperFinanciera, 1995), la Superintendencia Financiera de Colombia, la Circular Básica Contable y Financiera - Circular Externa 100 de 1995, ha definido en el Capítulo IX referido a los Estados Financieros de fin de ejercicio que se registrarán y/o revelarán los montos correspondientes a provisiones por litigios; no obstante, no han precisado mayor alcance del tratamiento tal como se detalla a continuación:

2.2.22. Pasivos Estimados, Provisiones y Contingencias Probables: Revelar las circunstancias especiales para reportar saldos en este grupo al cierre del ejercicio, desagregando los diferentes conceptos señalados en el plan de cuentas según corresponda. Así mismo, se indicarán los montos correspondientes a las contingencias de pérdidas probables, la naturaleza del proceso o litigio y definición jurídica de la situación.

2.4.2. Chile

En el caso de Chile (CMF, 2019), la Comisión para el Mercado Financiero a través del Compendio de Normas Contables ha definido, al igual que ocurre en el Perú, que el registro de provisiones por controversias se realizará de acuerdo a la NIC 37, tal como se detalla en la cuenta 26 de provisiones por contingencias:

26000 04 00 Provisiones por juicios y litigios Incluye el monto estimado por pérdidas probables para juicios y litigios según lo establecido por la NIC37.

2.4.3. España

En el caso de España (BDE, 2017), el Banco de España a través de la Circular 4/2017, referida a información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, ha definido en la norma 37 Otras provisiones y contingencias que:

Las provisiones son obligaciones actuales de la entidad, surgidas como consecuencia de sucesos pasados, que a la fecha a la que se refieren los estados financieros están claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero resultan indeterminadas en cuanto a su importe o momento de cancelación, al vencimiento de las cuales, y para cancelarlas, la entidad espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos.

Los sucesos a que se refieren los apartados anteriores se calificarán como:

- a) Probables: cuando exista mayor verosimilitud de que ocurran que de lo contrario.
- b) Posibles: cuando exista menor verosimilitud de que ocurran que de lo contrario.
- c) Remotos: cuando su aparición sea extremadamente rara.

Reconocimiento.

La entidad reconocerá una provisión en el balance cuando se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) Tenga una obligación actual como resultado de un suceso pasado y, en la fecha a la que se refieren los estados financieros, sea probable que se tenga que atender dicha obligación;
- b) para cancelar la obligación sea probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos. Cuando exista un gran número de obligaciones homogéneas, la probabilidad de que se produzca una salida de recursos se determinará considerando el tipo de obligación en su conjunto, y
- c) se pueda estimar fiablemente el importe de la obligación.

Valoración.

El importe de la provisión debe ser la mejor estimación del importe necesario para hacer frente o transferir a un tercero la obligación actual en la fecha de los estados financieros, de

acuerdo con la información disponible. Al efectuar la estimación se deberán considerar los siguientes criterios:

a) Se tendrán en cuenta todos los riesgos, entendidos como la variación de los desenlaces posibles, e incertidumbres que rodean a los sucesos y las circunstancias concurrentes en su valoración. Cuando la provisión se refiera a una población importante de casos individuales homogéneos, la obligación actual se estimará ponderando todos los desenlaces posibles por sus probabilidades asociadas. Cuando se esté evaluando una obligación aislada, la mejor estimación se derivará del desenlace más probable; no obstante, la entidad también considerará otros desenlaces posibles, y en caso de que estos originen resultados muy diferentes a los del desenlace más probable, la mejor estimación podrá considerarse por una cuantía mayor o menor, respectivamente, que la correspondiente al desenlace más probable; este es el caso del desembolso que tendría que abonarse como consecuencia de la responsabilidad derivada de un litigio en curso. (Lo subrayado es nuestro).

b) La incertidumbre relacionada con la cuantía de la provisión no justificará su falta de reconocimiento. Esta información se ofrecerá en la memoria, indicando los motivos excepcionales de esta situación.

c) Cuando el efecto financiero sea material, se tendrá en cuenta en la estimación de la provisión. El tipo o tipos de actualización deben ser considerados antes de impuestos y reflejar las evaluaciones correspondientes al valor temporal del dinero que el mercado esté haciendo en la fecha del balance, así como el riesgo específico de la provisión. El tipo o los tipos de actualización no reflejarán los riesgos que hayan sido ya objeto de ajuste al hacer las estimaciones de los flujos de efectivo futuros relacionados con la provisión. El importe de la provisión se corregirá en cada período para reflejar los gastos financieros devengados.

Como se puede apreciar, en el caso de España, es donde mayor desarrollo se ha realizado, respecto de los casos comparados; no obstante, sigue sin presentar el nivel de detalle que se presenta aunque muestra una clara intención de ir encaminado hacia ello, por lo pronto se independiza de la

NIC 37 generándose un propio marco interpretativo, lo cual resulta consistente con la hipótesis planteada en el presente trabajo.

2.4.4. Perú: Normas públicas (no vinculantes para el sistema financiero)

En el caso del Perú, resulta ilustrativo comentar que el Gobierno Central, a través de la Resolución Directoral N° 017-2019-EF/51.01, emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), aprobó la Directiva 004-2019-EF/51.01 “Lineamientos para la preparación y presentación de la información financiera y presupuestaria, para el cierre del ejercicio fiscal de las entidades del sector público y otras formas organizativas no financieras que administren recursos públicos”.

Al respecto, esta norma que es de alcance para las entidades del sector público de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, SBS, entre otras; regula en su acápite 5, “Lineamientos para la preparación de la información financiera”, las pautas que se deben tener en consideración para presentar dicha información, precisando en el literal aa) que los procesos judiciales y arbitrales contra en contra del Estado son tratados de acuerdo a sus directrices, entre las cuales resaltan:

- Las demandas interpuestas en contra de la entidad, se registran en cuentas de orden y permanecen en dicha condición hasta que jurídicamente hayan sido resueltas.
- Las sentencias judiciales en contra de la entidad en primera y segunda instancia e incluso aquellas en las cuales se haya interpuesto algún recurso extraordinario, se contabilizan en cuentas de provisión.
- Las sentencias judiciales que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada y se encuentren en proceso de ejecución, dispuesto por la Sala que conoció el proceso en primera instancia, se contabilizan en cuentas por pagar desde la fecha de notificación del requerimiento judicial de pago.

Resulta particularmente relevante que la postura adoptada a través de esta norma es clara en afirmar que todos aquellos casos que cuenten con sentencia adversa, sin importar la instancia y/o si dicho fallo ha sido apelado, deben ser provisionadas. No obstante, cabe resaltar que la norma no

precisa el porcentaje a considerarse para el registro de la provisión, aspecto no menor cuando ese criterio es analizado bajo el tamiz que, entre instancias, podrían haber cambios sustanciales en el importe final que pudiera disponerse.

Por lo demás, consideramos que esta norma, al igual que las legislaciones previamente mencionadas, no hacen más que reforzar la evidencia de la existencia del riesgo de pérdidas por controversias, y la necesidad de un que sea oportunamente reconocido y tratado mediante reglas que generen claridad tanto a quien las aplica, como a quien supervisa su cumplimiento.

2.5. Marco Teórico – Delimitando el escenario de análisis

Como se ha expuesto en las secciones previas, el riesgo de pérdidas por controversias que enfrenta las empresas del sistema financiero lleva implícito diversos conceptos y aspectos tratados, no solo en la literatura especializada, tal como hemos evidenciado a partir de los autores citados al desarrollar conceptos como riesgo, riesgo legal, pérdidas, provisiones, controversias, solvencia, sino también, mediante el consenso internacional de prácticas contables, en la NIC 37 por ejemplo, así como la regulación emitida por la SBS, la cual recoge estos aspectos y presenta, superficialmente, un reconocimiento y tratamiento, en nuestra opinión aún inconcluso, del riesgo materia de análisis en el presente trabajo de investigación.

