

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**¿Omnipotencia del Superintendente?:  
Análisis de las controvertidas facultades con que el Superintendente  
de Banca, Seguros y AFP regula el actual sistema financiero  
peruano, a la luz de la normativa vigente:  
Inimpugnabilidad y no motivación de  
sus resoluciones**

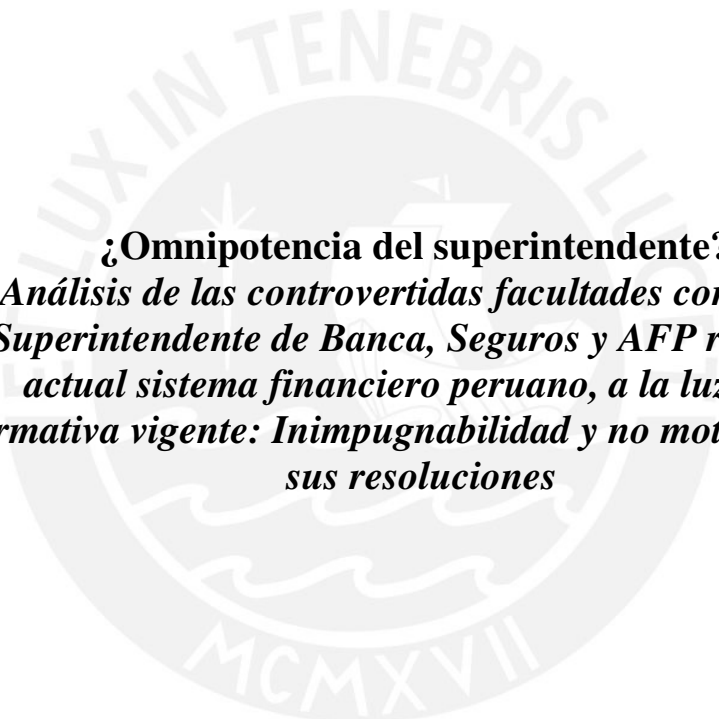
**Tesis para optar el título de Abogada**

**Gloria María Acosta Alvarez**

**Julio, 2007**



*Handwritten:*  
Acosta  
14-08-07



**¿Omnipotencia del superintendente?:**  
*Análisis de las controvertidas facultades con que el Superintendente de Banca, Seguros y AFP regula el actual sistema financiero peruano, a la luz de la normativa vigente: Inimpugnabilidad y no motivación de sus resoluciones*

*A mi padre*



## PALABRAS PRELIMINARES

Mis primeras palabras son de infinito agradecimiento para todos aquellos que me han apoyado para poder hacer realidad el alcanzar esta meta.

Quiero agradecer primero a Dios, a toda mi familia y muy especialmente a mi padre que desde el cielo me protege e ilumina, y a mi madre por su tenacidad y todo lo que ha inculcado en mí, que me hace ser cada vez mejor en la vida.

Así también, quiero agradecer a mis amigos del alma por todo su apoyo incondicional, muy especialmente a mi *sensei* académico, profesional y personal, quien es mi mentor, amigo y guía en cada momento de mi vida: Willy Mejía.

A mi alma máter: Pontificia Universidad Católica del Perú, a mi asociación Círculo de Derecho Administrativo – CDA, especialmente a mi equipo de la comisión de investigación y publicaciones y al Equipo



de Finanzas de la Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por sus aportes y cuestionamientos.

A mi asesor de tesis, Dr. Luis Pizarro, por su paciencia, confianza y apoyo.

Al apoyo institucional de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, a través del Dr. Sergio Espinosa y la Dra. Mila Guillén, Superintendente Adjunto de la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica y Jefa del Departamento de Regulación de la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica, respectivamente.

A los Doctores: Enriqueta González, Francisco Eguiguren, Diego Zegarra, Marcial Antonio Rubio, José Wiese y Leonor Avendaño, por sus aportes y ayudarme a “ver mas allá” y a los Doctores: Juan Monroy Gálvez y Martín Mejorada, por su gentil apoyo.

Al Dr. Hugo Guerra, socio del Estudio Cunza, Guerra, Mercado & Solis Abogados – Consultores, abogado del Banco Nuevo Mundo S.A. en Liquidación, al Dr. Aldo Melgarejo, Gerente del Departamento Legal de Electra del Perú S.A. y al Sr. Carlos Guerrero, representante legal del

Banco Hipotecario del Perú S.A. en Liquidación; quienes me han apoyado y aportado para la elaboración del presente trabajo.

Finalmente mi agradecimiento al equipo de atención al usuario de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile y la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Bolivia; quienes en el desarrollo de sus funciones, han atendido gentilmente mis consultas y aportado para enriquecer el presente trabajo de investigación.



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es fruto de una inquietud académica por una lectura diferente de las normas que analizaremos, formada desde las aulas de mi alma máter, por intensas discusiones en clase y al interior de mi asociación Círculo de Derecho Administrativo.

Mi acercamiento a la regulación bancaria en general, por su parte, surgió por mi experiencia profesional, la cual me ha conducido también a interesarme por la Economía; segunda carrera que pretendo seguir para complementar mis conocimientos y comprensión de varios temas directa o indirectamente relacionados.

Es mi intención contribuir, al menos, con un granito de arena a la mejora del sistema a través de la extensa revisión del tema que se plantea. Esperamos que pueda ser tomado en cuenta e implementado.

Nuestra investigación se fundamenta en un cuestionamiento, que no se limita a lo académico, sino que se ve reflejado fácticamente en el sistema económico nacional e incluso global, de ahí la relevancia de su estudio. Dilucidaremos entonces a lo largo del presente trabajo, respecto de las facultades conferidas, mediante una norma de rango legal, al Superintendente de Banca, Seguros y AFP: Inimpugnabilidad de sus resoluciones y no motivación de estas, y si estas se encuentran dentro de los límites constitucionales del debido proceso y la libertad de empresa.

El trabajo que se presenta, se ha dividido en cuatro capítulos: El primero referente a la delimitación conceptual del problema; el segundo al análisis de las actuales facultades, respecto del sistema financiero, del Superintendente de Banca, Seguros y AFP; el tercero a la revisión de la legislación comparada respecto de las facultades del Superintendente de Banca de cada país, para finalmente dar paso a la cuarta parte, referida al análisis del problema y la exposición de nuestra propuesta de solución.

Como es de notar, nuestra investigación se ha guiado principalmente por el método comparativo; puesto que, luego de establecida la finalidad de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y en



particular las facultades otorgadas al Superintendente, lo comparamos con otros intereses jurídicos posiblemente vulnerados.

Adicionalmente, nos hemos apoyado en el método jurídico propositivo, puesto que al finalizar nuestro análisis, planteamos nuestra alternativa de solución jurídica para el problema presentado.

En el primer capítulo, de delimitación conceptual del problema, nos hemos permitido detallar el fundamento de la regulación económica para luego delimitar la regulación clásica por parte del Estado, los servicios públicos, y poder así diferenciarlos de nuestro objeto de estudio. Así el lector podrá notar que la regulación estatal –dentro del marco objeto de nuestro estudio– es principalmente para garantizar y fomentar el ahorro del público. De forma secundaria, el Estado se preocupa por facilitar la competencia entre las empresas del sistema financiero; debido a que en este caso es el propio mercado quien regula ello.

Posteriormente se realizará una breve revisión del organismo público objeto de estudio, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, así como de su organización, funciones y empresas reguladas; así también, se realizará un recuento de los antecedentes históricos y

normativos de la institución, dando mayor énfasis a las facultades del superintendente en las últimas leyes que regulaban el sistema. De esta forma, el lector contemplará la visión de la SBS a lo largo de su historia, su evolución, hasta llegar a la institución que es hoy en día y se encontrará preparado para la revisión que realizaremos a continuación respecto de las facultades del superintendente, por lo que podrá cuestionarse si efectivamente cuenta con esas superfacultades que lo hacen “omnipotente”.

Previo a nuestro análisis de las facultades controvertidas del superintendente, nos permitimos realizar la siguiente clasificación de sus facultades: Facultad de representación, Facultad de administración, Facultad de emitir normas, Facultad de regulación y la que hemos denominado la Facultad cuasi jurisdiccional.

Sobre la base de lo planteado, nos veremos en mejor posición de delimitar el concepto de debido proceso contrapuesto con el derecho a la libertad de empresa, y contra el interés jurídicamente tutelado que es la estabilidad del sistema. De esta forma proponemos finalmente, una salida viable y eficaz de solución al problema objeto de estudio.

## ÍNDICE

### **PALABRAS PRELIMINARES**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **I. Preliminar: Delimitación conceptual del problema**

##### **1.1. Regulación económica del mercado**

###### **1.1.1. Intervención estatal en el mercado**

###### **1.1.2. Finalidad de la regulación por parte del Estado**

###### **1.1.3. Los organismos reguladores**

###### **1.1.4. El sistema financiero y su necesidad de regulación**

##### **1.2. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP**

###### **1.2.1. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP como organismo autónomo**

**1.2.2. Reseña histórica de la Superintendencia de Banca,  
Seguros y AFP**

**1.2.3. Empresas reguladas del sistema financiero**

**II. Análisis de las actuales facultades, respecto del sistema  
financiero, del Superintendente de Banca, Seguros y AFP**

**2.1. El Superintendente de Banca, Seguros y AFP**

**2.2. Facultades del Superintendente de Banca Seguros y AFP**

**2.2.1. Facultad de representación**

**2.2.2. Facultad de administración**

**2.2.3. Facultad de emitir normas**

**2.2.4. Facultad de regulación**

**2.2.5. Facultad cuasi jurisdiccional**

**III. Revisión de la legislación comparada respecto de las  
facultades del Superintendente de Banca o cargo análogo**



**3.1. Bolivia**

**3.2. Argentina**

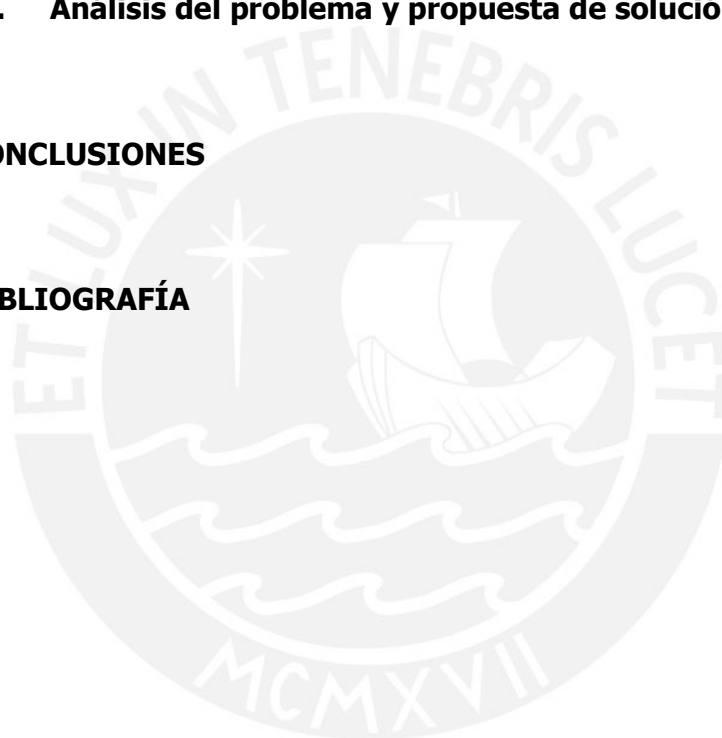
**3.3. Chile**

**3.4. Colombia**

**IV. Análisis del problema y propuesta de solución**

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFÍA**



*¿Omnipotencia del superintendente?: Análisis de las controvertidas facultades con que el Superintendente de Banca, Seguros y AFP regula el actual sistema financiero peruano, a la luz de la normativa vigente: Inimpugnabilidad y no motivación de sus resoluciones*

## **I. Preliminar: Delimitación conceptual del problema**

### **1.1. Regulación económica del mercado**

Iniciaremos nuestro planteamiento, delimitando a qué regulación nos referiremos a lo largo del presente trabajo; ello puesto que existen diversas clasificaciones al respecto. A efectos de nuestro trabajo, solo importará la regulación económica, mas no la regulación social, la cual no solo comprende el establecimiento de las reglas destinadas a disciplinar una actividad, sino también –como indica Mata<sup>1</sup>– a la verificación que esta se desenvuelva de acuerdo a las reglas preestablecidas.

La teoría de la regulación económica tiene su punto de partida en el modelo de equilibrio general de Arrow-Debreu (1954) a mediados del

---

<sup>1</sup> MATA, Ismael. “Los entes reguladores de servicios públicos (La experiencia de Argentina)”. *Documentación Administrativa*, N.º 267-268, septiembre 2003-abril 2004, Madrid, pp. 395-418.

siglo XX, el cual, a su vez, se origina en los trabajos de Walvs (1874), a fines del siglo XIX<sup>2</sup>. Según este modelo, la economía está conformada por dos agentes: consumidores y productores, los cuales interactúan en los mercados intercambiando bienes y servicios, con la presencia de condiciones como: la existencia de mercados para todos los bienes, todos los agentes toman los precios como ya establecidos, en caso de incertidumbre los agentes tienen la misma información de los precios y estados de los bienes, no hay exclusión de un agente en el mercado y los productores hacen máximas sus ganancias. Si fallara cualquiera de las condiciones antes indicadas no existiría equilibrio<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Debemos precisar que el tema de la teoría de la regulación tuvo como base, no solo a los autores antes mencionados, sino que la evolución responde a muchos años atrás; podemos mencionar entonces los valiosos aportes económicos realizados por Smith y Keynes. Smith por una parte planteó el comercio libre y la competencia para mantener la economía estable y fluida, en lo posible sin intervención del gobierno. En la época de Keynes este concepto se había desarrollado mejor, y se conceptuaba que el gobierno debía intervenir en la economía mediante la inversión, sin importar que llegara a un déficit presupuestal y mediar para que existieran nuevos mercados a condiciones favorables para el crecimiento económico. Por otra parte, Smith planteaba que el poder del egoísmo del hombre hacía posible el bienestar social mediante la búsqueda individual del interés personal. Keynes afirmaba, por su parte, que el empleo de las personas es la base de la estabilidad de la economía porque se permite el ciclo de consumidor-productor.

<sup>3</sup> RAMÍREZ GÓMEZ, Manuel. Citado por LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y Marcela ANZOLA GIL. *La Regulación Económica: Tendencias y desafíos*, Bogotá: Ed. Univ. Del Rosario, 2004, pp. 31- 32.

Estableceremos ahora a qué mercado nos referimos. Al respecto, hay otras muchas clasificaciones<sup>4</sup>; sin embargo, tendremos en cuenta solo dos: El modelo perfectamente competitivo y el monopolístico.

El modelo perfectamente competitivo parte de un supuesto fundamental: todos los productores y consumidores actúan como tomadores de precios; es decir, se comportan como si las funciones de oferta y demanda fueran infinitamente elásticas para los precios de mercado vigentes. Tal supuesto no es del todo realista cuando existen pocos agentes en una u otra parte que componen el mercado, dado que tales agentes a menudo poseen cierto poder sobre este.

El ejemplo más simple se observa cuando existe un único vendedor de un bien; si la función de demanda que enfrenta este único vendedor es una función decreciente y continua del precio, entonces el monopolista puede reconocer que un incremento en su precio por arriba del nivel competitivo le representa una reducción en ventas insignificante, por lo tanto, le es atractivo incrementar sus precios por arriba de este nivel. De hecho se tiene un efecto similar cuando hay más de un agente, pero no demasiados en un lado del mercado. En

---

<sup>4</sup> Para mayor detalle al respecto puede tomarse en cuenta a: SAMUELSON, Paul. *Economía*. México: Ed. McGrawHill, 1995; SACHS, Jeffrey D. y Felipe B. LARRAÍN, *Microeconomía en la economía mundial*. México: Ed. Prentice Hall, 1994, entre otros.



este sentido, se dice que un mercado es un monopolio si solo hay un oferente y la demanda del producto debe ser relativamente independiente del precio de otros productos.

De manera general, se parte del concepto que a la regulación económica se le identifica como una de las formas de intervención en la economía a fin de procurar los mecanismos para que todos los ciudadanos sean capaces de participar en el mercado<sup>5</sup>. Cabe anotar que no es el caso que per se el monopolio sea considerado perjudicial; existen monopolios naturales que pueden llevar la economía a buena escala.

La intervención en la economía a la que nos referimos es más bien para obtener –aun cuando parezca contradictorio– un mercado libre, esto es, abierto y transparente, donde los precios se fijan, principalmente, por la simple interacción de la demanda de los consumidores y la oferta de los proveedores; ello a su vez supone que los consumidores son conscientes de sus posibilidades y son capaces de elegir, que nuevos proveedores pueden acceder al mercado con relativa facilidad y que los precios pueden ajustarse para reflejar las decisiones de los consumidores y los proveedores.

---

<sup>5</sup> LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y Marcela ANZOLA GIL. Ob. cit., p. 12.

En esta situación no se justifica la intervención de un tercero, más que para salvaguardar las garantías para una convivencia pacífica.

En este contexto, nos preguntamos si debe existir en realidad regulación del mercado y si fuera así, cuál es el ente idóneo para ejercer tal regulación: ¿el Estado?, ¿los entes privados?, ¿organismos internacionales?, o ¿entes abstractos como “las fuerzas del mercado”?

A nuestro criterio resulta necesario determinar si es imprescindible o no la regulación estatal o si –por el contrario– el propio sistema económico puede funcionar eficientemente solo; en este sentido, iniciaremos nuestra investigación delimitando el rol del Estado en función al derecho fundamental de la libertad de empresa.

En segundo lugar, procederemos a delimitar la regulación clásica por parte del Estado y se diferenciará de nuestro objeto de estudio, tomando en cuenta para ello el respaldo constitucional al ahorro público y el deber del Estado de fomentar y garantizar el ahorro, así como de garantizar la estabilidad del sistema económico general.

Sobre la base de lo planteado, se delimitará la finalidad de la regulación del sistema financiero, puesto que sobre dicha base analizaremos las controvertidas atribuciones del Superintendente de Banca, Seguros y AFP peruano.