De igual modo, este riesgo ha sido abordado, con mayor o menor profundidad, en las diversas legislaciones a las que hemos hecho referencia, como son la española, colombiana y chilena e incluso a nivel del gobierno central, como se evidenció en las reglas definidas por el MEF. Por ello, en opinión del autor, lo novedoso del presente trabajo no radica en la descripción del riesgo materia de evaluación, sino en evidenciar que este no ha sido debidamente dimensionado aún, en particular en nuestro contexto local, y por tanto el tratamiento regulatorio que se le brinda no presenta una solidez mínima que garantice que será oportunamente identificado y gestionado por las empresas del sistema financiero, así como evaluado por el supervisor del sistema financiero peruano.

Es, sin duda, relevante que el lector no pierda de vista que el problema que presenta la falta de regulación específica para este riesgo tiene sin duda un cariz especial al tratarse del sistema financiero, ya que, como hemos expuesto, el impacto de este en nuestra economía y nuestra vida es altamente sensible, por ello que la SBS, cuyo mandato hemos también desarrollado, tiene facultades para tratarlo de modo que se constituyan cimientos claro para su gestión por sus empresas supervisadas, le brinde como supervisor las herramientas necesarias para mitigar el riesgo, de modo que se busque preservar la solidez de aquellas, y sin que ello reste flexibilidad para permitir que tales empresas actúen con el dinamismo que requieren; todo ello en un contexto país en el cual aún no alcanzamos un nivel de madurez y predictibilidad en los pronunciamientos de nuestras autoridades jurisdiccionales.

En síntesis, a esta altura, el lector ha podido identificar los diversos conceptos que delimitan el presente trabajo, los roles de cada uno de los actores impactados por aquellos, como son la SBS, las empresas del sistema financiero, y los usuarios directos e indirectos de sus servicios, así como el contexto jurisdiccional en que tales empresas deben desenvolverse, de modo que pueda tener un marco teórico a partir del cual pretenderemos evidenciar, a través de estados financieros y casuística pública el riesgo, y, en particular, el problema que implica que aquel no esté debidamente regulado, lo cual limita el alcance de supervisión; todo ello, para concluir con un planteamiento de solución normativo.

CAPÍTULO 3: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Enfoque metodológico

El presente trabajo, a partir de un enfoque práctico, y predominantemente descriptivo, busca acercar al lector a diversos conceptos, instituciones y normas, desarrolladas en el capítulo anterior, que le brinden el marco sobre el cual se expone la existencia del riesgo de pérdidas por controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero del Perú.

A partir de ese estado, se ha optado por un enfoque metodológico que enfatiza el análisis de calidad e impacto regulatorio, ello implica buscar desarrollar porque resulta relevante que se genere una norma específica que regule, a nuestro entender, el problema que significa que el riesgo materia de análisis sea abordado por una norma genérica y no diseñada para su fin, de modo que no desarrolla adecuadamente los parámetros para identificar y gestionar este riesgo.

En ese sentido, la intención del presente trabajo es evidenciar ello y realizar una propuesta de mejora orientada tanto al cumplimiento del mandato de la SBS; pero que, a su vez, sea flexible para entender el contexto en el que desarrolla ese riesgo y el impacto financiero que conllevaría un requerimiento irracional de provisiones para las empresas del sistema financiero del Perú.

En efecto, se toma en consideración, partiendo del amplio reconocimiento del riesgo de pérdidas por controversias, reflejada en la casuística en los estados financieros, portales de información público, y eventos materiales del riesgo – de conocimiento público – es plantear una mejora sustantiva en el sistema regulatorio que justifique la creación de una nueva norma, partiendo de la premisa que la carencia de esta genera incertidumbre, inestabilidad, y sobre todo falta de predictibilidad tanto en los administrados (empresas del sistema financiero), la administración pública (SBS), y sobre todo en los terceros que ambos actores buscan proteger, beneficiar y/o atender desde sus roles.

Por ello, en nuestro análisis la calidad e impacto del marco regulatorio actual para tratar el riesgo de pérdidas por controversias no beneficia a la SBS a cumplir con su mandato, no genera

predictibilidad en las empresas del sistema financiero de cómo podría proceder el organismo supervisor, y no brinda una seguridad razonable a los usuarios del sistema financiero, y a tercero que se pueden ver afectados por este, de que el sistema este dimensionado adecuadamente el riesgo de pérdidas por controversias, y a partir de ello esté adoptando las medidas necesarias para cautelar su solvencia.

Cabe resaltar que hemos priorizado este enfoque, por sobre otros alternativos, porque consideramos esencial – en nuestra postura y de acuerdo a nuestra formación – que la administración siempre justifique adecuadamente cuando se requiere una norma, cuando no, y cuando la existente debe ser ajustada para crear valor a todos los involucrados, lo cual implica garantizar cumplimiento de mandatos constitucionales como el de la SBS sin entorpecer el quehacer de los actores que regula, como son las empresas del sistema financiero.

3.2. Elección y justificación de la muestra

Se ha optado por comparar normas de países con características similares a la nuestra, como son Colombia y Chile, integrantes junto al Perú de la Alianza del Pacífico (Alianza del Pacífico, s.f.), dada las similitudes existentes entre nuestros sistemas financieros, con regulaciones similares, así como en el contexto jurisdiccional en el que se desenvuelven.

De igual modo, para fines de comparación de estados financieros, se ha optado por utilizar el de las entidades que representan mayor cuota de participación de mercado en el Perú, considerando que en un impacto en aquellas podría tener mayor impacto tanto en el sistema, ya que por su tamaño representan un riesgo sistémico mayor, como por el alcance que tendría el impacto de la materialización del riesgo, en un supuesto estresado que afecte la solvencia, en razón del número de usuarios que comportan sus carteras activa y pasiva. No obstante, ello, no implica que este riesgo no sea relevante para el resto de empresas que componen el sistema financiero.

En efecto, el riesgo de pérdidas por controversias, como se ha expuesto, se encuentra presente en el quehacer de todas las empresas supervisadas, y su nivel de impacto dependerá no solo de la

controversia en sí, sino también su solvencia, dicho de otra forma de su capacidad de absorber pérdidas sin que ello afecte el desarrollo de sus actividades.

En ese orden de ideas, la identificación temprana y tratamiento adecuado del riesgo bajo análisis podría ser incluso más relevante para este tipo de empresas. No obstante, como punto de partida, por el alcance que debe tener toda norma, hemos procurado partir de un análisis de la situación de las empresas que mantienen mayor participación en el mercado.

3.3. Evidenciando el problema. Controversias que enfrentan las empresas supervisadas por la SBS

Las empresas supervisadas, por el tipo de actividades que desarrollan, mantienen un elevado número de relaciones contractuales, tanto con usuarios como con terceros, respecto de los cuales asumen diversas obligaciones, que eventualmente, los exponen a reclamos y/o al inicio de controversias judiciales, administrativas u otras.

Al respecto, de acuerdo a la Real Academia Española de la Lengua, una controversia es *la discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas*. Por su parte, Carnelutti (Carnelutti, 1944) define una controversia como *el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la oposición del otro*. En ese sentido, permanentemente, las empresas supervisadas se encuentran expuestas a pretensiones, que cuenten o no con fundamento jurídico, implican el uso de recursos para la defensa de sus intereses.

3.3.1. Tipos de controversias a las que se encuentran expuestas

Las empresas supervisadas por la SBS se encuentran expuestas a controversias, tanto en el marco de la legislación y jurisdicción del Perú, como en el marco de otras legislaciones y/o jurisdicciones. El tipo de controversias, para fines del presente trabajo, lo clasificaremos en tres grupos: judiciales, administrativas, y otras.

- Controversias judiciales: Son aquellas que se desarrollan en el ámbito judicial, comprende controversias de naturaleza civil, contenciosa administrativa, penal, mercantil, y otras que puedan afectar a las empresas supervisadas.
- Controversias administrativas: Son aquellas que se desarrollan en el ámbito administrativo, sean iniciadas directamente por la autoridad administrativa (SBS o Sunat por ejemplo) o por un tercero (tal como las controversias que enfrentan ante el INDECOPI).
- Otras: Considera los arbitrajes, los cuales son regulados por su propia legislación; así como como cualquier otra controversia no comprendida en los literales anteriores.

3.3.2. Riesgos que implican las controversias

El número de controversias que enfrente cada empresa está condicionado por una serie de factores, tales como el número de usuarios con qué cuenta, la diversidad y/o complejidad de sus productos, las fallas en sus procesos, los errores humanos de quienes las representan, entre otros aspectos. En ese sentido, y tomando como referencia los cuatro principales bancos del país (SBS, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - Información Estadística de Banca Múltiple, 2019), un ejemplo del tipo y número de controversias son las que enfrentan ante la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (INDECOPI, Mira a quien le compras, 2020), tal como se muestra en el siguiente cuadro que refleja el cifras, del 01.01.2015 al 31.12.2019, del registro “Mira a quien le compras”:

Tabla 1

Sanciones bancos sistémicos - INDECOPI

Banco	Nº Sanciones	Multas (UIT)
BCP	908	1182.27
BBVA	611	854.99
Scotiabank	801	962.6
Interbank	255	328.3

Lo expuesto revelaría que, en promedio, anualmente los cuatro (4) principales bancos enfrentan más de 500 controversias por la posible vulneración de derechos al consumidor que terminan con

sanciones, habiendo pagado multas, en 5 años, por 3328.16 UIT, lo cual con el valor de la UIT al año 2017 (SUNAT, 2020), representaría pérdidas por S/. 13'479,048.00. Si estas cifras las individualizamos, sin discriminar los volúmenes porcentuales de número de casos y de multas para cada uno de estos, se aprecia que en un año un banco enfrenta, ante la Comisión de Protección al Consumidor, alrededor de 130 controversias que terminará con sanción, las cuales le generarían pérdidas en ese periodo alrededor de S/. 700,00.00, solo por este tipo de controversias.

Lo expuesto, que no considera el resto de controversias que enfrenta una empresa, ni considera aquellas que tienen fallos que no implican salida de recursos, evidencia el riesgo que representan para las empresas las controversias que enfrenta, realizando la importancia de una adecuada gestión y adopción de medidas preventivas, como son las provisiones, antes que dichas pérdidas se materialicen.

De otra parte, al riesgo de salida de recursos por un caso concreto debe sumarse el riesgo de que, otros usuarios o terceros accionen contra la empresa por un supuesto similar, lo cual multiplicaría el perjuicio patrimonial que pudiera enfrentar.

Finalmente, se debe sumar también el riesgo reputacional que implica el enfrentar controversias, ya que según el tipo de controversia, esta podrá ser más o menos mediática, pudiendo afectar la credibilidad o aceptación de la empresa por los consumidores, lo cual sin duda se trasladará al número de productos que logre colocar o comercializar. Respecto al riesgo reputacional, debe tenerse presente que entidades como el INDECOPI o la SBS, publican a través de sus portales registros del número de sanciones impuestas a las empresas supervisadas, por lo que debe tenerse presente la mala publicidad que genera el enfrentar fallos adversos.

3.3.3. Casuística – Las empresas reconocen el problema

Tal como se ha desarrollado, el riesgo de pérdidas por controversias es ampliamente reconocido por las empresas del sistema financiero, a modo de ejemplo, en el portal de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) se puede revisar, en la sección de información financiera, en los estados financieros la apreciación y valorización que las empresas dan a este riesgo.

En ese sentido, partiendo de los 4 bancos con mayor participación de mercado se aprecia lo siguiente, presentamos un extracto de las cuentas sobre provisiones por controversias, y sus respectivas notas en dictamen, al cierre del ejercicio anual 2019:

- **Banco de Crédito del Perú:** Reconocen como provisiones para riesgos diversos un importe de 278'370,000.00, el cual explican en la nota a los estados financieros (SMV, Superintendencia de Mercado de Valores, 2020) como aquel que corresponde a las provisiones para las pérdidas estimadas en las acciones legales contra el Banco y sus subsidiarias, relacionadas con riesgo operacional y otras obligaciones similares que han sido estimadas por la Gerencia y sus asesores legales internos. Al respecto, cabe resaltar que el Banco reconoce el riesgo de pérdidas por controversias y lo trata mediante el registro de provisiones; no obstante, la interrogante, al señalar que el registro obedece a su estimación interna, es si el riesgo ha sido subestimado, situación que, al no tener una regulación específica, no puede ser medido con fiabilidad ya que no existe un parámetro contra el cual medir tal estimación.
- **Scotiabank:** Reconocen como provisiones para litigios y demandas el importe de 33'646,000.00. Sobre ello, señalan en la respectiva nota (SMV, Superintendencia de Mercado de Valores, 2020) que el Banco afronta diversas acciones legales las cuales están relacionadas con reclamos civiles y laborales entre otros, precisando que se derivan del quehacer rutinario del Banco. Resulta relevante destacar que la entidad reconoce, como hemos señalado, que en efecto las controversias se generan de su quehacer rutinario, lo cual fortalece la necesidad de que este riesgo sea gestionado y regulado.
- **BBVA:** Reconocen como provisiones para litigios, demandas y contingencias diversas el importe de 218'680,000.00, el cual explican (SMV, Superintendencia de Mercado de Valores, 2020) señalando que el Grupo BBVA tiene pendientes diversas demandas judiciales, litigios y otros procesos que están relacionados con las actividades que desarrolla, y que en opinión de la Gerencia y sus asesores legales no resultarán en pasivos adicionales a los registrados. En este caso, al igual que los dos anteriores, destaca la

referencia a que las propias actividades llevan implícito el riesgo de controversias, el cual es estimado según criterios internos, por lo que, como ya señalamos, podría ser subestimado.

- **Interbank:** Reconocen como provisiones para otras contingencias un importe de 38'880,000.00 señalando (SMV, Superintendencia de Mercado de Valores, 2020) que responden a las diversas contingencias legales por demandas que el Banco mantiene dada la naturaleza de sus operaciones, agregando que por dichas demandas se realizan provisiones, cuando en opinión de la Gerencia y sus asesores legales internos, es probable que el pasivo sea asumido por el Banco y la suma puede ser estimada razonablemente.

En resumen, a este punto, tenemos claro que las propias entidades reconocen el riesgo de pérdidas por controversias, como aquel que se puede presentar por múltiples razones en el desarrollo de sus operaciones.

De igual modo, se aprecia como denominador común la estimación según criterios internos, lo cual a priori no debería ser considerado negativo, ya que si se parte de la premisa que las empresas del sistema financiero buscan identificar, gestionar y mitigar sus riesgos, se espera que se realicen provisiones adecuadas. No obstante, cabe la posibilidad de que el mismo riesgo sea subestimado en una o más entidades.

Por ello, es relevante que se cuente con una norma específica que fije parámetros mínimos para tratar este riesgo, y que brinde a la SBS las herramientas para identificarlo y proponer ajustes de ser el caso.

Como aspecto adicional, resultan ilustrativos también algunos casos, de difusión a través de los medios, que grafican tanto la existencia del riesgo que el potencial impacto que pueden llegar a tener:

- El diario Gestión (Gestión, 2018), en publicación actualizada el 15.05.2018, da cuenta que la SUNAT gana juicio al Scotiabank y evita una devolución de S/. 500 millones. La nota

agrega que, entre los años 2013 y 2014, el Banco cancelo una deuda tributaria por 482 millones. Al respecto, esta contingencia, según el mismo diario, hizo que una deuda de 48 millones se convirtiera en una deuda de 482 millones, señalando también que habían precedentes que vislumbraban una posición más optimista para el Banco. Este caso, independientemente del fondo que no es materia de análisis a través del presente trabajo, pone de manifiesto que si las controversias no son provisionadas oportunamente pese a mantener fallos adversos, solo basado en la opinión de asesores legales, puede exponer al Banco a una salida de recursos abrupta, sin tener una cobertura apropiada para ello, lo cual según la solvencia y/o situación de la entidad puede tener mayor o menor impacto. Un caso como este presenta un desafío tanto para el supervisor, como para la propia empresa, ya que cualquier requerimiento de provisiones debe ser debidamente fundamentado en una norma apropiada para ello, conforme al principio de legalidad que rige la actuación de la administración pública, un proceder distinto expone al supervisor a eventuales cuestionamientos.