### **1.1.1. Intervención estatal en el mercado**

A partir de la Revolución Francesa, el mundo ha sufrido infinidad de cambios respecto de este punto, lo cual ha generado que el rol del Estado también haya cambiado: hubieron etapas en las cuales el Estado ha tenido gran injerencia en la economía y otras en las que el Estado ha reducido su actuar en esta. Sin embargo, a partir de los 80, producto de factores económicos, políticos y tecnológicos, el mundo ha sufrido grandes transformaciones. Al mismo tiempo, el "Estado de Bienestar"<sup>6</sup>, nacido a inicios de la década de los 50 del siglo pasado, era incapaz de brindar respuestas a esta nueva realidad.

El contexto, planteado en líneas precedentes trajo consigo nuevas necesidades, las cuales en algunos casos también debían ser satisfechas por el Estado, y ante nuevas necesidades que no podían ser cubiertas por su organización tradicional, el Estado tuvo que

---

<sup>6</sup> Entiéndase un Estado del bienestar como un modelo ideal donde el Estado asume la responsabilidad primaria del bienestar de sus ciudadanos. *Vid.*, BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, Cap.

transformarse para poder cumplir estos nuevos roles y así servir al interés general.

Los Estados, en su mayoría, con la orientación de política básica de maximizar el bienestar social, intervienen en el funcionamiento del mercado, a fin de remediar sus “fallas”, a través de la regulación económica.

En nuestro país, no se puede afirmar que fue recién durante la década de los 90 que el Estado tuvo que enfrentar este contexto; sin embargo, es recién a partir de esa década que el Estado cobra mayor relevancia en la intervención que realiza sobre el mercado<sup>7</sup>.

---

2; CLAUS, Offe. *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1990, Cap. VII.

<sup>7</sup> Sin embargo, podemos anotar otro tipo de intervención “Estatal”, desde la época prehispánica, en la que el “Estado” Inca impulsó su hegemonía y tomó el rol de distribuidor de bienes y servicios, teniendo como base la agricultura. Luego, en la etapa colonial de nuestra historia, el intervencionismo ilegal del Estado se hizo presente mediante la minería y la exportación principalmente. Así, en la etapa de nuestra independencia, el Estado estuvo sustentado por una economía rentista, con una bonanza facilista, puesto que la riqueza se generaba por los bienes y no por el esfuerzo; esta situación se modificó radicalmente en la etapa de industrialización, en la que la exportación de los productos fue primordial y se puede decir que recién después de la Segunda Guerra Mundial es que el Estado interviene en la economía con inversión pública. Como podemos apreciar, el Estado durante el desarrollo de nuestra historia ha intervenido en la economía de una u otra manera. Para mayor detalle, véase: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. “La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado”. En *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2004, Capítulos 1 y 2.



Desde hace quince años aproximadamente, el Estado peruano se ha ido alejando de su rol de prestador de bienes y servicios en la economía para pasar tener un rol más importante en la economía<sup>8</sup>.

En las últimas décadas, la regulación económica se ha caracterizado por la liberalización de los mercados y la participación de los agentes privados en todos los ámbitos, incluso en la prestación de servicios públicos<sup>9</sup>. Aunque esto haría pensar que la tendencia actual estaría marcada por la desaparición de la intervención del Estado en la economía, esto no resulta siendo así, pues se requiere su presencia como garante de la adecuada prestación de tales servicios.

Sin embargo, es preciso establecer claramente por qué resulta necesario que las actividades económicas se encuentren reguladas por el Estado; ello puesto que, si partimos de la premisa que los particulares son constitucionalmente libres para desarrollarse y poder alcanzar sus propios intereses a través de cualquier clase de actividad económica, podría pensarse que los particulares gozan de una libertad que no puede ser mutilada por acción del Estado.

---

<sup>8</sup> Debemos tomar en consideración que el rol del Estado, primordialmente, es el de organizador o el de regulador, dependiendo del tipo de mercado.

<sup>9</sup> Entiéndase –por el momento– servicio público como una forma de la acción administrativa por la que una persona, generalmente de derecho público, asume la satisfacción de una necesidad de interés general. Más adelante nos detendremos a analizar este punto.

Precisamos que la iniciativa privada es libre por mandato Constitucional, conforme a lo establecido en el artículo 58° de la Carta Magna, norma que adicionalmente reconoce que nuestro sistema económico actual es social de mercado<sup>10</sup>.

Asimismo, la actual Constitución, en su artículo 59° determina que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y **la libertad de empresa**, comercio e industria<sup>11</sup>.

Resulta necesario entonces delimitar el concepto de **libertad de empresa** a fin de poder determinar en qué sentido el Estado puede “intervenir” en la economía, teniendo en claro que, a nuestro criterio, la libertad de empresa parte de la libertad económica, en general, la cual es **el principio** de orden económico que inspira todo el derecho patrimonial.

---

<sup>10</sup> Constitución Política del Perú. Título III: Del Régimen Económico. Capítulo I: Principios Generales. Artículo 58°: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

<sup>11</sup> Constitución Política del Perú. Título III: Del Régimen Económico, Capítulo I: Principios Generales. Artículo 59°: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Delimitaremos en principio el concepto de **libertad**<sup>12</sup>. Guillermo Cabanellas<sup>13</sup> al respecto nos dice que se trata de la facultad humana de dirigir el pensamiento o la conducta según los dictados de la propia razón y de la voluntad del individuo, sin determinismo superior ni sujeción a influencia del mundo exterior.

El segundo concepto que también debemos delimitar es el de **empresa**; siendo esta cualquier actividad económica organizada que requiere un titular para su ejercicio. Ya no es necesario que se trate de un comerciante menor como se pensaba antes, se ha producido una evolución; en este sentido, resulta claro que el Estado –en particular el peruano– ha evolucionado también respecto de su concepción de libertad de empresa<sup>14</sup> hasta llegar a lo que actualmente tenemos, esto es, un mercado libre con la casi “eliminación” de la intervención económica del Estado.

Resulta claro que el empresario actualmente requiere, para llevar a cabo su actividad creadora, libertad y el reconocimiento por parte del

---

<sup>12</sup> El tema de la libertad ha desentrañado profundas discusiones entre filósofos de todos los tiempos, tales como Hegel, Sartre, Kant, por mencionar algunos. En este sentido, como es de suponerse, presentamos un concepto básico para poder profundizar sobre la libertad de empresa.

<sup>13</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Vol. V, 24.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1996, p. 542.

<sup>14</sup> Véase Nota N.º 7.

Estado de: la propiedad privada, la libertad de iniciativa, permitir el lucro y acumulación de capital.

Tomando en consideración lo indicado por el Tribunal Constitucional del Perú<sup>15</sup>, el deber de protección del Estado implica la proclamación de los derechos fundamentales como sistema material de valores, pues se trata de un deber especial de protección de dichos derechos por parte del Estado; ello implica no solo protección en el ámbito legislativo dentro de los límites de la Constitución, sino también en el plano de actuación de los órganos administrativos.

Debemos entender entonces que el Estado peruano, por mandato Constitucional debe hacer prevalecer el derecho a la libertad de empresa antes analizado. Si ello es así, permanece nuestro cuestionamiento: ¿Con qué finalidad el Estado regula el mercado?

En ese sentido, siguiendo la posición del Dr. Ariño<sup>16</sup>, podríamos clasificar los tipos de actuación del Estado de la siguiente manera:

En primer lugar, se menciona a la "acción reguladora e imperativa", o mejor conocida como la "actividad de policía"; dicha actividad es

---

<sup>15</sup> Sentencia del TC del 3 de octubre de 2003, Fundamento Jurídico N° 43, último párrafo.

<sup>16</sup> Citado por CUETARA, Juan Miguel. *La actividad de la Administración*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, pp. 93 y 94.

“fundamentalmente jurídica hecha de normas o de actos de imperio que se imponen coactivamente a los ciudadanos, sometiendo su vida y su actividad, sometiendo su actividad a una serie de limitaciones, de condicionamientos o cargas, necesarias para una ordenada convivencia; esta actividad incluye tanto la acción legislativa como la reglamentaria (...) es una actividad clásica y esencial del Estado (...)”.

Es importante señalar que la doctrina moderna ha indicado que el actual fundamento a esta actividad de policía es la “gestión de riesgos”<sup>17</sup> que surge en esta sociedad moderna, abandonando de esta manera a la salubridad y moralidad públicas.

En segundo lugar, la “acción de fomento” que puede definirse como el “estímulo, de presión, desde fuera y de modo no coactivo, sobre las fuerzas sociales, para imprimir un determinado sentido a la actuación de estas (...) no tiene fundamentalmente carácter jurídico sino económico (...). En todas estas actividades el Estado normalmente ‘no manda sino que ofrece’, y necesita de la colaboración del particular, de la aceptación del particular, para que se lleven a cabo”.

---

<sup>17</sup> ESTEVE PARDO, José. “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”. *Civitas, Revista española de Derecho Administrativo*, N.º 119, 2003, pp. 323-346, Barcelona.

Es preciso señalar que dentro de las medidas de fomento no solo se incluye a las medidas jurídicas y económicas sino también a las medidas honoríficas, es decir, reconocimientos, premios, distinciones, etc. realizados en beneficio de la comunidad<sup>18</sup>.

En tercer lugar, la "acción de prestación". En esta actividad la "administración `actúa aquí como protagonista` y responsable de la acción, como titular de la misma (...) son actividades públicas en sentido propio (aun cuando no supongan ejercicio de autoridad) en el sentido que la administración aparece como su `titular en exclusiva`, y solo mediante concesión pueden los particulares actuar en estos campos. A este grupo pertenecen todos los grandes servicios públicos y la mayoría de los servicios sociales". En este punto solo se puede precisar que cuando el Estado delega la gestión de estos servicios, asume un rol de garante con el cual regula los servicios a ser prestados.

En cuarto lugar se ubica la "acción de producción", en la cual "el Estado actúa como un agente más del mercado `sin reservas de titularidad`, en la producción o comercialización de bienes (...); la

---

<sup>18</sup> En nuestro país, por ejemplo, tenemos a los laureles deportivos o a la condecoración con la Orden del Sol.

diferencia fundamental con las actividades de prestación es que aquí no hay en rigor prestación de un servicio “al público”, sino “dación de bienes al mercado”. Solo se debe señalar que en nuestro país este rol del Estado se encuentra muy limitado debido al principio de subsidiariedad consagrada en nuestra Constitución vigente.

En quinto lugar, la “acción de planificación y programación” mediante la cual “el Estado pretende prever, conformar y racionalizar, de modo conjunto y sistemático, tanto la acción del Estado como la de la iniciativa privada (...) con el fin de atender en cada sector (...) las necesidades previsibles a plazo medio. El plan es un intento sistemático de conformación social que integra de algún modo las modalidades anteriores”.

### 1.1.2. Finalidad de la regulación por parte del Estado

Dentro de la actual teoría de la regulación se señala que el objetivo del Estado es **lograr una solución eficiente o una coordinación adecuada de eficiencia y equidad**<sup>19</sup>, lo que a nuestro criterio implica que el rol del Estado, representado por la Administración Pública, es realizar sus fines sobre la base del **interés público** y ello

---

<sup>19</sup> RAMÍREZ GÓMEZ, Manuel. Citado por: LIZARAZO RODRÍGUEZ, Liliana y Marcela ANZOLA GIL. Ob. cit., p. 52.



conlleva a un interés supranacional, más allá de los requerimientos de los particulares.

Como afirma el Dr. Gorki<sup>20</sup>, el Estado aparece primigeniamente como “una poderosa entidad –unitaria y abstracta– capaz de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a favor de los ciudadanos, a través de sus órganos; lo público –originario en la comunidad– se perfila, sin embargo, como un aspecto dimanante de la voluntad política estatal: una noción que cobra vida, curiosamente, a través de la voluntad concreta –gracias al Derecho– de quienes actúan en nombre del Estado, con la misma autoridad de este”.

Resulta fundamental determinar qué debe ser entendido por **interés público**, por ello precisamos que en su versión más amplia, es todo aquello que conviene al desenvolvimiento y utilidad del Estado, hasta la obtención del bienestar general, que es lo que finalmente persigue la Administración Pública.

---

<sup>20</sup> GONZÁLES, Gorki. “Interés público e institucionalidad democrática: Investigación para la acción”. En *Derecho y Ciudadanía: Ensayos de interés público*. Comp. Gorki Gonzáles. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 16 y 17.

El interés público<sup>21</sup> puede identificarse con la defensa del interés económico del Estado, transparencia en el operar administrativo, necesidades de garantizar el continuo y regular funcionamiento de los servicios públicos, o simplemente la conveniencia de reducir los costes de transacción a fin de lograr metas más conformes con la utilidad general<sup>22</sup>.

Ahora bien, respecto al contenido específico del principio de eficiencia aplicada a la Administración Pública, Menéndez<sup>23</sup> señala, “el principio de eficiencia, desde un ámbito dogmático, ha sido considerado como un principio material de actuación que obliga a considerar los principios de organización como criterios instrumentales para la satisfacción de los intereses generales”.

---

<sup>21</sup> Véase sobre el particular un especial análisis que realizan Gorki Gonzáles, Carlos Caro, Julieta Estremadoyro, César Landa, entre otros en *Derecho y Ciudadanía: Ensayos de interés público*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002.

<sup>22</sup> MONEDERO GIL, José. “Noción general de la institución de los contratos del Estado”. En *Doctrina General del Contrato Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 93.

<sup>23</sup> MENÉNDEZ REXACH, Eduardo. “La protección del interés general y la protección de las normas de defensa de la competencia”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1996, 7, pp. 189-210. Autor citado por LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública”. *Revista de Administración Pública*, N.º 164, mayo-agosto 2004, p. 337, Madrid.

Por otra parte, Salvo Tambo<sup>24</sup> señala que el principio de la eficiencia inspira la indispensable diligencia que debe auspiciar la gestión de los intereses generales y el respeto que se merecen los derechos constitucionales de los administrados.

De lo antes anotado, consideramos adecuado lo que indica De Membiela<sup>25</sup>, en el sentido que el principio de eficiencia ostenta un doble contenido, uno organizativo y otro de satisfacción. El primero se refiere a la organización que debe tener el órgano administrativo y el segundo se refiere a que a través de dicha organización se obtenga un desenvolvimiento adecuado para la obtención del bienestar general que es la meta de la Administración Pública.

En particular nos referiremos a lo largo del presente trabajo, al rol regulador del Estado para poder alcanzar el bienestar general de la sociedad. En este sentido, la regulación se asocia generalmente con los servicios públicos.

---

<sup>24</sup> SALVO TAMBO, María Asunción. “Los derechos y garantías en los procedimientos tributarios. La prescripción”. La nueva regulación de los derechos y garantías de los contribuyentes ante la Hacienda Pública. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1998, 9, pp. 67-132. Autor citado por LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. Ob. cit., p. 337.

<sup>25</sup> LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. *Ibidem*.

Debemos tomar en cuenta que la noción de servicio público en el Perú<sup>26</sup> tiene como soporte principal el elemento de la titularidad estatal del servicio; en este sentido, es el Estado el que tiene la capacidad de determinar si se establece una reserva a su favor para la gestión de una determinada actividad.

Adicionalmente, se relaciona el servicio público a aquellas actividades vinculadas con la materia económica (como la electricidad, telecomunicaciones y transporte, exceptuando el servicio de saneamiento) y no en actividades que se consideran como “básicas”<sup>27</sup> (como: salud, seguridad, etc.). Cabe anotar que los principios de la categoría jurídica de servicios públicos le son aplicables.

### **1.1.3. Los organismos reguladores**

Como hemos anotado anteriormente, es el Estado el que realiza la regulación del mercado; sin embargo, nos preguntamos qué poder<sup>28</sup> del Estado es el óptimo para realizar dicha labor.

---

<sup>26</sup> Se toma como base los principios contenidos en nuestra actual Constitución. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público en el sistema jurídico peruano*. Tomo I, Lima: 2005, pp. 350- 351.

<sup>27</sup> Este parámetro se ha roto al publicarse la ley que declara la educación básica regular como servicio público esencial –Ley N.º 28988, del 21 de marzo de 2007–, rompiendo, en este sentido, el esquema primigenio con el que contábamos.

<sup>28</sup> Nos referimos a la separación de poderes instituida por el *checks and balances* (controles y equilibrios); implica que para prevenir que una rama del poder se convirtiera en suprema, y para inducir las a cooperar, los sistemas de gobierno que emplean la separación de poderes se crean típicamente con un sistema de *checks and balances*. Este término proviene del constitucionalismo anglosajón, pero, como la

Como resultado de la búsqueda de la neutralidad del poder político se creó un nuevo tipo de entidades, las denominadas administraciones independientes. Cabe anotar que la reforma de la regulación necesariamente conduce a una reforma de las instituciones de gobierno responsables de aplicarlas; ello en la medida en que es imperativa la necesidad de acceder al diseño de nuevos mecanismos institucionales que garanticen el cumplimiento de las nuevas normas, y sobre todo, de los objetivos planteados.

---

propia separación de poderes, es generalmente atribuida a Montesquieu. *Checks and balances* se refiere a varias reglas de procedimiento que permiten a una de las ramas limitar a otra, por ejemplo, mediante el veto que el Presidente de la República tiene sobre la legislación aprobada por el Congreso, o el poder del Congreso de alterar la composición y jurisdicción de los tribunales. Los constitucionalistas anglosajones encuentran su origen en la Carta Magna, aplicándose en la práctica en las luchas entre la monarquía y el parlamento en las guerras civiles inglesas del siglo XVII. Montesquieu, en el siglo XVIII, realizó más bien la formulación teórica de lo que los ingleses habían aplicado en la práctica el siglo anterior Para mayor detalle véase: VÁZQUEZ, E., C. AGUILERA y C. OLMEDA. "Diccionario Histórico y Artístico". Checks and balances. En *La expansión de Gran Bretaña*. Barcelona: Sarpe, 1985, pp. 28-60.

A saber, la rigidez de la teoría clásica de la división de poderes, que propuso Montesquieu no es dable en la actualidad puesto que elimina múltiples posibilidades de relaciones interorgánicas que podrían tomar carácter de control; sin embargo, dicho esquema sirvió de pauta para establecer la estructura funcional de los Estados modernos.