- Como ya hemos comentado, el riesgo de pérdidas por controversias no es exclusivo del Perú, por lo que resulta ilustrativo compararlo con escenarios potenciales, como es el caso de España. Al respecto, el diario el País (El País, 2019), en su publicación del 07.05.2019, señalaba que el Banco de España (supervisor bancario en dicho país) avisa a la banca del riesgo al que se enfrentan por litigios pendientes, señalando que uno de los riesgos que afecta la estabilidad del sistema financiero es el cumulo de litigios que las empresas tienen pendientes con clientes. El mismo artículo da cuenta que el riesgo de litigios no afecta a todas las entidades por igual; pero que el Banco de España pide a las entidades afectadas que calculen los riesgos de posibles sentencias condenatorias y que se preparen para ellos. De igual modo, no solo resaltan el impacto económico que tales controversias representan, sino también el riesgo reputacional que conllevan. El mismo artículo hace referencia también a una nota previa, del 11.03.2019, en el que se comenta que un informe de la consultora Oliver Wyman (El País, Diario El País - Economía , 2019), señala que se incrementará el número de litigios que la banca española deba enfrentar. Resulta interesante que el artículo hace referencia a que diez años de la crisis financiera, el cliente bancario español ha tomado el hábito de pleitear (demandar, litigar); escenario que debe ser tenido

en consideración en nuestro contexto, en el cual los cambios en los hábitos de los usuarios son constantes. El mismo artículo resume que el riesgo legal en comento –riesgo de pérdidas por controversias – hará necesario un incremento en las provisiones que se registran para tal fin.

En síntesis, el riesgo de pérdida por controversias es latente tanto en el Perú como otras jurisdicciones, y es necesario que sea oportunamente identificado y gestionado para que no impacte ni profunda ni intempestivamente a las empresas y, en general, al sistema financiero peruano. No debe perderse de vista en el análisis que el riesgo de pérdidas por controversias, si bien puede ser considerado el sub – riesgo de mayor materialidad, dentro de todos los que componen el riesgo legal, no es el único que amerita registro de provisiones, pues otros riesgos como son el de crédito, mercado, liquidez, operacional, u otros, justifican también, en múltiples ocasiones requerimientos patrimoniales; por lo que se busca es dotar a la SBS de una visión global de todos los riesgos, su potencial impacto, de modo que las medidas que adopte consideren todas las posibles salidas de recursos, entre ellas la del riesgo de pérdidas por controversias.

3.4. Importancia de la gestión de controversias

En línea de lo expuesto en el acápite anterior, los riesgos que implican las controversias pueden afectar, incluso, el desarrollo de las actividades de las empresas supervisadas, por lo cual, dichos riesgos, deben ser oportunamente mitigados.

Las controversias, como ya se ha indicado, podrían tener su origen en un error humano, como podría ser el brindar información incorrecta; fallas en los procedimientos, que se deberían a la desactualización de manuales internos respecto a la regulación vigente en aspectos como pagos anticipados (por citar algún ejemplo); o fallas en los sistemas, como podría generarse por reportes indebido a la central de riesgos o cálculos indebidos de las tasas de interés, por citar algunos ejemplos. A ellos, pueden sumarse como supuestos de origen de controversias, el incumplimiento de obligaciones con terceros, el incumplimiento, intencional o no, de la regulación, entre otros aspectos.

Partiendo de lo expuesto, es un hecho que, en mayor o menor medida, todas (o casi todas) las empresas supervisadas enfrentarán controversias durante el desarrollo de sus actividades, con todos los riesgos que ellas conllevan, por lo cual dichos riesgos deben ser mitigados.

3.4.1. ¿Por qué gestionarlas?

Como se indicó en el acápite anterior, resulta necesario mitigar los riesgos que conllevan las controversias que enfrentan las empresas supervisadas, y dado que es altamente improbable evitar el origen de una o más controversias (eliminar el riesgo), resulta necesario adoptar otro tipo de medidas para mitigar dichos riesgos.

Las medidas que pueden ser adoptadas ante un riesgo son diversas, por ejemplo asumir honrar cualquier pretensión que sea presentada a través de una denuncia o demanda por sus clientes o terceros, situación que la podría afectar tanto patrimonialmente como reputacionalmente, así como generar un incentivo perverso para accionar contra ella, por lo cual esta no suele ser una medida habitual.

Otra medida es transferir la cartera de activos (incluyendo personal) que sea la fuente de la(s) controversia(s); no obstante, en la práctica la transferencia de activos no suele tener como motivación la existencia de controversias (en especial por parte del adquirente); siendo esto así, la medida que se suele adoptar es la de enfrentar y gestionar las controversias, esto porque es el modo más eficiente, desde todas las perspectivas, de lograr la mayor mitigación de riesgos que conllevan las controversias para las empresas.

3.4.2. ¿Gestión interna o tercerización de servicios?

Habiendo definido que la medida más idónea es la de gestionar las controversias, la siguiente pregunta es cuál es el modelo de gestión más adecuado para las empresas supervisadas, el asumir el manejo interno de las controversias, o el tercerizar con un asesor legal externo dicho manejo.

En opinión del autor, dichas opciones no son ni deben ser excluyentes entre sí, ya que los asesores legales externos suelen especializarse en materias específicas (laboral o tributaria por ejemplo), por lo que su experiencia podría resultar determinante para obtener un resultado favorable en la controversia.

No obstante lo anterior, el conocer los detalles del funcionamiento de la empresa y/o sus productos, desde una óptica legal, es también relevante para obtener un resultado positivo, y dicha perspectiva solo podría ser aportada por asesores legales internos, es por ello que la mayoría de empresas suelen contar con un equipo de abogados internos que realizan la identificación de causas que originan las controversias, las gestionan y/o manejan directamente o, según complejidad u otras consideraciones, disponen que sean asesores externos quienes las manejen, pero siempre bajo un monitoreo intensivo.

3.4.3. Medidas para una adecuada gestión de controversias

En la línea de lo que hemos venido exponiendo se considera que deben adoptar ciertas medidas mínimas para garantizar una adecuada gestión de las controversias que enfrentan las empresas supervisadas, las cuales son:

- Contar un equipo legal interno debidamente capacitado, en especial, sobre las actividades y/o productos de la empresa, ya que este conocimiento, combinado a su pericia legal, les permitirá afrontar directamente diversas controversias u orientar adecuadamente a los asesores externos.
- Contar con una cartera de asesores legales externos a los cuales poder recurrir según la materia y/o complejidad del caso que enfrenten.
- Contar con procedimientos internos (normativa interna) que establezca adecuadamente las responsabilidades y el flujo de actividades para una correcta gestión de controversias de inicio a fin, regulando aspectos como plazos de traslado de información entre áreas, reportes del estado de controversias a los órganos de dirección, supervisión y/o evaluación

de resultados de los asesores externos, archivo de información, entre otras labores propias de la gestión de controversias.

- Realizar una permanente identificación de las causas que originaron las controversias y proponer medidas que contribuyan a su mitigación (por ejemplo si se viene incumpliendo una norma de protección al consumidor, adoptar la medida que mitigue más denuncias por el mismo hecho, por ejemplo reporte indebido a central de riesgos).

3.5. Importancia del registro oportuno y adecuado de provisiones por controversias

Es finalidad de la SBS defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, conforme a lo dispuesto por el artículo 347 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros – Ley N° 26702.

Para cumplir con dicha finalidad la SBS tiene entre sus atribuciones ejercer la supervisión integral de las empresas del Sistema Financiero, del Sistema Asegurador, del Sistema Previsional, y otras que se encuentren bajo su alcance de supervisión, así como realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, entre estas medidas o actos, se encuentra la facultad de solicitar el registro de provisiones.

3.5.1. ¿Por qué se deben registrar provisiones por controversias?

Una provisión, según la NIC 37 (IFRS, 2020), es un pasivo sobre el que existe incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento. Esta provisión tiene por finalidad anticiparse a un potencial resultado negativo, y busca que la empresa destine recursos, que podría invertir y/o gastar en otros rubros, a cubrir eventuales pérdidas futuras, por lo cual contablemente se registra un pasivo.

En efecto, esta medida pretende que, desde que se toma conocimiento de que la controversia podría generar una salida de recursos a la empresa (tal como podría ser con la demanda al asumir la contundencia de los hechos o la carencia de herramientas de defensa, medios probatorios

determinantes, fallos de primera instancia de la autoridad a cargo de resolver la controversia), las empresas, prudentemente, reserven recursos para atender las futuras obligaciones legales que se generarían ante la materialización de dichos fallos, de no registrarse estas provisiones las empresas podrían encontrarse ante supuestos en los que, el importe del fallo en contra podría tener una consecuencia severa en sus resultados y/o solvencia patrimonial, afectando así la marcha de actividades e incluso la misma existencia de la empresa.

Por todo ello, es que resultan necesario contar con una política que disponga el registro oportuno de provisiones por controversias.

3.5.2. Las provisiones como mitigantes de pérdidas por controversias

Estando a todo lo expuesto en acápites anteriores, queda claro que las provisiones son el principal mitigante de pérdidas por controversias, ya que actúan como “colchón” que permite anticiparse a los perjuicios patrimoniales que un fallo adverso podría tener en los estados financieros de la empresa.

En efecto, de manera similar a las provisiones que se registran para los créditos que se van deteriorando según la clasificación del deudor, las provisiones por controversias buscan anticipar un escenario de pérdidas de recursos, evitando que, cuando existe incertidumbre, los recursos sean destinados para asumir más riesgos, sin haber mitigado previamente el riesgo de pérdidas por controversias.

CAPÍTULO 4: DISCUSIÓN

4.1. Hipótesis

La hipótesis del presente trabajo de investigación consiste en plantear que la implementación de una norma o regulación específica para gestionar el riesgo de pérdidas por controversias contribuiría, ostensiblemente, a identificar, tratar, gestionar, mitigar el impacto del riesgo, ello a fin de velar por la estabilidad de las empresas del sistema financiero.

En efecto, el objetivo del planteamiento es velar por la solvencia, situación que requiere como premisa, en el marco del presente trabajo de investigación, reconocer que la existencia y relevancia de las múltiples controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero es un riesgo inherente al quehacer de tales entidades, por lo que resulta necesario que aquellas cuenten con procedimientos mínimos de gestión.

En este punto, debe recordarse que actualmente el Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero establece como marco aplicable a las demandas y litigios la NIC 37, norma contable que como ya se ha explicado ampliamente no es específica para controversias, y por tanto no cubre todos los posibles supuestos que se pueden presentar.

Lo anterior, sin duda, genera no solo una limitación en el actuar de la SBS quien podría ver cuestionada sus decisiones de requerimientos de provisiones con la consecuente subestimación del riesgo que luego pueda repercutir en la solvencia y estabilidad del sistema financiero; sino también en las medidas que las empresas del sistema financiero pueden esperar, pues la posibilidad de que el supervisor les requiera provisiones ante la sola presentación de demandas el latente, de igual modo que, al no apreciarse el contexto, se les requiera provisiones por el íntegro de fallos en primera instancia o desde el ámbito administrativo que les limite desarrollar sus operaciones de forma eficiente y eficaz.

En síntesis, la regulación actual no contribuye a un equilibrio, y en especial no brinda un marco claro que contribuya a que cada actor pueda tener parámetros claros sobre los cuales desempeñarse.

Por lo demás, el actuar de la SBS implica que cumpla adecuadamente sus mandatos; pero siempre amparada en el principio de legalidad, por lo que consideramos que solo el desarrollo de una norma específica garantizaría adecuadamente ello.

4.2. La hipótesis a la luz del marco teórico y el capítulo metodológico

Recordando lo desarrollado en los capítulos anteriores, se tiene que hay un consenso a nivel doctrinario y fáctico, tal como se evidenció en los estados financieros, en el portal de información del INDECOPI, e incluso en los medios, del riesgo que representan las controversias que enfrentan las empresas del sistema financiero.

De igual modo, los conceptos asociados a que debe entenderse, en el sistema financiero, como controversias, pérdidas, provisiones, entre otros, han sido también definidos tanto en la doctrina como la regulación, así los de gestión de riesgos, por lo que existe un escenario apropiado para articularlos a fin de brindar una regulación específica. En el mismo sentido, otras regulaciones han desarrollado, en algunos casos mayor profundidad como el de España, una regulación específica que los “independiza” de la NIC 37, y les da un mejor marco normativo de aplicación, atendiendo a la problemática.

En ese sentido, el problema que implica la falta de regulación para tratar dicho riesgo, para todas las partes involucradas, podría ser abordando, consideramos con éxito, a partir de la hipótesis planteada que es definir una norma específica y evitar una situación de incertidumbre o poca claridad normativa. En ese sentido, creemos también, desde la perspectiva del enfoque metodológico priorizado de calidad e impacto regulatorio, que la norma que se propone cuenta con la justificación debida y contribuiría a perfeccionar el tratamiento regulatorio tímidamente definido mediante la exigencia de la NIC 37.

Por ello, consideramos, a la luz del problema planteado y del enfoque metodológico considerado, que la hipótesis brinda una solución adecuada.

4.3. **Discusión: ¿Regular y supervisar, o dejar al sistema actuar?**

Sin duda uno de los aspectos más relevantes cuando se evalúa la calidad e impacto regulatorio es el valor que una norma genera y en qué medida puede contribuir a fortalecer un sector o, por el contrario, a solo incrementar el follaje normativo y en consecuencia dificultar o entorpecer su desarrollo.

En ese sentido, la norma propuesta debe ser sometido al mismo examen, y ante ello consideramos importante tener en cuenta los siguientes factores:

- El riesgo de pérdida por controversias es ampliamente reconocido por todos los actores involucrados. En efecto, como hemos evidenciado las empresas del sistema financiero registran provisiones por las controversias, y la SBS ha previsto que la norma de referencia para tal supuesto sea la NIC 37.
- El registro de provisiones por controversias es un proceso ya internalizado por las empresas con buenas prácticas, por lo que formalizar tal exigencia en una norma contribuye a alinear el escenario en que actúan, pues al ser un riesgo que afecta a todas las empresas del sistema financiero, aquellas que no desarrollan procesos internos para tal fin, obtienen una ventaja, en términos de ahorros de costos por ejemplo; pero a costa de incrementar el riesgo de ver afectada, eventualmente, su solvencia, lo cual impacta en los usuarios. En ese orden de ideas, resulta necesario que la SBS defina parámetros mínimos para tal fin.
- Por último, en nuestra opinión, el aspecto más relevante, la norma cumplirá su finalidad en la medida que no entorpezca el quehacer de las empresas del sistema financiero. En efecto, la norma debe reconocer el contexto, y tener flexibilidad, planteando una regla general, y justificando excepciones debidamente fundamentadas, es aspectos como jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional o la Corte Suprema, a través de sus plenos casatorios, así como reconociendo las diferencias entre entidades en términos de solidez, de capacidad de absorber pérdidas cuando las provisiones no sean realizadas por el íntegro de los montos dispuestos por las autoridades. Este último aspecto requiere, sin duda, un

organismo supervisor altamente especializado en términos de medir riesgos, como es a nuestro entender la SBS, el cual solo mediante una visión integral de todos los riesgos que enfrentan sus empresas puede determinar si aquellas están en capacidad de tolerar mayores riesgos, no solo por su solidez sino también por sus propios sistemas de gestión de riesgos. Ello sin duda, implicaría brindar una norma eficaz que reconozca parámetros mínimos, que brinden claridad sobre el actuar de la SBS; pero también flexible, pues, entendiendo el contexto, puede permitir que sus empresas en un escenario controlado gestionen adecuadamente sus riesgos.