Actualmente se trata al Estado como un ente unitario, que cuenta con funciones para lograr el equilibrio anteriormente señalado, teniendo adicionalmente en cuenta la coordinación y la especialización. Las funciones a las que nos referimos son las siguientes: gubernativa, legislativa, jurisdiccional y algunos autores consideran a una cuarta –y novedosa– función administrativa; otros consideran que esta se encuentra comprendida en la función gubernativa. Para mayor detalle véase: CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 5.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994.

Del mismo modo, acogiendo lo señalado por el Dr. Valencia<sup>29</sup> podemos agregar que “en el marco de los sectores liberalizados, las nuevas tareas administrativas a acometer, altamente especializadas y sensibles, por la pluralidad de operadores intervinientes y la cuantía de los intereses económicos en juego, se tiende a poner en manos, siguiendo un modelo ampliamente difundido, de organismos públicos especializados, independientes de los intereses del sector, y asimismo relativamente distanciados de las tensiones políticas”.

En este punto, también es importante referirse a los organismos reguladores peruanos, los que se crearon como nuevas agencias reguladoras, las que fueron parte del proceso de reforma de las industrias de servicios públicos. Se debe enfatizar que, al igual que en la experiencia británica, el deseo de evitar la participación de los tribunales en el proceso de regulación habría llevado al gobierno a adoptar el modelo de organismos reguladores independientes; al principio del proceso de reforma, existía una clara desconfianza en la capacidad de los tribunales para tratar los temas relativos a la regulación.

---

<sup>29</sup> VALENCIA MARTÍN, Germán. “Servicios públicos y organismos reguladores”. *Revista de Derecho Administrativo (Ponencias presentadas del Primer Congreso de Derecho Administrativo)*. Lima: Jurista editores, 2004, p. 397.

Asimismo, al referirse al móvil que generó la creación de estos organismos, señala que "... fue el deseo de otorgar al inversionista potencial cierta estabilidad y credibilidad en la regulación. Dicha garantía resultaba importante para atraer inversiones a dichas industrias, tomando en cuenta la discrecionalidad con la que actúa el Ejecutivo y el estilo centralizado de toma de decisiones que han sido características de la región"<sup>30</sup>.

En las agencias reguladoras, ciertamente, siempre existe el riesgo de la captura del regulador por parte de algún grupo de poder, sea este político, económico, de las empresas operadoras del sector, de las asociaciones de consumidores o de cualquier grupo de poder o influencia. En ese sentido, las normas deben establecer un diseño de los organismos reguladores que los proteja de estos riesgos y otorgue legitimidad a la actuación de estos.

No obstante ello, siempre deben tenerse presente los objetivos: racionalizar y despolitizar el ejercicio de la regulación económica, así como la gestión de los procesos de transición a la competencia en los

---

<sup>30</sup> FALLA, Alejandro. "Las nuevas agencias reguladoras 'Ni muy muy ... ni tan tan'". *Ius Et Veritas*, N.º 27, 2004, Lima, p. 170.



sectores tradicionalmente monopólicos<sup>31</sup>. En ese sentido, toda medida que se tome, debe tener como presupuesto dicho fin.

En resumen, podemos señalar que es necesario que un correcto funcionamiento de una agencia reguladora muestre lo siguiente:

En primer lugar, contar con un entidad reguladora **independiente** de los agentes que operan en el mercado (es decir, empresas prestadoras de servicios y usuarios) y que, a su vez, sea independiente de las decisiones políticas que se tomen; es decir, sea llevada bajo criterios técnicos.

En segundo lugar, hacer a las instituciones **responsables de las metas** fijadas en sus declaraciones de misión, visión y objetivos, con el fin de evaluar el grado en que satisfacen los criterios de evaluación de calidad acordados por ellas mismas.

En tercer lugar, se debe garantizar la **independencia** de la entidad reguladora, tanto en el ámbito **económico, financiero, administrativo, técnico y funcional**.

---

<sup>31</sup> ARIÑO, Gaspar y Lucía LÓPEZ DE CASTRO. *La competencia en sectores regulados*.

Estas modalidades de autonomía que se citan han sido recogidas en la legislación peruana que reglamenta la actuación de los organismos reguladores; es decir, en la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que fue publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de julio de 2000.

Los denominados organismos reguladores son organismos públicos descentralizados y como tales cuentan con personería jurídica de derecho público; asimismo se encuentran adscritos a la Presidencia de Consejo de Ministros y dentro de la estructura del Estado forman parte del Poder Ejecutivo.

Lo antes anotado no implica que se disminuya su independencia, puesto que cuentan con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Estos organismos reciben un aporte por regulación, el que se recauda de las empresas que se encuentran dentro de su ámbito de supervisión.

Respecto de las funciones que cumplen estos organismos reguladores anotamos que conforme a ley cuentan con facultades supervisoras,

---

Granada: Ed. Comares, 2003, pp. 48 y 49.

reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios. Cabe anotar que conforme a ley, estos organismos no cuentan con facultades especiales, como las de inimpugnabilidad de sus resoluciones, ni no motivación; como es el caso del superintendente; aun cuando estos organismos también son parte de la Administración Pública y como tales tienen el deber de velar por el interés público.

Resulta interesante verificar que su órgano máximo es el Consejo Directivo, **órgano colegiado** conformado por cinco miembros<sup>32</sup>, el que se compone de la siguiente manera:

- Dos miembros del Consejo Directivo a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales será el representante de la sociedad civil;
- Uno a propuesta del ministerio del sector (en el caso de Osiptel, un representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones);
- Uno a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas; y

---

<sup>32</sup> El periodo de ejercicio de dicho cargo es por cinco años, pudiendo ser designados por un período adicional.

- Uno a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Como puede apreciarse, estos organismos cuentan con una diversa composición, lo cual enriquece las decisiones que este colegiado pueda tomar respecto de cada tema o problema que pueda suscitarse.

Anotamos que solo el presidente del Consejo Directivo ejerce las funciones ejecutivas de dirección, él es adicionalmente el titular de la entidad; es decir, quien ejerce las facultades de representación de esta.

Los organismos reguladores han dividido sus procedimientos administrativos en: "solución de controversias" y "solución de apelaciones de usuarios"; sin embargo, es preciso señalar que en ambos casos existe una controversia o conflicto de intereses entre dos particulares que deberá ser resuelta por la Administración, siendo esta la definición que usaremos de "procedimiento administrativo trilateral".

En ese sentido, cabe señalar que ante controversias entre agentes del sector, estas son resueltas, en primera instancia, por cuerpos

colegiados y, en segunda instancia, por el Tribunal de Solución de Controversias. Asimismo, debe precisarse que esta vía administrativa es previa y obligatoria, y de competencia exclusiva del organismo regulador que corresponda.

Del mismo modo, también tienen la facultad de resolver controversias entre usuarios y empresas operadoras. En ese sentido, se ha establecido que la función de solución de reclamos de usuarios permite a los organismos reguladores conocer y resolver en segunda instancia los reclamos presentados por los usuarios contra las empresas operadoras respecto de los servicios públicos que tienen a su cargo; asimismo, también constituyen vía previa al órgano jurisdiccional.

En resumen, podemos señalar como a los tribunales administrativos a los cuerpos colegiados, a los tribunales de solución de controversias y a los tribunales de apelaciones de reclamos de usuarios.

Finalmente, para poder definir a la jurisdicción primaria, se debe recurrir a la jurisprudencia del Indecopi; en ese sentido, la Sala de Defensa de la Competencia y en su oportunidad el propio tribunal, en la Resolución N.º 0221-2002/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2002

han señalado que la “jurisdicción es la potestad pública de juzgar de manera definitiva y hacer ejecutar de manera forzosa dicha medida sin que se encuentre referida a una materia determinada, puesto que la materia es en realidad una cuestión de competencia y no de jurisdicción”.

La competencia, en el sentido indicado por la resolución antes indicada, es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. El hecho que un órgano tenga competencia para conocer determinada materia no significa que esté ejerciendo función jurisdiccional, salvo que la esté conociendo de manera definitiva.

Siguiendo el razonamiento establecido por el Indecopi, se puede señalar que el factor determinante para señalar si existe jurisdicción es la no posibilidad de revisión de las resoluciones emitidas.

Lo indicado en el párrafo precedente, no implica –a nuestro criterio– que el Poder Judicial no cuente con la facultad de revisar; ya que resulta indispensable que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos debe quedar sujeto a un control judicial

suficiente y que el alcance de este control no dependa de reglas generales, sino que dichas normas deben ser aplicadas según cada situación jurídica.

A nuestro criterio, la Administración, conforme al principio de legalidad, puede realizar funciones jurisdiccionales<sup>33</sup>; anotamos ello, puesto que más adelante nos servirá este mismo concepto para apreciar la función jurisdiccional que ejerce la SBS.

Respecto de la transparencia de la información, los organismos tienen obligaciones de transparencia que permitan el acceso de los ciudadanos a la información administrada o producida por ellos, la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y en la evaluación de su desempeño. Adicionalmente, cuentan con la obligación de publicar previamente los proyectos de normas y

---

<sup>33</sup> El origen histórico de dicha teoría yace en los Estados Unidos, en las demandas promovidas por los cargadores en contra de los ferrocarriles, impugnando la validez de las tarifas que estos cobraban. Como consecuencia del Leading Case "Texas & Pacific Railway Co. vs. Abilene Cotton Oil Co.", los tribunales ordenaron llevar dicha controversia al ente administrativo independiente (Comisión de Comercio Interestadual) y solo acudir a la judicatura a fin de obtener una revisión judicial. Según lo establecido en dicha doctrina, cuando la ley crea a un ente gubernamental y le atribuye la competencia para resolver, en primera instancia, ciertos tipos de casos, los tribunales no podrán emitir opinión hasta que dicho ente gubernamental se haya pronunciado. Para mayor detalle véase: MAIRAL, Héctor. "La ideología del servicio público". *Revista de Derecho Administrativo*, enero-agosto 1993, Buenos Aires, pp. 420 y ss.



resoluciones de carácter general a expedirse y su exposición de motivos, para recibir comentarios y sugerencias.

#### **1.1.4 El sistema financiero y su necesidad de regulación**

Como hemos revisado líneas arriba, resulta necesaria la intervención estatal para regular diversos aspectos del mercado; sin embargo, resulta necesario, en este momento, precisar que la intervención a la que hacemos referencia, no es su participación en el sistema financiero.

No nos referimos entonces, a la intervención del Estado peruano, en la década de los 80, pese a lo dispuesto por la Carta Magna de 1979<sup>34</sup>; esto es, la estatización de las empresas bancarias, financieras y de seguros, mediante la Ley N.º 24723, del 29 de septiembre de 1987; en la cual se reservó para el Estado el ejercicio de la actividad bancaria, financiera y de seguros sustentándose legalmente la dación de dicha ley en que la Constitución no prohíbe el monopolio público de dicha actividad limitándose a prohibir el monopolio privado.

---

<sup>34</sup> Artículo 152º de la Constitución Política de 1979: “La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de la actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo”.

Artículo 153º de la Constitución Política de 1979: “La actividad bancaria, financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado directa ni indirectamente. La ley señala los requisitos obligaciones, garantías y limitaciones de empresas respectivas”.

Adicionalmente, dicha norma precisaba que se declaraba de interés social la actividad de servicio público de las empresas indicadas en el párrafo precedente, reservándose para el Estado su ejercicio en las condiciones establecidas en dicha ley.

Resaltamos que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante la SBS) ejerce, en representación del Estado, **el control y la supervisión** de las instituciones que operan con fondos del público intermediario.

Sobre la base de lo indicado realizaremos un breve recuento de las teorías respecto de la desregulación o regulación del sistema financiero.

La **Teoría de la desregulación del sistema financiero** indica por una parte que en los últimos tiempos los países han tenido una relativa desregulación de este sistema, una suerte de gradual desregulación o regulación "light", lo que conllevará a mediano o largo plazo a quedar totalmente desregulado<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> LAWRENCE, H. White. "Banking without regulation". *Ideas on Liberty* (1993). Véase: <http://www.fee.org/publications/the-freeman/article.asp?aid=2046>

El Dr. White, menciona entre otros países que siguen esta tendencia a Colombia<sup>36</sup>; país que como veremos más adelante ya no sigue este modelo.

Cabe mencionar que el Dr. White basa su teoría de desregulación del sistema financiero en un mercado en el que existan por lo menos: i) barreras de entrada para el acceso a los mercados, ii) monto mínimo de capital para que la empresa opere, iii) restricciones a nivel de expansión geográfica y en el tipo de actividades a realizar, iv) existencia de reservas legales, y finalmente v) protección para la inexistencia de quiebras<sup>37</sup>.

Una de las razones por las que se afirma que el mercado bancario puede regularse sin intervención del Estado es que esta desregulación no causa inflación de precios; afirma ello puesto que existen requisitos antes mencionados, como las reservas; ello a su criterio es suficiente para existencia de solvencia en el sistema.

---

<sup>36</sup> También menciona a Australia, Canadá, China, Francia, Irlanda del norte, Suiza e incluso a Estados Unidos.

<sup>37</sup> Cabe cuestionar esta posición, puesto que de todas formas se debe supervisar si se cumplen o no estos requisitos mínimos.

También se afirma que la competitividad del mercado exige a los bancos realizar un trabajo adecuado y que es esta competencia libre la que debe regular el sistema bancario.

La **Teoría de la regulación del sistema financiero** es la más seguida por los países actualmente<sup>38</sup>; ello puesto que no solo se debe tener en cuenta el capital con el que cuenta la empresa del sistema financiero, sino también el ahorro del público, recordemos que el dinero con el que principalmente cuentan estas empresas para la realización de sus actividades de inversión no es su propio capital, sino más bien el dinero del público; es decir, de aquellos agentes superhabitarios que depositaron para generar intereses o simplemente para tener un lugar donde confiablemente podrían retirar dicho dinero en cualquier momento, dada la solidez de dicha empresa.

Por otra parte, se afirma complementariamente a la razón anterior, que el Estado debe intervenir necesariamente en el sistema financiero, puesto que el sector público tiene depósitos importantes en muchos bancos que debe vigilar.

---

<sup>38</sup> ASTUQUIPAN, Carlos. "El sistema bancario en el ojo de la tormenta". *Business, Negocios en el Perú*, Año 7, N.º 67, abril 2000, Lima, pp. 27-28.

Es por estas razones fundamentalmente que los Estados modernos han optado por supervisar: las tasas de interés que estas empresas aplican a los préstamos que otorgan, los encajes que cada empresa debe realizar, el riesgo que cada operación implica, así como el riesgo-país, los índices de morosidad de su cartera, entre otras cosas.

En el caso de reflatamientos de bancos con problemas de iliquidez, el Estado tendría que intervenir en razón de salvaguardar los intereses del público en general y los suyos propios. En este orden de ideas, al Estado le conviene intervenir, puesto que en términos económicos y financieros le resulta más rentable aportar capital en un banco que asumir los costos de una eventual quiebra que podría complicar a todo el sistema.

Nuestra posición respecto de si debe regular o no el sistema financiero va acorde con esta segunda teoría planteada; en este sentido, coincidimos con el ex Superintendente de Banca chileno<sup>39</sup>, en su afirmación que en definitiva se requiere de una entidad supervisora con autonomía financiera, con independencia y estatus para la toma

---

<sup>39</sup> CEMLA. "Comentarios presentados por Luis Cortavarría Ch. sobre la ponencia: Refuerzo del papel de la Superintendencia Bancaria. Facultades mínimas, autonomía e independencia". Novena Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe. Ponencia de: GUZMÁN C., José. *Liberalización, profundización financiera y los desafíos para la regulación y supervisión.*

de decisiones en materia de regulación y sanciones, y políticas de personal ajustada a los parámetros del sector privado con programas de adiestramiento permanente e intensivo.

Sin embargo, consideramos que a diferencia de las dos teorías antes referidas, debe existir un justo medio. A nuestro criterio este justo medio se refiere a tomar en cuenta dos cuestiones fundamentales: La primera es el interés público que debe salvaguardar el Estado, representado en la SBS, esto implica que se debe velar por la estabilidad del sistema financiero en general y particularmente la necesidad por parte del Estado de garantizar y fomentar el ahorro del Público; en este sentido, consideramos indispensable que la regulación y supervisión se debe realizar de una forma directa para resultar ser eficiente.

La segunda cuestión a tomar en cuenta es que el Estado debe facilitar la competencia entre las empresas del sistema financiero de forma secundaria; debido a que, en este último caso, es el propio mercado quien lo regula, sin mayor intervención estatal. Con ello podríamos hacer un símil con la llamada supervisión de segundo piso<sup>40</sup>, que es

---

Superintendencia de bancos e instituciones financieras de Chile (Agosto de 1992), México, 1993.

<sup>40</sup> CEMLA. Ob. cit.

aquella en la que los organismos supervisores crean las condiciones para avanzar hacia una supervisión no tan directa, sino estimular la autorregulación del sistema financiero y supervisar la capacidad de dichas empresas para autorregularse y autocontrolarse.

Debemos tomar en cuenta que el propósito fundamental de la regulación financiera es promover la acumulación de capital y la asignación de recursos eficaz y eficiente, mientras se mantiene la seguridad y solidez de las instituciones financieras que aceptan depósitos del público. Además, la supervisión también debe aspirar a encontrar el justo equilibrio entre mantener la solvencia para proteger el sistema y permitir que los bancos adopten las innovaciones necesarias para permanecer competitivos<sup>41</sup>.

La estabilidad financiera es un bien público, ya que se trata de un bien imprescindible para el buen funcionamiento de la economía de una nación y para la tranquilidad de sus habitantes.

---

<sup>41</sup> <http://www.gdrc.org/icm/govern/Jansson-spanish.rtf>



Este bien público al que hemos hecho referencia, no es tal solo para los países; sino inclusive para el público global<sup>42</sup>, ello puesto que un sistema financiero no puede ser totalmente aislado de los demás.