Por tanto, en opinión del autor, la opción de no regular este riesgo, en un ámbito como el del sistema financiero, en el que la industria es regulada justamente por el impacto que puede tener en los depositantes, demás usuarios, y, en general, en la economía nacional por la función que cumple el propio sistema, más aún cuando existe un amplio reconocimiento de la existencia del riesgo de pérdida por controversias y el impacto que podría tener, no sería la decisión más prudente desde la perspectiva del supervisor. En ese sentido, consideramos que este aspecto debe ser regulado, entendiendo el contexto y siendo flexible, así como debidamente supervisado.

4.4. Propuesta de regulación

En atención a lo expuesto, a fin de garantizar la adecuada gestión y registro de provisiones por controversias, se propone la emisión de una norma, por parte de la SBS, que regule los aspectos mínimos para este proceso.

La emisión de la norma, constituye sin duda un primer paso; no obstante, requiere de una supervisión intensiva, tanto para su implementación como para su aplicación, a través de un monitoreo constante de la información que se reporte. En efecto, tal información debe permitir a la SBS identificar, tempranamente, los riesgos por pérdidas de controversias a los que pueden estar expuestas sus empresas supervisadas para requerir oportunamente provisiones y/o determinar si los porcentajes provisionados resultan apropiados de acuerdo a la exposición total de riesgos que puede tener una empresa.

En ese sentido, se plantea la siguiente propuesta regulatoria, a fin de que sea aplicada en el sistema financiero, en la cual se busca plasmar las ideas descritas a lo largo del presente trabajo de investigación, tomando en cuenta las experiencias de otras legislaciones, nuestro contexto, y procurando dar claridad en ciertos aspectos, sin que lleguen a ser rígidos y entorpezcan el quehacer de las empresas supervisadas:

NORMA PARA LA GESTIÓN, CLASIFICACIÓN, REPORTE Y REGISTRO DE PROVISIONES POR CONTROVERSIAS

Artículo 1°.- Alcance

La presente norma es de aplicación a las empresas señaladas en los artículos 16° y 17° de la Ley General, así como a las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP). Asimismo, es de aplicación al Banco de la Nación, el Banco Agropecuario, la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE), el Fondo MIVIVIENDA S.A., las Derramas y Cajas de Beneficios bajo control de la Superintendencia, la Federación Peruana de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (FEPCMAC) y el Fondo de Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (FOCMAC).

Artículo 2°.- Definiciones

Para la aplicación del Reglamento deben considerarse las siguientes definiciones:

- a) Empresa(s).- Cualquiera de las mencionadas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- b) Controversia.- Todo conflicto o discrepancia que enfrente la empresa con usuarios, terceros o autoridades, en sede judicial, administrativa, arbitral, o bajo cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, legalmente reconocido, cuyo resultado pueda generar una salida de recursos a la empresa, bajo cualquier concepto.
- c) Superintendencia.- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- d) Disposiciones contables.- Cualquier referencia a disposiciones contables se deberá entender como realizada al Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero,

Plan de Cuentas para Empresas del Sistema Asegurador, Manual de Contabilidad para Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, o Plan Contable General Empresarial, según corresponda.

Artículo 3°.- Gestión de controversias

Las empresas deberán incluir en su normativa interna disposiciones que establezcan, en cuanto a la gestión de controversias, lo siguiente:

- a) Las áreas responsables del proceso de gestión de controversias, de cualquier naturaleza, desde la recepción de las denuncias, demandas o comunicación de inicio de acciones administrativas (procedimientos sancionadores u otros) hasta la culminación y archivo definitivo de las controversias.
- b) El flujo de actividades para la gestión de controversias, considerando en la medida que sea posible, los plazos de acción de cada una de las áreas responsables, así como las actividades mencionadas en el presente acápite.
- c) La forma en que se realizará el monitoreo de la gestión de controversias encargadas a asesores legales externos; debiendo precisar la periodicidad, con que estos, presentarán sus reportes de avance por escrito, así como el procedimiento mediante el que se verificará y evaluará el desempeño de dichos asesores legales.
- d) La función de reportar por escrito al Directorio, a la Gerencia General u órganos similares, el estado y/o los resultados de la totalidad de controversias que enfrenta la empresa; precisando que deberá presentarse información detallada respecto de todas aquellas controversias que cuenten con fallos adversos por importes superiores a los S/. 250,000.00 o al 10% del patrimonio¹⁴ de la empresa, considerando el menor importe entre ambos, así como de aquellas que, por algún otro criterio de relevancia, se estimen convenientes reportar. La periodicidad del reporte indicado deberá ser, como mínimo, trimestral.
- e) El procedimiento para el archivo y conservación de los principales actuados de cada expediente de controversia.

¹⁴ Para las empresas del Sistema Financiero y Asegurador el cálculo se realizará en referencia al patrimonio efectivo.

Artículo 4° Clasificación y registro de provisiones por controversias

Las empresas deberán incluir en su normativa interna disposiciones que establezcan, en cuanto a la clasificación y registro de provisiones por controversias, como mínimo los siguientes aspectos:

- a) Las áreas responsables del proceso de clasificación, registro y revelación de la información contable (provisiones) relacionada a las controversias que enfrenta la empresa. Las áreas, o el área, a cargo de la clasificación de controversias deberá ser distinta que el área a cargo del registro/revelación de la información contable.
- b) El flujo de actividades para la clasificación, registro y revelación de la información contable relacionada a las controversias que enfrenta la empresa, considerando, como mínimo, las que se detallan en el presente acápite.
- c) Que se deben clasificar todas las controversias, en base a la probabilidad de la generación de salida de recursos de la empresa, en las siguientes categorías:
 - Probable: se asignará esta clasificación ante la existencia de hechos, elementos, o de un pronunciamiento de la autoridad que resolverá la controversia, que permitan inferir que se generará una salida de recursos de la empresa.
 - Remota: se asignará esta clasificación ante la inexistencia de hechos, elementos, o de un pronunciamiento de la autoridad que resolverá la controversia, que permitan inferir que no se generará una salida de recursos de la empresa.
 - Posible: se asignará esta clasificación cuando no sea posible clasificar como Probable o como Remota la salida de recursos de la empresa a causa de una controversia.
- d) La clasificación se deberá realizar al inicio de cada controversia, y será actualizada cada vez que ocurra una variación relevante en el estado de la misma (sentencia, resolución, laudo, nuevos medios probatorios u otros aspectos relevantes). Dicha información deberá estar a disposición permanente de esta Superintendencia, así como de los Auditores Internos o Externos.
- e) La clasificación de una controversia como ‘probable’ tiene como efectos que esta sea provisionada y revelada en notas a los Estados Financieros; en caso la clasificación sea

‘posible’ sólo se deberá proceder a revelar en notas a los Estados Financieros; y si la clasificación es ‘remota’ no se realizará ninguna acción. El registro de provisiones y la revelación de controversias en notas a los Estados Financieros se realizará de acuerdo a lo establecido por las disposiciones contables y el presente Reglamento.

- f) Toda controversia que cuente con una resolución, sentencia, laudo o fallo adverso, no definitivo o no honrado por la empresa, deberá ser clasificada como ‘probable’, y por ende se le aplicarán los efectos descritos en el punto anterior. Cualquier supuesto de excepción a la regla indicada deberá ser sustentado, en jurisprudencia vinculante y/u opiniones expertas, así como contar con la aprobación previa de una o más instancias superiores e independientes de aquella que propone la excepción.
- g) El procedimiento para la aplicación de las excepciones descritas en el literal anterior, precisando que tanto el procedimiento, como las excepciones, serán revisables por esta Superintendencia.
- h) Que se deberá conservar el sustento que acredite el honramiento de las obligaciones generadas por sentencias, resoluciones, laudos y/o fallos adversos que pongan término a las controversias enfrentadas por la empresa.
- i) Las controversias, a criterio de cada empresa, podrán ser clasificadas como ‘probables’ incluso cuando no cuenten con un fallo adverso, si del análisis efectuado por el área responsable se concluye que existe un riesgo de salida de recursos para la empresa.
- j) Las provisiones a registrarse deberán considerar, además de la obligación principal (que puede incluir multas), otros conceptos que pudiesen derivarse en la misma controversia; tales como medidas correctivas, intereses, costas y costos, entre otros.
- k) Las áreas a cargo de la clasificación de las controversias tienen como función reportar, como mínimo trimestralmente, al área responsable del registro y reporte de la información contable a esta Superintendencia, la clasificación y provisiones a registrarse por cada controversia, a fin que se registren, en uno solo acto, las provisiones correspondientes por el íntegro del monto propuesto, y se efectúen las revelaciones en notas a los Estados Financieros que correspondan.

Artículo 5° Reporte de información a la Superintendencia

Las empresas deben remitir, durante los treinta (30) días siguientes al cierre de cada trimestre del año, y mediante los formatos disponibles en el aplicativo “XXX” habilitado en el SUCAVE, el reporte denominado “Controversias Judiciales, Administrativas y Otras”, el que debe contener la siguiente información, y cuyo formato se indica en el **Anexo N° 1**:

- a) Número de controversias vigentes, detalladas por materia.
- b) Número de controversias vigentes, detalladas por materia, que cuenten con un fallo vigente que implique una salida de recursos de la empresa.
- c) Monto acumulado de fallos vigentes (incluir en el cálculo además del importe relacionado a la pretensión principal otros conceptos como medidas correctivas, intereses, costos, costas, entre otros), detallados por materia, que impliquen una salida de recursos de la empresa.
- d) Monto acumulado de provisiones registradas, detalladas por materia, que hayan sido registradas conforme con las disposiciones contables correspondientes.
- e) Información detallada sobre las controversias cuyos fallos impliquen una salida de recursos que sea igual o mayor al 10% del patrimonio o que superen los doscientos cincuenta mil nuevos soles (S/.250,000.00), lo que sea menor, según instrucciones del formato que se indican en el **Anexo N° 2**.

Artículo 6°.- Actualización

La Superintendencia, mediante Oficio Múltiple, podrá actualizar los diseños de los formatos a los que hace referencia la presente norma y/o comunicar instrucciones complementarias para su envío.

ANEXO N° 1

Nombre de la Empresa Supervisada				
			Información actualizada al: dd/mm/aa	
Materia de Controversia	# Casos ⁽¹⁾	# Casos S/R/L ⁽²⁾	Monto Acum. Fallo ⁽³⁾	Monto Acum. Provisiones ⁽⁴⁾
Civil / Comercial				
Laboral (Inc. P. Amparo)				
Penal				
Contencioso Adm. (*)				
Arbitraje				
Adm. INDECOPI				
Adm. SBS/SMV/BCR				
Adm. SUNAT				
Otros Administrativos				
Otros (Especificar)				
Total				

Instrucciones:

En el presente cuadro se deberá consignar información respecto a controversias en contra de la empresa. Los montos serán expresados en soles.

(1) Se deberá indicar el número de casos, por materia, que se encuentren vigentes, debiendo considerar para ello todos los que hayan sido admitidos a trámite y que aún no han sido archivados definitivamente. **(*)** Los casos de naturaleza contenciosa – administrativa generan la exclusión en el reporte, en el rubro administrativo que corresponda, de los casos que los originaron.

(2) Se deberá indicar el número de casos con sentencia, resolución, laudo u otro fallo, según materia, que generaría una salida de recursos de la empresa (se deberá considerar como fallos en contra incluso aquellos que sólo impliquen el pago costas y costos).

(3) Se deberá indicar el monto acumulado de las sentencias, resoluciones, laudos y otros fallos (vigentes), según materia, que generarían una salida de recursos de la empresa. Se deberá considerar dentro del cálculo de los montos a consignarse como provisiones los intereses, costas, costos, o algún otro concepto a pagarse, aunque aún no hayan sido definidos por la autoridad correspondiente, para lo cual deberá realizarse la mejor estimación de la posible salida de acuerdo al criterio experto. (*) Los casos de naturaleza contenciosa – administrativa considerarán el monto del fallo de los casos los originaron, excluyéndose a su vez dichos casos de la instancia administrativa pertinente a fin de evitar duplicidad en el reporte. De haberse realizado un pago a cuenta del importe correspondiente al fallo deberá restarse a fin de reflejar solo el monto pendiente de pago, adjuntándose el sustento.

(4) Se deberá indicar el monto acumulado de las provisiones, según materia, que han sido registradas en la cuenta que corresponda según los principios contables.

ANEXO N° 2

Nombre de la Empresa Supervisada								Información actualizada al: dd/mm/aa	
N°	Nombre del Demandante(s) /Denunciante(s)	N° de Expediente	Materia ⁽¹⁾	Sumilla del Caso ⁽²⁾	Monto del Petitorio ⁽³⁾	Instancia Actual ⁽⁴⁾	Monto del Fallo ⁽⁵⁾	Monto Provisionado ⁽⁶⁾	

Instrucciones:
En el presente cuadro se deberán consignar controversias cuyos fallos impliquen una salida de recursos que sea igual o mayor al 10%
(1) Se deberá indicar a qué materia corresponde la controversia, de acuerdo al detalle comprendido en el cuadro 'resumen'.
(2) Resumir las causas que originaron el proceso (en caso esté asociada a una operación activa o pasiva especificar el producto).
(3) Indicar el monto pretendido por la contraparte, sólo en los casos que haya sido cuantificado.
(4) Indicar la instancia en que se encuentra actualmente el caso (primera, segunda u otra en caso corresponda).
(5) Indicar el monto de la última Sentencia o Resolución o fallo en contra, según corresponda.
(6) Indicar el monto de la provisión registrada por la controversia.

CONCLUSIONES

1. El riesgo de pérdidas por controversias es ampliamente reconocido en la literatura especializada, en diversas regulaciones y, en la práctica, por las empresas del sistema financiero y la SBS.
2. Las pérdidas que pueden generar las controversias no gestionadas adecuadamente, pueden tanto a nivel individual o al medirlas de manera agregada, representar un riesgo que afecte la solvencia de una empresa o contribuya a su afectación sino son oportunamente identificadas y gestionadas mediante procesos adecuados y/o el registro de provisiones.
3. El marco regulatorio actual que contempla la SBS, a través del Manual de Contabilidad para empresas del sistema financiero, que hace exigible la NIC 37 no regula de forma específica las controversias, por lo cual representa una limitación para el supervisor y, en general, incertidumbre para los actores involucrados en cuanto a su aplicación.
4. La ausencia de una norma específica incrementa la posibilidad de que el riesgo de pérdidas por controversias no sea debidamente gestionando, pudiendo generar escenarios de subestimación del mismo, que puedan afectar la estabilidad de las empresas del sistema financiero, situación que afecta el cumplimiento de los mandatos de la SBS que es velar por la protección del ahorro del público y la solidez de los sistemas que cautela.
5. Desde un enfoque de calidad e impacto regulatorio, la propuesta de desarrollar una norma específica no generaría una carga adicional para el supervisor y/o para las empresas del sistema financiero, por el contrario brindaría reglas claras que reducirían las posibilidades de interpretación poco predictibles, contribuyen a una adecuada supervisión, pues los administrados podrán tener claras las reglas bajo las que este riesgo será evaluado.
6. La propuesta normativa constituye un primer paso; no obstante, debe materializarse y sobre todo debe velarse por su debida implementación y aplicación a través de supervisión efectiva, pues el riesgo de pérdidas por controversias, tan presente en el quehacer de las