Coincidimos con Coz<sup>43</sup>, al afirmar que la actividad bancaria no es un servicio público; el autor antes citado afirma ello sobre la base de que las normas constitucionales reconocen el pluralismo económico. Lo antes anotado, sin embargo, no cuenta con correlato respecto de la definición que hemos esbozado anteriormente respecto de servicio público. A nuestro criterio, la actividad que realizan las empresas del sistema financiero es una **actividad privada**; sin embargo, se debe tener en cuenta el interés público que debe ser regulado. El tema de discusión resulta si las facultades de este regulador –y más aún, si el

---

<sup>42</sup> La globalización, no puede ser dejada de lado. El mundo se encuentra en una etapa en donde es importante la cooperación a nivel internacional y en donde se ha internacionalizado, de múltiples maneras, la vida social, económica, política, cultural, religiosa y militar. De hecho, las decisiones que cualquier gobierno debe tomar, precisan siempre consideraciones de perspectivas internacionales y es la esfera de la economía la que más pronto vislumbró y asumió este nuevo escenario. Esto es, una economía en la que el flujo de capital, el mercado de trabajo, el proceso de producción, la organización, la información y la tecnología operan simultáneamente a nivel mundial. No hay duda de que la caída del Muro de Berlín y el derrumbe de la Unión Soviética son el hito histórico que marca el paso fuerte hacia una economía mundial abierta, globalizada, caracterizada por ser una economía de mercado, en contraposición a la economía comunista, de corte marxista-leninista de férreo control estatal. La economía de mercado (o de mercado libre como también la llaman) está impulsada por el espíritu del libre comercio que recorre el mundo, y se materializa en procesos de libre comercio (o libre competencia, como le gusta llamarla a algunos economistas) y se basa, esencialmente, en las leyes económicas de oferta y demanda, en donde el mercado está libre de control estatal, y es "autorregulado" por dichas leyes.

<sup>43</sup> COZ, Ernesto. "Actividad bancaria, ¿servicio público o empresa?". *Advocatus*, Año 1, N.º 2, 1990, p. 54-57.

ejercicio de estas— se encuentran acordes con nuestra normativa vigente.

Adicionalmente, precisamos que el Estado facilita la competencia entre las empresas del sistema financiero de forma secundaria conforme señala el artículo 61° de la Constitución: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

Debemos tomar en cuenta el principio de la función reguladora supletoria del Estado: Al Estado “le corresponde orientar el desarrollo del país” conforme a lo establecido por el artículo 58° de la Constitución; asimismo, solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, conforme a lo establecido en el artículo 60° de la Constitución.

El Tribunal Constitucional peruano señala que la intervención del Estado en la economía es excepcional y debe justificarse

necesariamente por la presencia de una falla del mercado<sup>44</sup>. En este sentido, la intervención estatal es reguladora, porque corrige fallas, pero de forma supletoria, porque no interviene sino en el caso en que el sector privado mismo no puede corregir la situación.

Nos preguntamos en este estadio si existe una **norma supranacional** al respecto o **alguien** que indicara que efectivamente, resulta necesaria la regulación del sistema financiero.

Al respecto cabe anotar la existencia del **Comité de Basilea**<sup>45</sup>, que

---

<sup>44</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo editorial de la PUCP, 2005, p. 177.

<sup>45</sup> Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, el sistema financiero se expandió. La banca comercial en Europa se desarrolló increíblemente, tal es el caso de los bancos franceses, italianos, alemanes, suizos, holandeses, ingleses, suecos y daneses. Paralelamente, la banca norteamericana fue ejemplo de ayuda internacional y se consolidó en los años sesenta y setenta como los pioneros de la banca corporativa. A principios de la década de los ochenta, muchos bancos norteamericanos poseían excedentes de dinero, para ser colocados fuera de su país. En este sentido, se dispersaron los préstamos con intereses blandos a cientos de empresas y entidades financieras de casi toda América Latina. Simultáneamente a esto, la banca europea también prestaba para proyectos en la región, pero fueron más conservadores, y desde mediados de los años ochenta **se aglomeraron los más importantes bancos de Europa Occidental para crear desde la ciudad de Basilea, Suiza, las primeras normas para fortalecer cualquier institución financiera**. En diciembre de 1974, los gobernadores del G-10 (de los diez grandes bancos centrales europeos) crearon el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea con el fin de mejorar la colaboración entre las autoridades de supervisión bancaria. Posteriormente, en 1994 se desató una crisis financiera que hizo que muchos de los bancos norteamericanos, pequeños y medianos, que prestaron dinero por toda América Latina, quebraran, siendo absorbidos por bancos más grandes y teniéndose que negociar las liquidaciones de los préstamos con emisiones de bonos denominados Brady. De ahí el famoso y sonado efecto tequila de la quiebra de bancos en México, así como, por ejemplo, en Venezuela, país al cual la famosa crisis financiera de 1994 le costó, en la quiebra de más de 16 bancos, la suma de más de US \$ 8.000.000.000 en bonos de la república. Después de la crisis de 1994, ya los bancos fueron capitalizándose aceleradamente para soportar en 1997, la crisis financiera asiática al igual que la crisis rusa, brasileña y de Turquía. Para mayor detalle véase:

[http://www.humphreys.cl/file/boletines\\_pdf/ReporteBasilea2Jun04.pdf](http://www.humphreys.cl/file/boletines_pdf/ReporteBasilea2Jun04.pdf)  
[http://www.woccu.org/pubs/cu\\_world/article.php?article\\_id=431](http://www.woccu.org/pubs/cu_world/article.php?article_id=431)

constituye un foro de debate para la resolución de problemas específicos de supervisión. Este comité coordina la distribución de las competencias supervisoras entre las autoridades nacionales, a fin de garantizar una supervisión eficaz de las actividades bancarias, y con el paso del tiempo sus normas de supervisión transfronteriza se ha convertido en un referente en todo el mundo.

Los acuerdos de Basilea han jugado un papel importante en el fortalecimiento del sistema financiero. La repercusión de estos acuerdos, en cuanto al grado de homogenización alcanzado en la regulación ha sido extraordinaria. Si bien no se trata de una norma supranacional, sí se toma como una base fundamental para el desarrollo del propio sistema a nivel de cada nación<sup>46</sup>.

Las pautas recogidas en Basilea I de 1988, de adecuación de capital para la banca, son de enorme importancia. Estas reglas han demostrado su valía, sobre todo la regla principal, por la cual los bancos deben mantener un volumen de capital que, por lo mínimo, sea del 8% del valor total de sus activos, ponderado por su nivel de riesgo.

---

<sup>46</sup> Basilea I fue diseñado para bancos con actividad internacional y para los entonces 11 países representados en el Comité de Basilea, sin embargo, más de 130 países lo han adoptado. Además, cuenta con el reconocimiento del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial como buena práctica internacional.

Un sistema bancario con suficientes provisiones de capital es fundamental para poder captar los temporales del clima económico. Se supone que las economías de Norteamérica y Europa no hubieran podido sobrevivir a las recientes tensiones económicas –y hasta eventos como el del 11 de septiembre en Nueva York– sin haberse visto muy afectadas de no haber sido por la acumulación de capital que realizaron durante la etapa de expansión previa.

En los mercados emergentes, como los de América Latina y Asia, que a menudo se enfrentan a situaciones de mayor volatilidad, las normas sólidas sobre adecuación de capital son probablemente aún más importantes.

El paisaje financiero actual ha cambiado significativamente con respecto a décadas atrás. Se ha registrado un proceso de liberación, innovación y globalización. Así pues, los nuevos instrumentos financieros minimizaron las restricciones existentes y las hicieron más sencillas de soslayar. Asimismo, contribuyeron a que los mercados fueran más completos, ofreciendo más margen para la cobertura o la administración de riesgos financieros. Así pues, los mercados financieros globales se están integrando cada vez más.

Los elementos del nuevo acuerdo, Basilea II, se han ordenado en tres pilares fundamentales<sup>47</sup>:

- Las ponderaciones de riesgo asignadas a los diferentes tipos de activos de riesgo,
- Supervisión corriente por parte de las superintendencias, y
- La disciplina del mercado a través de más transparencia.

## **1.2. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP**

### **1.2.1. La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP como organismo autónomo**

La SBS es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas que regula. Asimismo, ejerce en el ámbito de sus atribuciones, el control y la supervisión de las empresas conformantes del sistema financiero y sistema de seguros y de las demás personas naturales y jurídicas incorporadas por esta ley o por leyes especiales<sup>48</sup>, de manera exclusiva en los aspectos que le

---

<sup>47</sup> Para mayor amplitud respecto de este tema, véase un notable análisis en: [http://www.bbva.com/TLBB/fbin/Doc5\\_tcm12-9488.pdf#tcm:12-9542-64](http://www.bbva.com/TLBB/fbin/Doc5_tcm12-9488.pdf#tcm:12-9542-64)

<sup>48</sup> En julio del 2000 fue promulgada la Ley N.º 27328, en virtud de la cual se amplía el ámbito de acción la SBS, al incorporar bajo su control y supervisión a las AFP. De esta manera, a partir del 25 de julio de 2000, la SBS ha asumido las funciones que desde 1992 venía desempeñando la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

corresponda. Adicionalmente, supervisa el cumplimiento de la Ley Orgánica y disposiciones complementarias del Banco Central.

Su autonomía funcional, económica y administrativa se encuentra establecida constitucionalmente en el artículo 87º y desarrollada en La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N.º 26702 (en adelante, Ley General o Ley de Bancos, indistintamente); dicha norma, adicionalmente, define su ámbito de competencia; y señala sus demás funciones y atribuciones.

Corresponde a la SBS, conforme lo establece la Ley General, 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 y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la Ley General, procediendo a la clausura de sus locales y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor.



La SBS goza de autonomía económica<sup>49</sup>; ello puesto que, conforme a la Ley General, el presupuesto de la institución será aprobado por el Superintendente de Banca y Seguros, quien tendrá a su cargo la administración, la ejecución y el control de este, y será cubierto mediante contribuciones trimestrales adelantadas a cargo de las empresas supervisadas.

Conforme a lo indicado por la Ley General, la SBS está facultada para:

- Otorgar, denegar, suspender o cancelar la autorización de funcionamiento de las empresas del sistema financiero;
- Adoptar las medidas necesarias para prevenir y/o evitar que cualquier persona no idónea controle o participe, directa o indirectamente, en la dirección, gestión y operación de la empresa del sistema financiero;
- Examinar, controlar o fiscalizar a las empresas del sistema financiero y reglamentar y vigilar el cumplimiento efectivo de las obligaciones de registro y notificación establecidas en los artículos anteriores;
- Verificar, mediante exámenes regulares, que las empresas del sistema financiero posean y apliquen los programas de cumplimiento obligatorio;

---

<sup>49</sup> Podemos precisar ello, aun cuando reconocemos que la Contraloría General tiene a su cargo el control de la ejecución presupuestal de la Superintendencia.

- Brindar a otras autoridades competentes la información obtenida de empresas del sistema financiero, incluyendo aquellas fruto de un examen de cualquiera de ellas;
- Dictar instructivas o recomendaciones que ayuden a las empresas del sistema financiero a detectar patrones sospechosos en la conducta de sus clientes. Esas pautas se desarrollan tomando en cuenta técnicas modernas y seguras de manejo de activos, y sirven como elemento educativo para el personal de las empresas del sistema financiero;
- Cooperar con otras autoridades competentes y aportarles asistencia técnica, en el marco de investigaciones y procesos referentes a los delitos de tráfico ilícito de drogas o delitos conexos.

### **1.2.2. Reseña histórica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP<sup>50</sup>**

Como antecedente primigenio mencionamos a la denominada **“Misión Kemmerer”<sup>51</sup>**, la cual se constituyó en nuestro país debido a la solicitud que hiciera el Banco de Reserva al Ministro de Hacienda,

---

<sup>50</sup> Para mayor detalle al respecto véase:

<http://www.pucp.edu.pe/departamento/economia/contenido/pdf/DDD161.pdf>

<sup>51</sup> Anotamos ello, aun cuando reconocemos que existieron antecedentes de regulación y supervisión del sistema financiero en el Perú desde los años 1600.

ello luego de la crisis de los 30. En ese sentido, se autorizó al Banco de Reserva para invitar al profesor Edwin Walter Kemmerer a fin que brindase asesoría. Así fue como, en 1930, se constituyó la “Misión Kemmerer”, la cual formuló varios proyectos de ley, algunos de los cuales fueron promulgados, tales como: la Ley Monetaria, la Ley del Banco Central de Reserva y la Ley de Bancos.

La Superintendencia, como tal, fue creada el 23 de mayo de 1931 bajo la denominación de Superintendencia de Bancos; su finalidad era la de controlar y supervisar los bancos, empresas que en ese entonces conformaban un sistema financiero pequeño<sup>52</sup> y habituado a la autorregulación.

Sin embargo, la supervisión bancaria en el Perú se inició recién en 1873, con el establecimiento de requerimientos tales como: capital mínimo para la constitución de las empresas supervisadas, un régimen de emisión y cobertura de los billetes y publicación mensual de informes con indicación detallada de las cantidades de moneda acuñada o de metales preciosos existentes en las cajas bancarias.

---

Véase: SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS Y AFP. *Historia de la Supervisión y Regulación Financiera en el Perú*. Lima, 2006.

<sup>52</sup> En total fueron dieciséis instituciones financieras que estuvieron inicialmente bajo el ámbito de la Superintendencia.

El primer antecedente de una entidad supervisora fue una dependencia del Ministerio de Hacienda, denominada **Inspección Fiscal de Bancos**, una institución con objetivos poco definidos, que se limitaba a dar recomendaciones para corregir errores o enmendar infracciones. Por otra parte, el sector de seguros, tuvo su primer antecedente en la Inspección Fiscal de Seguros creada en 1895 para verificar el cumplimiento de la ley por parte de las compañías de seguros.

Un papel importante de la Superintendencia, al poco tiempo de ser creada, fue la conducción de tres procesos de liquidación: del Banco del Perú y Londres, el Banco de Tacna y la Caja de Ahorros de la Beneficencia Pública del Callao. Posteriormente, el ámbito de la Superintendencia se fue expandiendo progresivamente. En 1936 se incluyeron las compañías de capitalización y las empresas de seguros y en 1937 la inspección fiscal de ventas a plazo.

En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se produjo una expansión de los depósitos y colocaciones, y con ello el sistema bancario fue modernizándose al amparo del restablecimiento de la libertad de cambios y de importaciones dictadas durante el gobierno del General Odría. Durante el período 1956-1968 el sistema creció

notablemente, al constituirse dieciocho nuevos bancos, siete empresas de seguros y diecisiete asociaciones mutuales de créditos para vivienda.

Durante el período de 1962 hasta 1968 se otorgan facultades regulatorias y de supervisión al BCR, mientras que la Superintendencia tenía un papel limitado aún en lo que a supervisión y control se refería. Este período comienza con la promulgación de la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Reserva<sup>53</sup> y finaliza con la publicación del Decreto Supremo N.º 297-68-HC que otorga al BCR atribuciones aún mayores, entre otras, aquellas que habían correspondido a la Superintendencia de Bancos. Por ejemplo, la facultad de aprobación del funcionamiento de nuevas empresas bancarias y la implementación del sistema de multas y sanciones (cantidades y modalidad).

El régimen militar, iniciado en 1968, realizó una serie de cambios radicales en la concepción del rol del Estado en todas las esferas de la actividad económica del país. Así por ejemplo, se determinó que los bancos comerciales solo podían ser propiedad de personas naturales o jurídicas peruanas y que las empresas bancarias ya establecidas solo

---

<sup>53</sup> Ley N.º 13958 del 30 de enero de 1962.

serían consideradas nacionales cuando por lo menos el 75% de su capital fuera de peruanos. Asimismo, se impusieron restricciones al crédito para empresas extranjeras.

La Superintendencia asumió, posteriormente, el control de los límites sobre el cobro y pago de intereses. El ámbito de control se amplió a las empresas financieras y a las mutuales de vivienda. En este período se creó la Banca Asociada formada por empresas que, salvo algunas limitaciones en su manejo, funcionaban bajo un régimen privado permaneciendo bajo el control del Estado, al tener este una participación mayoritaria en el capital.

Por su parte, la Banca de Fomento experimentó en este período un fuerte crecimiento. En efecto, se creó la Corporación Financiera de Desarrollo (Cofide), y se le dio impulso al sistema mutual y a los bancos privados de fomento de la industria de la construcción. Uno de los objetivos del gobierno era impulsar el desarrollo económico de las distintas regiones del país, y la herramienta para lograr este objetivo fue el impulso a la creación de la banca regional.

En 1972 se volvió a ampliar el ámbito de supervisión de la Superintendencia, incluyéndose las cajas de ahorro y préstamo para

vivienda; y en 1978 las cooperativas de ahorro y crédito y cooperativas de seguros. Además, en este período, al crearse el Mercado Único de Cambios, se le encargó a la Superintendencia establecer el tipo de cambio diario para las principales monedas extranjeras de acuerdo con la cotización del mercado.

Revisaremos a continuación la evolución de las facultades del superintendente, desde 1971 hasta la actualidad.

En el **Decreto Ley N.º 7159 del 23 de mayo de 1971**<sup>54</sup> se estipulaba que el superintendente contaba con las siguientes facultades:

- Representación y administración interna de la Superintendencia, tal como nombrar a los empleados de esta, incluyendo a los ocupados en la liquidación de cualquier empresa bancaria, superintendente auxiliar, abogados, etc.<sup>55</sup>
- Regulación del sistema financiero; en el sentido que debía autorizar el inicio de actividades de las empresas

---

<sup>54</sup> Cabe anotar que la "Superintendencia de Bancos" era aún dependiente del gobierno central; ya que se encontraba adscrita al Ministerio de Hacienda.

<sup>55</sup> Artículos 7º, 8º y 135º del D. Ley Nº 7159.



- bancarias, así como revisar sus estatutos y sus modificatorias –los que no se aplicaban si no contaban con su aprobación–. Por otra parte, se encontraba facultado a expulsar del mercado a cualquiera de estas empresas<sup>56</sup>.
- Supervisión del sistema financiero; en el sentido que verificaba si un particular realizaba actividades propias de las empresas reguladas, así como verificar el adecuado funcionamiento de dichas empresas en el sistema<sup>57</sup>.
  - Sancionar a las empresas del sistema financiero y a particulares que se encuentren realizando actividades propias de las empresas reguladas sin la debida autorización<sup>58</sup>.
  - Emitir reglamentos, para el adecuado funcionamiento de las empresas del sistema<sup>59</sup>.