empresas del sistema financiero, a fin de velar por su solidez y los ahorros del público, no debe ser subestimado.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AIOS. (Noviembre de 2010). *Asociación Internacional de Organismos de Supervisión de Fondos de Pensiones*. Obtenido de Principios y Mejores Prácticas de Supervisión: <https://www.aiosfp.org/documentos/1-principios-aios/file.html>
- Alianza del Pacífico. (s.f.). *Alianza del Pacífico*. Obtenido de <https://alianzapacifico.net/>
- Allen & Overy Global Law Intelligence Unit. (Abril de 2014). Obtenido de https://www.allenoverly.com/global/-/media/sharepoint/publications/sitecollectiondocuments/gliu_-_international_legal_risk_volume_1.pdf?la=en-gb&hash=0A55623B738BBE5F33B2FE132A201EB6
- AméricaNoticias. (10 de Agosto de 2020). *Americatv*. Obtenido de <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/congresista-cecilia-garcia-uso-discursivo-agresivo-contrabancos-n422834>
- BDE. (Diciembre de 2017). *Banco de España - Circular sobre Normas de Información Financiera*. Obtenido de <https://www.boe.es/eli/es/cir/2017/11/27/4>
- BIS. (2011). *Bank for International Settlements*. Obtenido de https://www.bis.org/publ/bcbs213_es.pdf
- Bueno Olzabal, M. (2019). Principales controversias que afectan el sistema financiero. Problemática y gestión. *Seminario Internacional en gestión y supervisión del riesgo legal de las empresas del sistema financiero*. Lima.
- Carnelutti, F. A.-Z. (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA Argentina.
- CMF. (Diciembre de 2019). *Comisión para el Mercado Financiero - Compendio de Normas Contables*. Obtenido de <http://www.cmfchile.cl/porta1/principa1/605/w3-propertyvalue-29911.html>
- Delogu, B. (2016). *Risk Analysis and Governance in EU Policy Making and Regulation*. Switzerland: Springer.
- El País, D. (7 de Mayo de 2019). *Diario El País - Economía*. Obtenido de https://elpais.com/economia/2019/05/07/actualidad/1557233043_985407.html
- El País, D. (11 de Marzo de 2019). *Diario El País - Economía*. Obtenido de https://elpais.com/economia/2019/03/09/actualidad/1552160697_630569.html
- García, S. P. (2013). *La reestructuración del sistema financiero español = The restructuring of the spanish financial system*.
- Gestión, D. (15 de Mayo de 2018). *Gestión.pe - Economía*. Obtenido de <https://gestion.pe/economia/sunat-gana-juicio-scotiabank-evita-devolucion-s-500-millones-233668-noticia/>

- Gonzalez Martín, L. (28 de Setiembre de 2017). *LinkedIn*. Obtenido de <https://www.linkedin.com/pulse/los-riesgos-legales-son-la-peor-amenaza-para-de-las-gonz%C3%A1lez-mart%C3%ADn/>
- Gopinath, S. (30 de Octubre de 2009). *BIS*. Obtenido de <https://www.bis.org/review/r091105c.pdf>
- Guerra Cerron, J. M. (25 de Mayo de 2006). *LAW.UFL.EDU*. Obtenido de https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Justicia_de_Paz_en_el_Peru_Espanol.pdf
- Hernandez de Cos, P. (17 de Junio de 2019). *BIS*. Obtenido de <https://www.bis.org/review/r190716g.pdf>
- IAIS. (2019). *International Association of Insurance Supervisors*. Obtenido de Insurance Core Principles and ComFrame: <https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/insurance-core-principles-and-comframe//file/91154/iais-icps-and-comframe-adopted-in-november-2019>
- IFRS. (6 de 12 de 2020). *IFRS*. Obtenido de IAS 37: <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-37-provisions-contingent-liabilities-and-contingent-assets/>
- IFRS. (6 de Diciembre de 2020). *MEF NICS (Versión 2020)*. Obtenido de https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/nic/SpanishRed2020_IAS37_GVT.pdf
- INDECOPI. (6 de Diciembre de 2020). *Mira a quien le compras*. Obtenido de <https://servicio.indecopi.gob.pe/appCPCBuscador/#resEmpresaRan>
- INDECOPI. (Diciembre de 2020). *Mira a quien le compras*. Obtenido de <https://servicio.indecopi.gob.pe/appCPCBuscador/>
- Llewelyn, D. T. (Junio de 2006). *Researchgate*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/255585648_Institutional_structure_of_financial_regulation_and_supervision_the_basic_issues
- McCormick, R. &. (2018). *Legal and Conduct Risks in the Financial Markets*. Oxford: Oxford University Press.
- Perú, B. C. (2020). *BCRP Glosario de Términos Económicos*. Obtenido de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf>
- Priori Posada, G. (2019). *El Proceso y la Tutela de los Derechos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Rodríguez, A. S. (2009). *Contratos bancarios: Su significación en América Latina*. Bogotá: Bogotá: Legis.

- RPP. (23 de Septiembre de 2020). *RPP Noticias*. Obtenido de <https://rpp.pe/economia/economia/estas-son-las-empresas-que-deberan-pagar-sus-deudas-a-la-sunat-tribunal-constitucional-deudas-tributarias-impuestos-noticia-1294048>
- SBS. (Diciembre de 2019). *Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - Información Estadística de Banca Múltiple*. Obtenido de <https://www.sbs.gob.pe/app/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.asp?p=1#>
- SBS. (6 de Diciembre de 2020). *SBS-ROF*. Obtenido de <https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/REGLORGANIZYFUNC/SBS-ROF-SBS-010-21.pdf>
- SMV. (6 de Diciembre de 2020). *Superintendencia de Mercado de Valores*. Obtenido de <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EEFF%20Separado%20SBP%202019.pdf>
- SMV. (6 de Diciembre de 2020). *Superintendencia de Mercado de Valores*. Obtenido de <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/BCP%20Consolidado%202019.pdf>
- SMV. (6 de Diciembre de 2020). *Superintendencia de Mercado de Valores*. Obtenido de <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EEFF%20Consolidado%20BBVA%202019.pdf>
- SMV. (6 de Diciembre de 2020). *Superintendencia de Mercado de Valores*. Obtenido de <https://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/EEFF%20Auditados%202019.pdf>
- SUNAT. (Diciembre de 2020). *SUNAT - Tasas*. Obtenido de <http://www.sunat.gob.pe/indicestajas/uit.html>
- SuperFinanciera. (1995). *Superintendencia Financiera de Colombia*. Obtenido de Circular Básica Contable y Financiera: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-contable-y-financiera-circular-externa--de---15466>
- Superintendencia de Banca, S. y. (Agosto de 2019). *SBS Informa - Boletín Semanal N° 28*. Obtenido de <https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/76?title=Proceso%20de%20planeamiento%20de%20capital>
- SYNOVUS Financial Corp. (29 de Julio de 2003). *BIS*. Obtenido de <https://www.bis.org/bcbs/cp3/synfincor.pdf>
- Velezmoro La Torre, O. (2010). *Modelo de gestión de riesgo operacional en una institución financiera peruana dentro de un enfoque integrado de gestión de riesgos*. Lima: (Doctoral dissertation, Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Administración y Contabilidad. Mención: Administración).
- Ware, D. (1997). *Principios Básicos de Supervisión Bancaria*. México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos. Obtenido de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Publicaciones-de-Otras-Instituciones/pub-en-56.pdf>

Leyes y Normas:

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley N° 26702. Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Res. SBS N° 895 - 98 - Manual de Contabilidad para Empresas del Sistema Financiero.

Res SBS N° 227 - 2017 - Reglamento para la gestión integral de riesgos.

Res. SBS N° 2116 – 2009 - Reglamento para la gestión del riesgo operacional.

Res SBS N° 6617 – 2015 - Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones.