Respecto de las facultades objeto de análisis en el presente trabajo, el superintendente tenía la facultad de verificar, mediante las

---

<sup>56</sup> Debe tomarse en cuenta que el Superintendente debía llevar un control de cada empresa supervisada; puesto que debían renovar su licencia anualmente y dependía del superintendente si denegaba dicha renovación. Véase el artículo 40° del D. Ley N° 7159. Así también existía un proceso de liquidación, véanse los artículos 99° y 128° en adelante del D. Ley N° 7159. Un punto que llama la atención es que es el propio superintendente quien se encuentra encargado de llevar a cabo la liquidación de las empresas.

<sup>57</sup> Artículos 69° y 100° en adelante del D. Ley N° 7159.

<sup>58</sup> Artículos 39°, 114° del D. Ley N° 7159.

<sup>59</sup> Artículo 65° del D. Ley N° 7159.

estimaciones que estime convenientes, la seriedad, responsabilidad y demás condiciones personales de las personas que soliciten la constitución de una empresa bancaria; así también se responsabilizaba de que aquellas personas “inspiren la debida confianza y si el interés público se beneficiará con la creación de la empresa bancaria”<sup>60</sup>.

Resulta interesante anotar que aun cuando esta norma le brinda este carácter discrecional, también anota, en su artículo 21º, que: “Si el Superintendente de Bancos niega su aprobación al proyecto de escritura y estatutos o la `solicitud de organización` expresará por escrito las razones en que se apoya esa negativa ...”.

El artículo 156º por su parte indicaba: “Dentro de los tres meses siguientes al pronunciamiento de una resolución por el Superintendente de Bancos sobre aceptación o rechazo de algún crédito o sobre preferencia en el pago, el interesado podrá apelar de dicha resolución ente la Corte Superior,... ”.

No hay otro pronunciamiento en esta norma que precise que las resoluciones no sean impugnables; asimismo, resulta claro que el

---

<sup>60</sup> Artículo 20º del D. Ley N° 7159.

superintendente debe fundamentar en todo momento sus resoluciones.

Mediante el **Decreto Legislativo N° 197 del 12 de junio de 1981**, se le atribuyen al superintendente las siguientes facultades:

- Velar por que las instituciones y personas sujetas a su control cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan; ejercer el más amplio control sobre todas sus operaciones y negocios, cautelando la solidez económica de estas en orden a proteger los intereses del público<sup>61</sup>.
- Dictar disposiciones normativas de carácter general en lo concerniente al control y estabilidad económica y financiera de las instituciones sujetas a supervisión.

---

<sup>61</sup> Ello implica, acorde con el artículo 4° del D. Leg. N.° 197 contar con las siguientes facultades:

- Inspeccionar a las instituciones y personas a que se refiere el artículo 1° de la presente ley.
- Autorizar, en cada caso, la organización, funcionamiento, fusión, traslado y cierre de las instituciones controladas o de sus sucursales, agencias y oficinas, en su caso.
- Aprobar los estatutos de las instituciones controladas, así como sus modificaciones y ampliaciones.
- Aprobar los planes técnicos y las condiciones de cobertura de los riesgos que cubren las empresas aseguradoras.
- Tomar a su cargo, con arreglo a ley, bajo administración o liquidación, los negocios y bienes de las instituciones controladas y cancelar la autorización de funcionamiento.

- Imponer, con arreglo a ley, sanciones y multas a las instituciones y personas sujetas a su control, que contravengan las disposiciones legales y administrativas que las rigen.
- Interpretar en el ámbito administrativo, los alcances de las disposiciones legales que rigen a las instituciones y personas sujetas a su control y como consecuencia de ello sancionar conforme a los parámetros establecidos por la norma<sup>62</sup>.
- Administrar internamente la SBS.
- Supervisar con amplias facultades a las empresas reguladas.

---

<sup>62</sup> "Artículo 24°.- Las faltas en que incurran las instituciones y personas controladas darán lugar a la imposición por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación.
- b) Multas hasta el 5% del capital y reservas.
- c) Multa a los directores, funcionarios y empleados responsables, de acuerdo a la gravedad de la falta, hasta por el quíntuplo del sueldo básico mensual del infractor.
- d) Prohibición para repartir dividendos.
- e) Intervención.
- f) Suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento; y
- g) Liquidación.

Las sanciones serán aplicadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, sin perjuicio de las demás penas prescritas por la ley y de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar".

Resulta interesante anotar aquí que el artículo 20º indica: "Siempre que, **a juicio de la Superintendencia de Banca y Seguros**, aparezca que una institución o persona ha incurrido en falta en alguna de las formas que a continuación se expresa, el superintendente o su representante podrá citar a uno o más de sus representantes para que le den una explicación escrita o verbal de la falta:

- a) Inflingir alguna de las leyes o alguna orden administrativa o disposición dictada en cumplimiento de la ley.
- b) Conducir sus negocios y operaciones en forma no autorizada o improcedente.
- c) Haber reducido el capital líquido a cifras inferiores a las que prescribe la ley o los estatutos.
- d) Permitir que el encaje legal descienda a niveles inferiores a los vigentes.
- e) No llevar los libros y la contabilidad en forma tal que permita al Superintendente de Banca y Seguros darse cuenta exacta del verdadero estado de la institución o mantener libros que no proporcionen la seguridad debida para la contabilidad.

**La decisión del Superintendente de Banca y Seguros con respecto a la faltas mencionadas tendrá carácter definitivo."**

(El resaltado es nuestro).

Consideramos que en el presente caso, si bien el superintendente cuenta con una facultad discrecional, esta se encuentra sujeta a causales objetivas y así también podemos interpretar que el último párrafo de la norma se refiere a agotar únicamente la vía administrativa, a diferencia de las normas vigentes que analizaremos más adelante.

En el **Decreto Ley N.º 25987 del 21 de diciembre de 1992** se detallan como atribuciones del superintendente, como representante de la SBS, principalmente las siguientes:

- Realizar actos propios a su gestión interna, tales como:  
Nombrar, contratar, suspender, remover o cesar al personal de la Superintendencia, así como fijarles sus remuneraciones, celebrar los actos y contratos requeridos para el normal desarrollo de las actividades de la Superintendencia, etc.
- Fiscalizar e inspeccionar a las instituciones y personas dentro de su ámbito de regulación; en este sentido, el artículo 8º indica: "Corresponde a la Superintendencia

ejercer el más amplio control de las operaciones y negocios de las entidades sobre las que ejerce fiscalización”<sup>63</sup>.

- Así también, el artículo 9º indica que el superintendente emitirá las normas generales a las que deben sujetarse las empresas reguladas. En este sentido, puede dictar las regulaciones, normas de prudencia y demás disposiciones complementarias que tiendan a preservar la solidez económica y financiera de las entidades sujetas a su control, de obligatorio cumplimiento para estas y sus clientes.

---

<sup>63</sup> En este sentido, el superintendente cuenta, entre otras facultades, con las siguientes:

- Autorizar, con la opinión del Banco Central, la organización, el funcionamiento, la fusión, conversión y la disolución voluntaria de las entidades sujetas a su control. Asimismo, la apertura, traslado y cierre de sus sucursales, agencias y otras oficinas de menor rango.
- Aprobar los estatutos de las entidades sometidas al control de la Superintendencia, así como las modificaciones y ampliaciones que en ellos se introduzca, salvo las concernientes al aumento del capital.
- Autorizar a las entidades sujetas a su control, con la opinión del Banco Central, a que realicen modalidades de operaciones, negocios y servicios que no se encuentren expresamente autorizadas en las leyes que las rigen, y que resulten compatibles con sus fines.
- Autorizar, con la opinión del Banco Central, la organización y el funcionamiento de empresas que tengan por objeto operar con fondos del público para el desarrollo de actividades conexas y complementarias a los servicios bancarios, financieros y de seguros.
- Autorizar a las empresas bancarias, financieras y de seguros, con la opinión del Banco Central, el establecimiento de subsidiarias para el desarrollo de actividades conexas y complementarias a su giro principal.
- Autorizar el establecimiento en el país, de sucursales de empresas bancarias, financieras y de seguros extranjeros.



- Sancionar, en la forma que esta ley determina, toda infracción en que incurran las personas y entidades sujetas a su control, así como sus directores, gerentes y empleados, respecto de las disposiciones legales y administrativas que las rigen.

Por su parte, el artículo 24º de la norma bajo comentario indicaba expresamente lo siguiente: “Las entidades sancionadas por la Superintendencia, pueden solicitar la revisión de la resolución respectiva ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Lima, dentro del plazo de cinco días, computados a partir de la notificación respectiva, más el término de la distancia, en su caso. Interpuesto el recurso, el superintendente remitirá dentro de los 20 días siguientes las copias certificadas pertinentes a la Sala Civil llamada a conocer. De lo que ella resuelva habrá recurso de nulidad ante la Corte Suprema”.

Posteriormente detallaremos las facultades con las que cuenta actualmente del superintendente, a la luz de la normativa vigente.

### **1.2.3. Empresas reguladas del sistema financiero**

Conforme a lo establecido en la Ley General y sus modificatorias, las empresas reguladas son: las del sistema financiero, las empresas de seguros y las administradoras privadas de fondos de pensiones<sup>64</sup>.

A continuación mencionaremos brevemente a qué se dedican las empresas del sistema financiero; considerando que el tema materia de nuestro análisis versa respecto de las facultades del superintendente en lo que respecta a la regulación de estas empresas.

En adelante nos referiremos a las actividades autorizadas por la ley general, conforme al artículo 221<sup>o</sup> de la mencionada norma. Anotamos que las empresas reguladas que desean ampliar el marco de las operaciones que pueden realizar, deberán acreditar ante la Superintendencia que cumplen con los requisitos establecidos para cada módulo de operaciones. La autorización de la Superintendencia deberá contar con la opinión previa del Banco Central.

---

<sup>64</sup> Estos dos últimos tipos de empresas no están incluidos en nuestro análisis, sin embargo, juzgamos oportuno mencionarlos ya que también son reguladas por la SBS:

**Empresas de seguros**

- Empresa que opera en un solo ramo (de riesgos generales o de vida).
- Empresa que opera en ambos ramos (de riesgos generales y de vida).
- Empresa de seguros y de reaseguros.
- Empresa de reaseguros.
- Intermediarios de seguros.
  - Corredores de seguros.
  - Corredores de reaseguros.
- Empresas de capitalización inmobiliaria.
- Empresas de servicios complementarios y conexos.

**Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones**

## **A. Empresas de operaciones múltiples**

### **A.1. Empresa bancaria**

Nos referiremos, con especial detalle, a la empresa bancaria; puesto que es la que condensa la mayor cantidad de operaciones. Las empresas que la suceden, realizan solo algunas de las mismas; así también las empresas pueden solicitar a la SBS autorización para realizar otras actividades conforme lo establece la Ley General.

La empresa bancaria es aquella cuyo negocio principal consiste en recibir dinero del público en depósito, o bajo cualquier otra modalidad contractual, y en utilizar ese dinero, su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación en conceder créditos en las diversas modalidades, o a aplicarlos a operaciones sujetas a riesgos de mercado.

Nos encontramos entonces, con dos grandes funciones que tienen los bancos: i) Captación del ahorro, y ii) Encauzamiento de la inversión.

El instrumento básico con que operan los bancos lo constituye el crédito bancario, que permite poner en manos de los inversores los recursos ahorrados captados por el banco, siendo capaces de crear dinero mediante el proceso de generar depósitos derivados.

El mayor o menor plazo concedido a las operaciones de activo afecta a la liquidez, las garantías exigidas repercuten sobre la seguridad y el mayor o menor tipo de interés actúa sobre la rentabilidad. Por lo tanto, las entidades del sistema financiero deben armonizar adecuadamente los objetivos de rentabilidad, seguridad y liquidez dado que el negocio se fundamenta en estos tres pilares básicos.

Concebido el negocio bancario, como una actividad encaminada a la obtención de lucro, el objetivo rentabilidad puede considerarse como el primer objetivo, siendo la liquidez y la seguridad dos condicionantes del primero. Teniendo en cuenta las características del negocio bancario basadas en la confianza y que supone que la financiación de las inversiones, provienen de recursos ajenos conduce a la siguiente afirmación: "El tipo de interés de las operaciones activas tiene que ser mayor que el tipo de interés de las operaciones pasivas".

Las operaciones que las empresas bancarias se encuentran autorizadas a realizar conforme a ley, son las siguientes:

1. Recibir depósitos a la vista;
2. Recibir depósitos a plazo y de ahorros, así como en custodia;
3. Otorgar sobregiros o avances en cuentas corrientes;
4. Otorgar créditos directos, con o sin garantía;

4. Descontar y conceder adelantos sobre letras de cambio, pagarés y otros documentos comprobatorios de deuda;
5. Conceder préstamos hipotecarios y prendarios; y, en relación con ellos, emitir títulos valores, instrumentos hipotecarios y prendarios, tanto en moneda nacional como extranjera;
6. Otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero;
7. Emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior;
8. Actuar en sindicación con otras empresas para otorgar créditos y garantías, bajo las responsabilidades que se contemplen en el convenio respectivo;
9. Adquirir y negociar certificados de depósito emitidos por una empresa, instrumentos hipotecarios, warrants y letras de cambio provenientes de transacciones comerciales;
10. Realizar operaciones de factoring;
11. Realizar operaciones de crédito con empresas del país, así como efectuar depósitos en ellas;

12. Realizar operaciones de crédito con bancos y financieras del exterior, así como efectuar depósitos en unos y otros;
13. Comprar, conservar y vender acciones de bancos u otras instituciones del exterior que operen en la intermediación financiera o en el mercado de valores, o sean auxiliares de unas u otras, con el fin de otorgar alcance internacional a sus actividades. Tratándose de la compra de estas acciones, en un porcentaje superior al tres por ciento (3%) del patrimonio del receptor, se requiere de autorización previa de la Superintendencia;
14. Emitir y colocar bonos, en moneda nacional o extranjera, incluidos los ordinarios, los convertibles, los de arrendamiento financiero y los subordinados de diversos tipos y en diversas monedas, así como pagarés, certificados de depósito negociables o no negociables, y demás instrumentos representativos de obligaciones, siempre que sean de su propia emisión;
15. Aceptar letras de cambio a plazo, originadas en transacciones comerciales;
16. Tomar o brindar cobertura de "commodities", futuros y productos financieros derivados;
17. Adquirir, conservar y vender instrumentos representativos de deuda privada e instrumentos representativos de capital para la

- cartera negociable, que sean materia de algún mecanismo centralizado de negociación conforme a la ley de la materia;
18. Adquirir, conservar y vender acciones de las sociedades que tengan por objeto brindar servicios complementarios o auxiliares, a las empresas y/o a sus subsidiarias;
  19. Adquirir, conservar y vender, en condición de partícipes, certificados de participación en los fondos mutuos y fondos de inversión;
  20. Comprar, conservar y vender títulos representativos de la deuda pública, interna y externa, así como obligaciones del Banco Central;
  21. Comprar, conservar y vender bonos y otros títulos emitidos por organismos multilaterales de crédito de los que el país sea miembro;
  22. Comprar, conservar y vender títulos de la deuda de los gobiernos de los países cuya relación apruebe la Superintendencia;
  23. Operar en moneda extranjera;
  24. Emitir certificados bancarios en moneda extranjera y efectuar cambios internacionales;



25. Servir de agente financiero para la colocación y la inversión en el país de recursos externos;
26. Celebrar contratos de compra o de venta de cartera;
27. Realizar operaciones de financiamiento estructurado y participar en procesos de titulización, sujetándose a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores;
28. Adquirir los bienes inmuebles, mobiliario y equipo;
29. Efectuar cobros, pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas y/o bancos corresponsales;
30. a) Emitir cheques de gerencia;  
b) Emitir órdenes de pago;
31. Emitir cheques de viajero;
32. Aceptar y cumplir las comisiones de confianza que se detalla en el artículo 275º;
33. Recibir valores, documentos y objetos en custodia, así como dar en alquiler cajas de seguridad;
34. Expedir y administrar tarjetas de crédito y de débito;
35. Realizar operaciones de arrendamiento financiero;
36. Promover operaciones de comercio exterior, así como prestar asesoría integral en esa materia;

37. Suscribir transitoriamente las primeras emisiones de valores con garantías parcial o total de su colocación;
38. Prestar servicios de asesoría financiera sin que ello implique manejo de dinero de sus clientes o de portafolios de inversiones por cuenta de estos;
39. Actuar como fiduciarios en fideicomisos;
40. Comprar, mantener y vender oro;
41. Otorgar créditos pignoratícios con alhajas u otros objetos de oro y plata;
42. Realizar operaciones por cuenta propia de "commodities" y de productos financieros derivados;
43. Actuar como originadores en procesos de titulización mediante la transferencia de bienes muebles, inmuebles, créditos y/o dinero, estando facultadas a constituir sociedades de propósito especial;
44. Todas las demás operaciones y servicios, siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la Superintendencia mediante normas de carácter general, con opinión previa del Banco Central.

## **A.2. Empresa financiera**

La empresa financiera es aquella que capta recursos del público y su especialidad consiste en: i) Facilitar las colocaciones de primeras emisiones de valores, ii) operar con valores mobiliarios, y iii) brindar asesoría de carácter financiero.

## **A.3. Caja Municipal de Ahorro y Crédito**

La Caja Municipal de Ahorro y Crédito se dedica al financiamiento preferentemente de las pequeñas y micro empresas.

## **A.4. Caja Municipal de Crédito Popular**

La Caja Municipal de Crédito Popular se encarga de otorgar crédito pignoraticio al público en general, efectuar operaciones activas y pasivas con los respectivos concejos provinciales, distritales y con las empresas municipales dependientes de los primeros; así como a brindar servicios bancarios a dichos concejos y empresas.

## **A.5. Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Micro Empresa – EDPYME**

La EDPYME otorga financiamiento preferentemente a los empresarios de la pequeña y micro empresa.

En principio estas empresas no captan recursos del público, salvo que sean expresamente autorizados a cambiar de módulo<sup>65</sup>.

#### **A.6. Cooperativas de Ahorro y Crédito**

Pueden operar con recursos del público<sup>66</sup>, siempre que adopten la forma jurídica de sociedad cooperativa en acciones; sus características principales son las siguientes:

- Su capital social se encuentra representado por acciones sociales, regidas por la Ley General y por el régimen de sociedades anónimas de la Ley General de Sociedades.
- Se encuentran obligadas a constituir la reserva legal a que se refiere el artículo 67º de la Ley General, sin que les corresponda constituir reserva cooperativa alguna.
- La administración de estas sociedades cooperativas se rige por las normas de la Ley General de Sociedades, régimen de sociedades anónimas.

---

<sup>65</sup> En tal sentido, nos cuestionamos si al no encontrarse investidos de las características clásicas de una empresa del sistema financiero (no captar recursos del público), debe ser regulada. Resulta interesante analizar este punto, lo que sin duda realizaremos en una investigación posterior.

<sup>66</sup> Conforme al artículo 289º de la Ley General.

Las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a captar recursos del público tienen las siguientes características:

- Tienen capital variable en función del importe de las aportaciones de los cooperativistas.
- Solo pueden captar recursos de sus socios cooperativistas.
- Solo pueden otorgar crédito a sus socios cooperativistas.
- No podrán ser autorizadas a captar recursos del público.
- Los depósitos de los cooperativistas no se encuentran incluidos dentro del Sistema del Fondo de Seguro de Depósitos a que se refiere la Ley General.
- Se rigen por la Ley General de Cooperativas y disposiciones complementarias y modificatorias.

#### **A.7. Caja Rural de Ahorro y Crédito**

La Caja Rural de Ahorro y Crédito tiene por objeto captar recursos del público y otorgar financiamiento preferentemente a la mediana, pequeña y micro empresa del ámbito rural.

## **B. Empresas especializadas**

### **B.1. Empresa de capitalización inmobiliaria**

La empresa de capitalización inmobiliaria es aquella cuya actividad consiste en comprar y/o edificar inmuebles, y, con relación a estos, celebrar contratos de capitalización inmobiliaria individual con terceros, entregando en depósito al inversionista la correspondiente unidad inmobiliaria. Estos últimos contratos incluyen el derecho de opción del inversionista para la adquisición de la unidad inmobiliaria mediante el pago de su precio al contado, en cualquier momento. Estas empresas podrán celebrar contratos pasivos para el prefinanciamiento de los inmuebles y emitir cédulas hipotecarias.

El importe de la capitalización individual, no está sujeto a retiro y solo podrá ser aplicado al pago del precio de compra de la unidad inmobiliaria, o recuperado por el inversionista mediante la cesión de su posición contractual.

Las empresas de capitalización inmobiliaria solo podrán efectuar operaciones vinculadas con programas de capitalización individual relacionados al mercado inmobiliario, y no podrán efectuar colocaciones.

Sus principales operaciones son las siguientes:

- Las características de los contratos de capitalización inmobiliaria que celebren con los inversionistas; de entrega de unidades inmobiliarias en depósito civil; el contrato de opción de compra del inmueble por el inversionista, que no estará sujeto al plazo a que se refiere el artículo 1423º del Código Civil; así como de los contratos de cesión de la posición contractual celebrados por tales personas.
- El régimen de su prefinanciamiento y la emisión de instrumentos hipotecarios, en moneda nacional o extranjera.

### **B.2. Empresa de arrendamiento financiero**

La empresa de arrendamiento financiero o leasing tiene por fin la adquisición de bienes muebles e inmuebles, los que serán cedidos en uso a una persona natural o jurídica, a cambio del pago de una renta con opción de compra por un valor predeterminado.

### **B.3. Empresa de factoring**

Las empresas de factoring se dedican a la adquisición de facturas conformadas, títulos valores y en general cualquier valor mobiliario representativo de deuda.



#### **B.4. Empresa afianzadora y de garantías**

Las empresas afianzadoras y de garantías tienen como finalidad otorgar afianzamientos para garantizar a personas naturales o jurídicas ante otras empresas del sistema financiero o ante empresas del extranjero.

#### **B.5. Empresa de servicios fiduciarios**

Las empresas de servicios fiduciarios tienen por finalidad actuar como fiduciario en la administración de patrimonios autónomos fiduciarios, o en el cumplimiento de encargos fiduciarios de cualquier naturaleza.

#### **B.6. Empresa administradora hipotecaria<sup>67</sup>**

Las empresas administradoras hipotecarias son empresas especializadas del sistema financiero, que tienen por objeto exclusivo otorgar y adquirir créditos inmobiliarios por cuenta propia y, en relación a ellos, emitir títulos de crédito hipotecario negociables, tanto en moneda nacional como extranjera.

Las operaciones que pueden realizar son las siguientes:

---

<sup>67</sup> Creadas por Ley N° 28971 publicada el 27 de enero de 2007.

- Otorgar créditos inmobiliarios en diversas modalidades y plazos.
- Realizar operaciones con el Fondo MIVIVIENDA SA.
- Emitir bonos, letras, cédulas hipotecarias, títulos de crédito hipotecario con la finalidad de financiar las operaciones propias de su objeto social, en moneda nacional como extranjera.
- Adquirir, conservar y vender instrumentos representativos de deuda pública y privada e instrumentos representativos de capital que en materia de algún mecanismo centralizado de negociación conforme a la ley de la materia
- Adquirir, conservar y vender acciones de las sociedades que tengan por objeto brindar servicios complementarios o auxiliares
- Comprar o vender cartera hipotecaria, u otros créditos inmobiliarios.
- Actuar como fideicomitente en fideicomisos normados por la Ley General.

- Actuar como originador en procesos de titulización de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Mercado de Valores, y disposiciones complementarias.
- Operar en moneda nacional y extranjera

### **C. Bancos de inversión**

Los bancos de inversión son sociedades anónimas que tienen por objeto promover la inversión en general, tanto en el país como en el extranjero, actuando sea como inversionistas directos, sea como intermediarios entre inversionistas y los empresarios que confronten requerimientos de capital.

Los bancos de inversión solo operan en cartera negociable, afecta a los diversos riesgos de mercado. No pueden recibir depósitos del público, efectuar colocaciones ni otorgar créditos contingentes, careciendo, por lo tanto, de cartera crediticia. Adicionalmente la SBS establece que estos bancos deberán propender a la diversificación de los riesgos de mercado.

Constituyen sociedades anónimas dedicadas a **promover la inversión general** en el país o en el extranjero, actuando como inversionistas directos o como intermediarios.

Los bancos de inversión están facultados para efectuar las siguientes operaciones y servicios:

- Adquirir, conservar y vender acciones, bonos e instrumentos similares de sociedades anónimas establecidas en el país o en el extranjero, por cuenta propia o terceros.
- Adquirir, conservar y vender, en la condición de partícipes, certificados de participación en los fondos mutuos y fondos de inversión.
- Realizar operaciones en el mercado de futuros, productos financieros derivados y en "commodities".
- Originar, estructurar, distribuir y suscribir transitoriamente, en todo o en parte emisiones primarias de valores en el mercado doméstico o externo para su posterior colocación al público, con la facultad de otorgar al emisor una garantía total o parcial de la colocación.

- Asesorar y facilitar la colocación de fondos en el país o en el exterior, por medio de transacciones bursátiles, de conformidad con la legislación sobre la materia.
- Dar en garantía los valores a que se refiere el numeral anterior.
- Emitir y colocar en el mercado sus propias obligaciones.
- Identificar eventuales socios para sus clientes interesados en la compra de activos o de negocios en marcha.
- Prestar servicios de asesoría económica y financiera y valorizar activos y negocios en marcha.
- Aceptar y cumplir comisiones de confianza, siempre que con ello se trate de promover una inversión, o la fusión y traspaso de negocios en marcha, la reestructuración de pasivos, así como aquellas compatibles con su naturaleza.
- Desempeñarse como institución liquidadora de empresas del sistema financiero y de seguros.
- Las demás operaciones compatibles con su naturaleza, que autorice la Superintendencia con opinión previa del Banco Central.

## **II. Análisis de las actuales facultades del Superintendente de Banca, Seguros y AFP, respecto del sistema financiero**

### **2.1. El Superintendente de Banca, Seguros y AFP**

La figura del Superintendente de Banca, Seguros y AFP (en adelante, el superintendente) es desarrollada en la Ley General, norma en la que se establecen los requisitos que debe reunir la persona designada como tal; el órgano constitucional sobre quien recae la facultad de su nombramiento y demás aspectos relacionados a la designación, los impedimentos que, en razón del ejercicio del cargo, el sistema jurídico ha creído conveniente establecer, el período de duración de su mandato, las causas que habilitan su remoción, el órgano encargado de destituirlo, las posibles investigaciones que, en juicio político, puedan recaer sobre él, el trámite en caso de que el Congreso lo acuse constitucionalmente, así como el juez natural designado en función a la naturaleza del cargo; y demás aspectos inherentes, que entraremos a detallar a continuación.

El funcionario de mayor nivel jerárquico de la SBS es el superintendente, de conformidad con el artículo 363º de la Ley

General. Su nombramiento le corresponde al Poder Ejecutivo, designación que es ratificada por el Congreso de la República, específicamente, por la Comisión Permanente, de conformidad con el dispositivo anteriormente citado, así como de los artículos 87º y 101º, inciso 2) de la Constitución Política del Perú.

La duración del cargo de superintendente es por el período constitucional del gobierno que lo designa, pudiendo ser nombrado, una vez concluido este, para uno o más períodos sucesivos. Sin embargo, existe un supuesto de prolongación de dicho período, ya que por mandato legal (segundo párrafo del artículo 363º de la Ley General), el superintendente "saliente" continuará en el ejercicio del cargo hasta que el nuevo gobierno designe a su sucesor, período en el cual goza de todas las facultades y atribuciones que la ley le señala.

La misma norma establece que si por cualquier causa, el superintendente no llegase a concluir el período para el que fue nombrado, el Ejecutivo debe designar a su reemplazante dentro de los sesenta (60) días posteriores a su cese, asumiendo el cargo por el período constitucional que lo nombró, es decir, por el tiempo restante del gobierno de turno. Esta última disposición se fundamenta en la necesidad de que las entidades que conforman el sistema financiero



se encuentren sujetas a control permanentemente, sin mediar períodos en los que esta obligación jurídica se vea interrumpida por una posible “acefalía” del máximo representante de la Superintendencia.

Se prohíbe al superintendente<sup>68</sup> ejercer todo tipo de actividad económica remunerada, con la excepción de la docencia. La prohibición impuesta se fundamenta en evitar un beneficio personal indebido en función al poder asignado al superintendente, y fundamentalmente es una exigencia de neutralidad necesaria para ejercitar las facultades conferidas por la legislación del sistema financiero.

En este sentido, la *ratio legis* de la norma radica en la neutralidad que debe tener este funcionario público, la que constituye una garantía para el funcionamiento de la entidad a la que se le ha encargado el control y la supervisión del sistema financiero, lo cual, a su vez, es una garantía que brinda el Estado al ahorro público, en su labor de disminuir el riesgo crediticio.

---

<sup>68</sup> Conforme al artículo 363° de la Ley General.

El artículo 364º de la Ley General prevé los requisitos que debe reunir la persona designada para asumir el cargo de superintendente, los que se detallan a continuación:

- Ser de nacionalidad peruana.
- Ser mayor de 30 años.
- Contar con estudios especializados y experiencia no menor de cinco años en materias económicas, financieras y bancarias.
- Tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

Los impedimentos para ser nombrado superintendente que se encuentran indicados en el artículo 365º de la Ley General son los que se detallan a continuación:

- Tener participación directa o indirecta en el capital o en el patrimonio de cualquier empresa sujeta a la supervisión de la Superintendencia.
- Ostentar la calidad de director, asesor, funcionario o empleado de las empresas sujetas al control de la Superintendencia.

- Haber sido declarado en quiebra, aunque el respectivo proceso hubiese sido sobreseído.
- Haber sido condenado por la comisión de delitos dolosos, aun cuando hubiere sido rehabilitado.
- Haber sido inhabilitado por la Superintendencia para ser organizador, accionista, director, o gerente de las empresas sujetas a su control.
- Encontrarse incurso en cualquiera de los impedimentos señalados en la Ley General para ser organizador, accionista, director o gerente.
- Haber sido sancionado por la Superintendencia por actos de mala gestión en la dirección o administración de las empresas sujetas a su control.
- Haber sido destituido de cargo público o haber sido cesado en él por falta grave.

Se ha establecido en el artículo 366º de la Ley General, cuáles son las faltas graves en las que puede incurrir el superintendente en el ejercicio de su cargo:

- No adoptar las medidas necesarias para sancionar según corresponda, a quienes, sin contar con la autorización correspondiente, realicen actividades propias de las empresas sujetas al control de la Superintendencia.
- La infracción a las prohibiciones establecidas en el artículo 365º de la Ley General, referida a los impedimentos o incompatibilidades para el ejercicio del cargo.
- No aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 361º de la Ley General, cuando cuente con la información debidamente comprobada que le demuestre fehacientemente la infracción cometida.

El mismo artículo 366º de la Ley General precisa cuál es el ente estatal encargado de la remoción del superintendente, habiéndole sido conferida dicha atribución al Congreso de la República y procede en los siguientes supuestos:

- Cuando, en el ejercicio de sus funciones, haya incurrido en falta grave, debidamente comprobada y fundamentada.
- Cuando no concurriendo la causal prevista en el numeral anterior, se dicte contra él mandato firme de detención definitiva.

Esta facultad, normada por el artículo 100º de la Constitución Política del Perú, la realiza sin participación de la Comisión Permanente, dentro del marco de sus atribuciones de investigación de cualquier asunto de interés público, estipulada en el artículo 97º de la Carta Magna.

Iniciada la investigación ante el ente legislativo, el superintendente tiene derecho a la defensa por sí mismo y a la asistencia de un abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso.

Concluida la investigación y en caso de que se emita resolución acusatoria de contenido penal, corresponderá al Fiscal de la Nación interponer denuncia ante la Corte Suprema de Justicia de la República, en el plazo de cinco días, la cual no puede exceder los términos de la acusación. El Vocal Supremo Penal abrirá la instrucción respectiva. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema rehabilitará al acusado sus derechos políticos.

El artículo 366º de la Ley General estipula que toda denuncia penal que se formule contra el superintendente o los superintendentes adjuntos se interpondrá directamente ante el Fiscal de la Nación,

único titular de la acción penal contra aquellos. En caso de que encontrara fundada la denuncia, el Fiscal de la Nación la presentará ante la Sala Especializada de la Corte Superior de Lima, la que conocerá la materia en primera instancia. La sentencia podrá ser apelada ante la Corte Suprema de la República, quien actuará en calidad de instancia revisora y final.

El mismo procedimiento se aplicará a los ex superintendentes y ex superintendentes adjuntos que sean denunciados a partir de la vigencia de la Ley General, por la presunta comisión de delitos derivados del ejercicio de funciones, hasta cinco años después de cesado en estas.

## **2.2. Facultades del Superintendente de Banca Seguros y AFP**

Sobre la base de lo señalado en la Ley General, clasificamos las facultades del superintendente, respecto de las empresas del sistema financiero, en: Facultad de representación, facultad de administración, facultad de emitir normas, facultad de regulación y facultad cuasi jurisdiccional.

Precisamos que todas las facultades anotadas se encuentran vinculadas entre sí y responden a la misión de la SBS, que es la de

“Generar las condiciones que permitan maximizar el valor de los sistemas financiero, de seguros y privado de pensiones, propiciando una mayor confianza y adecuada protección de los intereses del público usuario, a través de la supervisión preventiva, transparencia, veracidad y calidad de la información; cautelando la estabilidad y solvencia de las instituciones que conforman los sistemas”<sup>69</sup>.

### **2.2.1. Facultad de representación**

Este órgano estatal se encuentra representado por su máxima autoridad: El Superintendente de Banca, Seguros y AFP. Esta facultad de representación se le confiere, conforme al artículo 368º de la Ley General.

La figura de la representación tiene un carácter personal, conforme a lo estipulado por el artículo 157º del Código Civil; sin embargo, también se precisa que el representante puede delegar total o parcialmente sus facultades o ser sustituido; sus poderes procesales pueden ser delegados a cualquier trabajador de la entidad, si la ley le otorga esa facultad.

---

<sup>69</sup> <http://www.sbs.gob.pe/PortalSbs/Quienes/quienes2.htm>



En este sentido, el artículo 367º de la Ley General indica que el superintendente cuenta con la facultad de designar al funcionario que deba sustituirlo por ausencia o impedimento temporal, o en caso de cese, en tanto no sea cubierta la vacante. Resulta claro que esta facultad no podrá ejercerse en el caso que se hubiera iniciado un proceso para la remoción del superintendente, en cuyo caso lo hará el Poder Ejecutivo.

Así también cabe tomar en cuenta lo establecido por el artículo 72º del Código Procesal Civil, por lo que la eficacia de la representación procesal solo consistirá en la resolución administrativa, debidamente firmada y sellada por su titular. La delegación de la facultad de representación procesal contiene, en mérito del mismo artículo, la presunción de que se cuenta con todas las facultades especiales y generales para litigar, salvo indicación en contrario del superintendente.

Respecto de las facultades especiales de representación anotamos que el superintendente se encuentra facultado para celebrar los contratos y demás actos requeridos para el normal desarrollo de las actividades de la Superintendencia, incluidos los de prestación de servicios para la

ejecución de trabajos específicos; en este caso, la norma también lo faculta para delegar estas facultades.

En este mismo sentido, se encuentra facultado para celebrar convenios con organismos del Estado u otras instituciones de supervisión bancaria, financiera y de seguros del extranjero, con fines de capacitación e intercambio de información en materia de supervisión.

### **2.2.2. Facultad de administración**

Como órgano autónomo, la Superintendencia debe contar con un funcionario competente para realizar la labor de administración, esto es, para el funcionamiento interno de la entidad, a fin de que esta pueda desenvolverse conforme a su Ley General (recordemos en todo caso que esta norma es también la Ley Orgánica de la Superintendencia).

Anotamos a continuación algunas actuaciones del superintendente, correspondientes al ejercicio de esta facultad:

- Determinar y modificar la estructura orgánica de la Superintendencia.

- Aprobar y modificar el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia y las demás normas requeridas para su normal y eficiente funcionamiento.
- Programar, formular, aprobar, ejecutar, ampliar, modificar y controlar el presupuesto anual de la Superintendencia.
- Nombrar a los funcionarios de mayor jerarquía y delegar las funciones que considere necesarios.
- Establecer el monto a partir del cual los gerentes de las empresas sujetas al control de la Superintendencia deberán informar a sus directorios de los créditos, garantías, inversiones y ventas que hubiese efectuado.
- Dictar las disposiciones que propendan a una eficaz coordinación de las labores de la Superintendencia con la de los auditores internos o externos de las empresas sujetas a su control, así como con las sociedades de auditoría y las sociedades clasificadoras de riesgo.
- Nombrar, contratar, suspender, remover o cesar al personal de la Superintendencia, así como fijar sus remuneraciones; y delegar sus atribuciones en cualquiera de ellos.
- Conforme hemos revisado, entre las facultades de representación el superintendente cuenta con la facultad de

celebrar los contratos y demás actos requeridos para el normal desarrollo de las actividades de la Superintendencia; así como, celebrar convenios con organismos del Estado u otras instituciones de supervisión bancaria, financiera y de seguros del extranjero, con fines de capacitación e intercambio de información en materia de supervisión.

- Cualquier otra que conduzca al cumplimiento adecuado de los fines de la Superintendencia.
- Las demás que señale la Ley General y las disposiciones que gobiernan a otras instituciones sujetas al control de la Superintendencia.

### **2.2.3. Facultad de emitir normas**

El superintendente se encuentra facultado para aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la Superintendencia, así como establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en la Ley General; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en el Código Civil.

Las normas emitidas por la SBS son: resoluciones, circulares, oficios (múltiples y circulares) y cartas circulares.

Las normas de la SBS buscan cumplir con cuatro características básicas: En primer término, las normas deben ser de carácter general, es decir, deben basarse en la exigencia de lineamientos generales y en la definición de parámetros mínimos, dejando un margen prudencial para la toma de decisiones por parte de las empresas supervisadas. En segundo lugar, dichas normas deben tener un ámbito de acción claramente definido y este debe girar en torno a algún riesgo en particular. Asimismo, las normas deben ser claras, evitando dejar lugar a interpretaciones erróneas. En cuarto y último término, las normas deben establecer metas que puedan ser cumplidas por las empresas supervisadas<sup>70</sup>.

#### **2.2.4. Facultad de regulación**

Nos hemos permitido incluir en esta facultad la de regulación propiamente dicha, la de supervisión del sistema y, como correlato de ello, la de inspección de las empresas financieras.

---

<sup>70</sup> <http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/Quienes/quienes3.htm>

Como hemos venido indicando, la finalidad de la SBS es "...crear, a través de la regulación, un sistema de incentivos que propicie que las decisiones privadas de las empresas sean consistentes con el objetivo de lograr que los sistemas bajo supervisión adquieran la solidez e integridad necesarios para mantener su solvencia y estabilidad en el largo plazo."<sup>71</sup>

En este sentido, el sistema financiero debe gozar de solidez e integridad, entonces es necesario que la SBS asegure que quienes operan en el mercado sean personas de solvencia moral, económica y que demuestren capacidad de gestión; así, la SBS, a través de los requisitos de entrada al mercado, busca verificar que la dirección de las empresas supervisadas esté en manos de personas idóneas.

La regulación de la SBS, se enfatiza en la necesidad de aplicar sistemas que les permitan identificar, medir, controlar y monitorear los riesgos de una manera eficiente. Así el superintendente cuenta con la facultad para autorizar la organización y funcionamiento de personas jurídicas que tengan por fin realizar cualquiera de las operaciones señaladas por ley.

---

<sup>71</sup> [www.sbs.gob.pe](http://www.sbs.gob.pe)

Debido a que el superintendente debe velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al sistema financiero y al sistema de seguros, la ley prevé que cuente con el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen.

Por lo antes indicado, la SBS requiere contar con la facultad de **supervisión**<sup>72</sup>; ahora bien, esta supervisión debe ser especializada por tipo de riesgo; ello implica contar con personal especializado en la evaluación de los diversos tipos de riesgo, tales como riesgo crediticio, de mercado, de liquidez, operacional y legal. Asimismo, la SBS se orienta hacia una supervisión integral que genere una apreciación sobre la administración de los riesgos por parte de las empresas supervisadas.

Las empresas del sistema financiero –así como el de seguros y privado de pensiones–, se encuentran obligadas a proporcionar información

---

<sup>72</sup> Por ejemplo, las empresas reguladas pueden implementar sistemas que crean más convenientes, pero la SBS establece parámetros mínimos que deben cumplirse para garantizar un manejo prudente de los riesgos a que las empresas están expuestas.



para que otros agentes económicos tomen decisiones. Con relación a este punto, la regulación de la SBS se basa en el principio de transparencia; en este sentido, los clientes, supervisores, analistas e inversionistas, requieren de información proporcionada por las empresas supervisadas para poder tomar sus decisiones. Para que las decisiones sean óptimas y fomenten una disciplina de mercado, se requiere que la información sea correcta, confiable y oportuna<sup>73</sup>.

La estrategia de supervisión de la SBS se desarrolla en dos frentes: El primero consiste en la supervisión que ejerce directamente sobre las empresas y el segundo se basa en participación de los colaboradores externos, tales como los auditores, las empresas clasificadoras de riesgo, supervisores locales y de otros países.

Con relación a la supervisión directa, esta se desarrolla bajo dos modalidades: la supervisión *extra situ* y la supervisión *in situ*. La primera consiste en analizar en forma permanente la información brindada por las empresas supervisadas e identificar los temas que sean de preocupación y que merezcan un examen más profundo. La

---

<sup>73</sup> Al respecto podemos mencionar que aprobada la Ley N° 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, es complementada por su reglamento, Resolución SBS N° 1765-2005, que contiene no solo las disposiciones complementarias a la mencionada ley, sino que además comprende un conjunto de normas que la SBS ha emitido desde 1992 referidas a la transparencia de información y a las responsabilidades que las empresas del sistema financiero tienen respecto de sus usuarios y clientes.

segunda se ocupa de verificar en la propia empresa supervisada los aspectos identificados previamente en la labor de análisis *extra situ*.

Respecto de la colaboración de agentes externos, desde su propia perspectiva estas entidades ejercen un cierto tipo de monitoreo de las empresas que se encuentran dentro del ámbito de la Superintendencia<sup>74</sup>.

La facultad de **inspección** se encuentra regulada por el artículo 350° de la Ley General. Siendo así, el superintendente puede requerir, a fin de desarrollar las inspecciones que la ley le establece como atribución, los medios que considere necesarios, como libros, cuentas, archivos, documentos, correspondencia y cualquier tipo de información que sea necesaria para tal fin. Ante la negativa, resistencia o incumplimiento de los obligados, debidamente acreditados, da a lugar la imposición de las sanciones.

Esta facultad también comprende la posibilidad de requerir todo antecedente que se estime necesario para obtener información con respecto de la situación financiera, los recursos, administración o gestión, actuación de sus representantes, grado de seguridad y

---

<sup>74</sup> Para un mayor detalle de este punto véase:  
<http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/Quienes/Quienes.htm>

prudencia con que se realizan sus inversiones, y todo asunto que considere necesario ser sometido a esclarecimiento.

### **2.2.5. Facultad cuasi jurisdiccional<sup>75</sup>**

Como hemos revisado anteriormente, para el caso de los tribunales administrativos, la Administración Pública puede también resolver conflictos, siempre en observancia de lo reglado por la Constitución y la Ley de Procedimiento Administrativo General.

La SBS, a diferencia de los organismos reguladores, no tiene competencia para resolver conflictos entre los particulares y las empresas reguladas; si bien existe la Plataforma de Atención al Usuario (PAU), esta área se encarga de atención al público y tiene como finalidad atender consultas, orientar y recibir las denuncias de todos los usuarios del sistema financiero<sup>76</sup>. La presentación de una denuncia origina una etapa indagatoria, a partir de la cual la SBS podría decidir el inicio de un proceso sancionador y, eventualmente, la

---

<sup>75</sup> La referencia a cuasi jurisdiccional se realiza, puesto que existe una gran discusión de diversos autores, de si la Administración “usurpa” de alguna forma las facultades que están estrictamente dirigidas al Poder Judicial. A nuestro criterio no es así, puesto que la Administración con un carácter técnico, puede ser más eficiente y eficaz en la resolución de conflictos, por lo que cuenta con una facultad jurisdiccional que puede ser revisada posteriormente en el Poder Judicial. Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., Cap. III: Las Funciones Estatales.

<sup>76</sup> También recibe los reclamos de los afiliados al sistema privado de pensiones y seguros.

imposición de una sanción a la entidad denunciada, sin que ello signifique algún tipo de resarcimiento para quien formule la denuncia.

El artículo 361º de la Ley General, establece cuáles son las **sanciones que puede imponer la Superintendencia** a las personas jurídicas que operen sin la autorización para hacerlo en el sistema financiero y a aquellas sujetas a supervisión que incumplan con las obligaciones que la Ley General les ha impuesto. Asimismo, prevé que toda infracción susceptible de sanción está prevista en la ley, además de aquellas que la Superintendencia, previamente y de manera general, tipifique a través de su reglamento, con lo cual, se delega funciones normativas, punto que será tratado más adelante.

El criterio de aplicación de las sanciones se rige por el principio de proporcionalidad y el de taxatividad. Por el primero, debe entenderse que la sanción debe guardar una relación directa y proporcional a la gravedad de la falta cometida. Por el segundo debemos entender que la Superintendencia únicamente puede imponer aquellas sanciones que se encuentran previamente estipuladas en la Ley General.

Adicionalmente, debe respetarse el debido proceso resguardando que la sancionada puede ejercer su defensa, y que la falta se origine de un hecho debidamente comprobado.

Igualmente, el propio artículo indica que la imposición de las sanciones a los infractores no exime de la responsabilidad penal o civil que hubiere a lugar, esto en caso de que la infracción haya recaído dentro de algún ilícito penal, o se inicie alguna acción de naturaleza civil contra aquellos.

A continuación detallamos las sanciones aplicables conforme a la norma antes anotada:

- Amonestación.
- Multa a la empresa por monto no menor a diez UIT ni mayor a doscientas, a menos que por ley se señale de manera específica un importe diferente.
- Multa al director o trabajador responsable no menor de punto cinco UIT ni mayor de cien.
- Suspensión del director o trabajador responsable, por plazo no menor de tres días ni mayor de quince, y remoción en caso de reincidencia.

- Destitución.
- Inhabilitación del director o trabajador en caso de ser responsable de la intervención o liquidación de la institución a su cargo.
- Prohibición de repartir dividendos.
- Intervención.
- Suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.
- Disolución y liquidación.

El superintendente cuenta con la facultad de **interpretar**, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del sistema financiero, así como a las que realizan servicios complementarios, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia.

Asimismo, el superintendente cuenta con la facultad para **interrogar** bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos que se estudien durante las inspecciones e investigaciones, para lo cual podrá ordenar su

comparecencia, gozando para tal efecto, de las facultades que para esta diligencia autoriza el Código Procesal Civil.

El artículo 369º de la Ley General prevé que toda resolución administrativa puede ser objeto de reconsideración ante el funcionario que la expidió, y, a su vez, apelable ante el superintendente, quien resolverá en segunda y última instancia administrativa, de conformidad con los plazos previstos en la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, esta disposición precisa que las resoluciones que dicte el superintendente **con criterio de conciencia, no son apelables**; en este sentido, nos cuestionamos si este funcionario cuenta realmente con esta facultad o si esta es *extra legem*.

La Constitución solo reserva la expedición de este tipo de resoluciones para el Consejo Nacional de la Magistratura y para el Jurado Nacional de Elecciones<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Artículo 142º.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”.

Respecto del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante el CNM), el artículo 34º de su Ley Orgánica precisa: "... 3. La resolución debe ser motivada, con expresión de los fundamentos en que se sustenta. 4. Contra la resolución que pone fin al procedimiento solo cabe recurso de reconsideración, siempre que se acompañe nueva prueba instrumental dentro de un plazo de 5 días útiles contados a partir del día siguiente de recibida la notificación ...".

Observamos que aun cuando indica que dicha resolución no es impugnabile, más que por el recurso de reconsideración, **sí precisa que dicha resolución debe ser necesariamente motivada.**

A pesar que la Constitución, la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y los reglamentos de evaluación y ratificación de los Jueces y Fiscales<sup>78</sup> niegan la posibilidad de interponer recursos administrativos o judiciales contra las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, varios peticionarios presentaron recursos de amparo en la jurisdicción interna.

Asimismo, mediante Resolución Suprema Nº 261-2005-JUS, el Estado peruano reconoció su responsabilidad en el proceso de ratificación de

---

<sup>78</sup> Res. N.º 043-2000-CNM y Res. N.º 241-2002-CNM.



jueces y fiscales; en este sentido, precisó que su actuación estuvo conforme a la interpretación de las normas aplicables, no se incorporaron ciertas garantías, particularmente se encontraban vulnerando la tutela procesal efectiva al emitir una resolución inmotivada, la que debe ser observada en todo procedimiento.

Resulta claro que debe preponderar la Constitución, los tratados de derechos humanos que obligan al Estado peruano, la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como del Tribunal Constitucional (en la sentencia de 12 de agosto de 2005 recaída en el recurso de amparo interpuesto por don Jaime Amado Álvarez Guillén) sobre las normas de menor jerarquía que estipulaban que el CNM puede emitir resoluciones inimpugnables.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional, conforme a lo establecido por el artículo 55º de la Constitución. En este sentido, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico,

incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en la última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder.

El Estado peruano no solo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>79</sup>, sino que en observancia del artículo 62.1º mediante instrumento de aceptación de fecha 21 de enero de 1981, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido.

Cabe mencionar, adicionalmente la conformación del CNM, puesto que estas resoluciones son emitidas por un cuerpo colegiado conformado por siete integrantes a quienes se denomina consejeros, los que son elegidos conforme se detalla a continuación:

---

<sup>79</sup> El 12 de julio de 1978.

- Uno por los miembros titulares de la Corte Suprema de la República, en votación secreta.
- Uno por los miembros titulares de junta de fiscales supremos, en votación secreta.
- Uno por los rectores de las universidades nacionales, en votación secreta.
- Uno por los rectores de las universidades particulares, en votación secreta.
- Uno por los agremiados en los distintos colegios de abogados del país en lecciones organizadas por la ONPE y en la que todos los abogados hábiles del Perú eligen a su representante mediante sufragio directo y secreto.
- Dos son elegidos por los agremiados en los demás colegios profesionales del país, descontados los colegios de abogados. Las elecciones las organiza la ONPE y participan profesionales hábiles (ingenieros, contadores públicos, médicos, economistas, sociólogos, etc.) mediante el sufragio directo y secreto.

En el supuesto particular de los procedimientos de evaluación y ratificación de magistrados ante el Consejo Nacional de la

Magistratura, si bien el ejercicio per se de tal atribución discrecional no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria; esto es, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se siguen los procedimientos legalmente establecidos para su adopción.

Sin embargo, según la jurisprudencia de este propio Tribunal mediante STC N.º 1941-2002-AA/TC, se estableció que todo acto administrativo expedido al amparo de una potestad discrecional, siempre y en todos los casos, **debe estar motivado**, y es precisamente en dicha situación en la que se encuentra la institución de las ratificaciones judiciales, pues cuando fue introducida en la Constitución de 1993, fue prevista como un mecanismo que únicamente expresara el voto de confianza de la mayoría o la totalidad de miembros sobre la forma como se había ejercido la función jurisdiccional.

De este modo, se dispuso que el establecimiento de un voto de confianza que se materializa a través de una decisión de conciencia por parte de los miembros del CNM, sobre la base de determinados criterios que no requieran ser motivados, no es una institución que se contraponga al Estado Constitucional de Derecho y los valores que ella

persigue promover, pues en el derecho comparado existen instituciones como los jurados, que, pudiendo decidir sobre la libertad, la vida o el patrimonio de las personas, al momento de expresar su decisión no expresan las razones que las justifican (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de enero de 2006 en el Exp. N.º 8628-2005-PA-TC sobre proceso de amparo interpuesto don Marcos Ibazeta Marino contra el Consejo Nacional de la Magistratura).

El segundo organismo constitucionalmente autónomo que cuenta con el reconocimiento constitucional para emitir resoluciones inimpugnables es el **Jurado Nacional de Elecciones** (en adelante, JNE).

El JNE revisa en grado de apelación las resoluciones expedidas en primera instancia por los Jurados Electorales Especiales y resuelve –conforme a su ley orgánica– en instancia final y definitiva la controversia. También conoce los casos de vacancias declaradas por los consejos regionales y concejos municipales, cuando estas son apeladas, y resuelve igualmente en instancia definitiva. Conforme a lo dispuesto por el artículo 181º de la Constitución en materias electorales, de referéndum y de otro tipo de consultas populares, sus

resoluciones son dictadas en instancia final y definitiva; es decir, no son revisables.

Sobre la base de lo indicado en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional resolvió declarar nula la Resolución N° 156-2005-JNE expedida por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) del 6 de junio de 2005, mediante la cual declaró la vacancia en el cargo de alcalde de la municipalidad provincial de Chiclayo a don Arturo Castillo Chirinos. Asimismo declaró nulo todo acto expedido a su amparo, entre ellas la Resolución N° 1186-2006-JNE, puesto que el máximo órgano de la justicia ordinaria del país aún no se había pronunciado en última instancia, en un proceso penal seguido en su contra.

Así lo señala en la sentencia recaída en el Exp. N° 2730-2006-PA/TC fundada la demanda de amparo formulada por dicho burgomaestre, en razón a que el JNE no tuvo en cuenta que no basta la existencia de una sentencia penal condenatoria, sino que además es necesario que esta haya alcanzado firmeza, ergo, que haya devenido en cosa juzgada<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> Durante el estudio del expediente el TC encontró que el JNE al analizar la información remitida por la Presidencia de la Corte Superior de Lambayeque, sobre el estado del proceso seguido contra el demandante, no tomó en cuenta deliberadamente el estado en que se encontraba el trámite del incidente de recusación seguido contra el vocal Pedro Lara Benavides, ni el procedimiento de la queja por denegatoria del recurso de nulidad, que por orden de la Corte Suprema

Cabe anotar que el órgano que emite en última instancia sus resoluciones está integrado por representantes elegidos en distintas instancias:

- Uno mediante votación secreta por la Corte Suprema de la República, entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido;
- Uno en votación secreta por la junta de fiscales supremos, entre los fiscales supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso se concede licencia al elegido;
- Uno en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros;
- Uno en votación secreta por los decanos de las facultades de derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.

Una vez más notamos que su conformación colegiada propicia más que su independencia y neutralidad, el poder revisar dichas

---

aún se encontraba en pleno trámite. Para mayor detalle véase: <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02730-2006-AA.html> o la nota de prensa correspondiente [http://tc.gob.pe/notas\\_prensa/nota\\_06\\_066.html](http://tc.gob.pe/notas_prensa/nota_06_066.html)

resoluciones entre varias personas, las cuales en su conjunto toman posición y deciden respecto de cada caso en concreto.

Como verificamos, la pretendida irrevisabilidad de las resoluciones que lesionen los derechos fundamentales vulnera –tal como anotamos en el caso del CNM– el acceso a la justicia, como manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, reconocida en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución; en concordancia con el artículo 200º inciso 2 de la Carta Magna.

Sin embargo, cuando la Administración Pública ejerce sus funciones en abierta contravención con los derechos fundamentales, el asunto escapa de los contornos estrictamente electorales, tornándose en una cuestión de relevancia constitucional directa, ello puesto que desde aquel instante se reconoce el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado.

Una interpretación contraria, no solo sería atentatoria del referido artículo 200º inciso 2, sino también del artículo 201º de la Constitución.

Debemos tener en cuenta que no se trata de determinar si el Tribunal Constitucional puede controlar los actos del JNE, sino tan solo en



definir si tiene competencia para conocer respecto de un asunto en el que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se encuentran vulnerados, al margen del órgano del que dicha afectación provenga

En todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.

El derecho a la motivación debida –como veremos detalladamente más adelante– constituye una garantía fundamental en los supuestos en que, con la decisión emitida, se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

### III. Revisión de la legislación comparada respecto de las facultades del Superintendente de Banca o cargo análogo

#### 3.1. Bolivia<sup>81</sup>

Bolivia volvió a establecer, a partir de noviembre de 1987, una Superintendencia de Bancos independiente, al reconocer las limitaciones que adolecía un órgano de supervisión adscrito a su Banco Central.

El artículo 141º de Constitución boliviana señala que el Estado podrá regular, mediante ley, el ejercicio del comercio y de la industria, cuando así lo requieran, con carácter imperioso, la seguridad o necesidad públicas. Podrá también, en estos casos, asumir la dirección superior de la economía nacional. Esta intervención se ejercerá en forma de control, de estímulo o de gestión directa.

Así también, se precisa en el artículo 143º de la Carta Magna boliviana, que el Estado determinará la política monetaria, bancaria y crediticia con objeto de mejorar las condiciones de la economía nacional. Controlará, asimismo, las reservas monetarias.

---

<sup>81</sup> [http://www.sbef.gov.bo/ley\\_bancos.php](http://www.sbef.gov.bo/ley_bancos.php)

Al igual que en el Perú, la iniciativa privada es libre y recibe el estímulo y la cooperación del Estado cuando contribuya al mejoramiento de la economía nacional.

La ley que regula actualmente la actividad financiera en Bolivia es la Ley N° 1488; la que precisa que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) regulará este mercado.

Respecto a la solicitud de autorización de constitución de una empresa para entrar al sistema financiero, el artículo 12° de la mencionada norma precisa que las objeciones deberán ser **fundadas en pruebas concretas y fehacientes**, y serán puestas en conocimiento de los fundadores, quienes en el plazo de quince días deberán salvarlas ante la Superintendencia.

Así también, en el artículo 13° de la Ley de Bancos boliviana se indica que al evaluar y calificar la solicitud de permiso de constitución, la Superintendencia tomará en cuenta el proyecto y los antecedentes de los fundadores, respecto a su solvencia e idoneidad en la actividad

---

financiera. "...La Superintendencia podrá aprobar o rechazar la solicitud **mediante resolución fundada**".

Mediante la Ley N° 2297, norma que modifica la Ley de Bancos boliviana, se establecen, entre variadas e importantes modificaciones, medidas prudenciales relacionadas con el ámbito de aplicación de la ley; con reglas de entrada y de evaluación de fundadores y futuros accionistas de nuevas entidades; con disposiciones para los aumentos de capital y la fijación del capital mínimo; con la responsabilidad y sanciones a los actores que tienen que ver con la propiedad y gestión de una entidad financiera; con el papel del control interno en las entidades financieras y otras relacionadas con el marco operacional de dichas entidades. Adicionalmente, dispone nuevas atribuciones que la SBEF debe cumplir, entre las cuales se remarca la de disponer la regularización obligatoria y la intervención de las entidades de intermediación financiera; así como la atribución de dirigir las investigaciones de legitimación de ganancias ilícitas y suscribir convenios con organismos internacionales con funciones análogas.

### **3.2. Argentina**

La Superintendencia argentina pertenece, orgánicamente, al Banco Central de la República Argentina; esta se había concentrado

tradicionalmente en supervisar el cumplimiento de las reglas del Banco Central sobre reservas obligatorias, inversiones forzosas y tipos de interés, pasando por alto en gran medida el análisis de la calidad de la cartera de préstamo y la eficiencia de las operaciones.

La Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (BCRA), Ley 24.144, establece que es una entidad "autárquica", del Estado, es decir, un organismo constitucional autónomo. Esta entidad tiene como misión primaria y fundamental preservar el valor monetario. En consecuencia, una de las atribuciones con las que cuenta para lograr su finalidad es la de regulación de la cantidad de dinero y de crédito en la economía y el dictado de normas en materia monetaria, financiera y cambiaria.

Así, verificamos que el BCRA cuenta con las **facultades normativas y de supervisión o vigilancia** del sistema financiero. Esta última la ejerce a través de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, que depende directamente del Presidente del BCRA, y tiene el estatus de órgano desconcentrado, de acuerdo a lo normado en el artículo 44º de su Carta Orgánica.

El superintendente y vicesuperintendente son nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Presidente de Banco, de entre los miembros del directorio de dicha entidad. La designación es por un período de tres años, o hasta que culmine el mandato como director del BCRA.

Las facultades delegadas al superintendente son las siguientes, de conformidad con el artículo 47º de la Carta Orgánica:

- Calificar a las entidades financieras.
- Cancelar la autorización para operar.
- Aprobar los planes de regularización y/o saneamiento de las entidades financieras.
- Implementar y aplicar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras, dictadas por el directorio del banco.
- Establecer el régimen informativo y contable para las entidades financieras y cambiarias.
- Disponer la publicación de balances mensuales de las entidades financieras y cambiarias.
- Ordenar a las entidades que cesen o desistan de llevar a cabo políticas de préstamos o de asistencia financiera que pongan en peligro la solvencia de estas.

- Dictar normas para la obtención, por parte de las entidades financieras, de recursos en moneda extranjera y a través de la emisión de bonos, obligaciones y otros títulos, tanto en el mercado local como en los externos.
- Declarar la extensión en la aplicación de la Ley de Entidades Financieras a personas no comprendidas en ella, cuando así lo aconsejen el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria, cambiaria o crediticia, previa consulta con el presidente del banco.
- Aplicar las sanciones que establece la Ley de Entidades Financieras, por infracciones cometidas por las personas o entidades, o ambas a la vez, a las disposiciones de esta.
- Aplicar las disposiciones legales que sobre el funcionamiento de las denominadas tarjetas de crédito, tarjetas de compra, dinero electrónico u otras similares, dicte el Hemiciclo del Congreso de la Nación, y las reglamentaciones que en uso de sus facultades dicte el Banco Central de la República Argentina.

En el primer trimestre de 1995, la economía argentina y en especial su sistema financiero soporto un *shock* macroeconómico externo, el cual

fue denominado como "efecto tequila", que provocó la fuga de alrededor del 18% de los depósitos del sistema. Sin embargo, a pesar de la magnitud de la crisis, las pérdidas para la sociedad fueron mínimas; el 99% de los depósitos del sistema no sufrieron pérdida alguna y el costo fiscal de la asistencia por la iliquidez (redescuentos del Banco Central de la Republica Argentina - BCRA) fueron prácticamente nulos.

El régimen normativo prudencial y la política de altos encajes implementada por el BCRA, así como la rápida reacción del Gobierno Nacional para introducir modificaciones en la Carta Orgánica del BCRA que le permitieran actuar con mayor flexibilidad, la creación de instituciones fiduciarias y la implementación de un Seguro de Garantía de los depósitos como medidas de alto impacto para restaurar la confianza de los agentes económicos, fueron determinantes para sobrellevar exitosamente la crisis.

Entre los principales cambios introducidos a partir de 1996 cabe mencionarse la modificación del marco legal otorgando al BCRA mejores instrumentos para el tratamiento de instituciones con problemas.



Cabe analizar el caso de "el corralito" financiero, dictado por el Poder Ejecutivo<sup>82</sup> en Acuerdo General de Ministros, con fecha 01 de diciembre de 2001. Este es el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 1570, publicado el 03 de diciembre de 2001, norma mediante la cual se modificó la operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del BCRA.

En dicha norma se prohibían los retiros en efectivo que superen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana por parte del titular de la cuenta o cuentas en cada entidad financiera y las transferencias al exterior, con algunas excepciones puntuales. En el artículo 3º se prescribió que el BCRA podía "disminuir las restricciones establecidas (...) cuando los saldos de depósitos totales del sistema financiero aumenten respecto a los niveles al cierre del día 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés a las que se realicen las diferentes transacciones, **sean a su juicio, normales**" (El resaltado es nuestro).

Posteriormente, la norma fue modificada por otros decretos de necesidad y urgencia, entre ellos el Decreto N° 1606, dictado el 05 de

---

<sup>82</sup> Resaltamos que fue el Poder Ejecutivo, como una reacción ante la crisis de ese entonces, quien reaccionó promulgando estas normativas, sobre la base de sus facultades de promulgar decretos de urgencia. No fue, el BCRA, ni la Superintendencia.

diciembre de 2001, publicado el 06 de diciembre; asimismo, se prohibió la transferencia de los fondos depositados en plazos fijos.

Cabe mencionar que este tipo de normas que violentaban el derecho a la propiedad<sup>83</sup> y al derecho a la defensa del valor de la moneda<sup>84</sup> fueron dictadas por el Poder Ejecutivo mediante, como ya hemos acotado, decretos de necesidad y urgencia, los cuales contravenían el artículo 99º, inciso 3), de la Constitución argentina, el cual establece los límites del Poder Ejecutivo.

Con fecha 6 de enero de 2002, fue sancionada por el Congreso la Ley N° 25.561, Ley de Emergencia Pública, que entre otros considerandos, ratificó –en forma tácita– el Decreto 1570; anotamos ello puesto que en el artículo 6º de la referida norma se señala: “El Poder Ejecutivo dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1570/2001...”. Cabe anotar que el Congreso había sancionado la Ley 25.466, en octubre del 2001 y en dicha norma había asegurado la intangibilidad de los depósitos; pese a ello, en la Ley de Emergencia

---

<sup>83</sup> Reconocido en los artículos 14º y 17º de la Constitución argentina, que establece el uso y disposición de la propiedad privada con carácter de inviolabilidad.

<sup>84</sup> Reconocido por el artículo 75º, inciso 19 de la Constitución argentina.

Pública se suspendió dicha intangibilidad hasta el 10 de diciembre de 2003 o hasta que el Poder Ejecutivo lo indique.

Hemos traído a colación este caso, puesto que resulta interesante observar cómo el Estado interviene directamente en la economía, en este caso concreto a través del Poder Ejecutivo. Nos preguntamos en este momento si el fin justifica los medios. La crisis argentina, ahora, viéndolo en retrospectiva, hubiera sido mucho más caótica si no se hubieran tomado decisiones inmediatas para atenuar o solucionar –por lo menos de forma temporal– el problema.

En este caso, podemos apreciar que la vulneración de derechos ha sido evidente; sin embargo, al realizar la ponderación de los intereses jurídicos vulnerados, podemos indicar que la estabilidad del sistema económico nacional estaba por encima.

### 3.3. Chile<sup>85</sup>

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) fue creada en 1925 y es una institución pública, autónoma, cuyo estatuto se encuentra en el Título I del texto refundido de la Ley General de Bancos, según Decreto con Fuerza de Ley N° 3, del Ministerio de

---

<sup>85</sup> <http://www.sbif.cl/sbifweb/servlet/LeyNorma?indice=3.4&idContenido=551>

Hacienda de 1997 y se relaciona con el Gobierno a través de ese Ministerio. El jefe superior de la SBIF es el superintendente, quien es nombrado por el Presidente de la República.

El mandato que le impone la Ley General de Bancos a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), es supervisar las empresas bancarias y otras instituciones financieras, en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público.

Conforme a lo indicado por la Constitución Política de Chile<sup>86</sup>, en su artículo 97º, "Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.

El Banco Central no podrá adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza".

---

<sup>86</sup> <http://www.camara.cl/legis/const/c12.htm>

La principal entidad de supervisión bancaria de Chile es la SBIF que **depende directamente de la Presidencia de la República.** La capacidad de la SBIF para controlar la solvencia de los bancos y las instituciones financieras es bastante grande en comparación con otros países de América Latina y mejor que la de muchos países desarrollados. Esto obedece en parte al hecho de que está dotada de facultades amplias, es autónoma y está libre de interferencias políticas. Se debe también en gran medida a la experiencia sufrida por Chile a comienzos del decenio de 1980, cuando numerosos bancos nacionales sufrieron dificultades. Dicha experiencia fue muy traumática, lo que es un incentivo para que los fiscalizadores se cercioren que no vuelva a ocurrir algo similar en el futuro<sup>87</sup>.

### 3.4. Colombia<sup>88</sup>

La Superintendencia Financiera de Colombia se creó mediante Decreto N° 4327, con la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia con la Superintendencia de Valores. Es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio.

---

<sup>87</sup> [http://www.hacienda.gob.cl/temas.php?tema\\_id=139](http://www.hacienda.gob.cl/temas.php?tema_id=139)

<sup>88</sup> <http://www.superbancaria.gov.co/>

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como, promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados.

El Presidente de la República ejerce, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Cuenta con las facultades que garantizan el cumplimiento de los fines y objetivos de la Superintendencia Financiera: supervisar y vigilar el ahorro público, reducir el riesgo del ahorrista y garantizar la estabilidad económica.

El artículo 46º del Decreto N.º 0663-93 regula los objetivos de la facultad de supervisión conferida al Gobierno Nacional de ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión

---

de los recursos captados del público, estableciendo la obligación de sujetarse a los objetivos y criterios que a continuación se detallan:

- Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público.
- Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas.
- Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia.
- Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.
- Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades.
- Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso

ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo.

- Proteger y promover el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria.
- Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.

Adicionalmente, la norma precisa que estas facultades deben ser ejercidas con arreglo al principio de economía y preservando la estabilidad de regulación.

La Superintendencia Financiera de Colombia ejerce las funciones que establece el Decreto N° 2739 de 1991 y demás normas que la modifiquen o adicionen, el Decreto N° 663 de 1993 y demás normas que lo modifiquen o adicionen, la Ley N° 964 de 2005 y demás normas que la modifiquen o adicionen, las demás que señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.



#### **IV. Análisis del problema y propuesta de solución**

A nuestro criterio, el problema es una contraposición de intereses jurídicos tutelados, por un lado tenemos al debido proceso legal y por el otro lado tenemos a la estabilidad del sistema financiero.

Nos referiremos a una afectación al debido proceso legal; el cual se encuentra sustentado en una vulneración a la tutela judicial efectiva por: i) La inimpugnabilidad de las resoluciones, y ii) La no motivación de las resoluciones o motivación aparente de estas (a través del criterio de conciencia).

Una cuestión central resulta determinar si la garantía del debido proceso legal en su faz procesal resulta de aplicación fuera de los procesos ante el órgano jurisdiccional del Estado. De no serlo, este resultaría ajeno a los supuestos de arbitraje, jurisdicción militar o los procedimientos administrativos, por ejemplo. En el caso que analizamos, como ya hemos anotado, nos referimos a la SBS como órgano administrativo con capacidad de resolver conflictos.

Resulta claro que la Administración Pública, al contar con la facultad jurisdiccional antes anotada, no puede de ningún modo desconocer el debido proceso, como derecho fundamental de todo administrado.

El **debido proceso** fue originalmente interpretado solo como una garantía procesal de la libertad en sentido lato, que impedía que las personas sean privadas de sus derechos individuales sin tener la oportunidad razonable de defenderse conforme a las formalidades establecidas por la ley y sustanciado ante un tribunal con jurisdicción para intervenir en la causa. Luego la jurisprudencia norteamericana amplió su alcance, extendiendo la garantía al debido proceso en el aspecto sustantivo, como un modo de controlar la razonabilidad de las leyes, que permite a los jueces verificar la validez constitucional de los actos legislativos.

Actualmente la Corte Suprema estadounidense reconoce un doble aspecto de la garantía del *due process of law*, tendencia que es seguida en Perú: Un **aspecto adjetivo o procesal**, que exige un procedimiento legal ante un tribunal competente, en el que se asegure a las partes la posibilidad razonable de defender sus derechos individuales<sup>89</sup>; y, un **aspecto sustantivo**, que permite controlar la

---

<sup>89</sup> Cuenta con los siguientes elementos integrantes:

validez de las leyes y los actos administrativos sobre la base de su razonabilidad; esto es, conforme a los derechos fundamentales impartidos por la Constitución.

El debido proceso es entonces un instrumento de protección contra los abusos de poder, y por su naturaleza misma se encuentra complejamente estructurado, ya que a la vez está conformado por un grupo de otros derechos.

Nos detendremos especialmente en el derecho de acceso a la justicia, puesto que al impedir una apelación (inimpugnabilidad de las resoluciones del superintendente) se estaría afectando directamente dicho derecho.

- 
- Competencia de un juez natural: competente, imparcial, independiente y sobre todo establecido por la ley.
  - Defensa y asistencia de letrado.
  - Ser informado de la acusación o pretensión formulada.
  - Uso del propio idioma.
  - Proceso público.
  - Ausencia de dilaciones indebidas.
  - Desarrollo de un proceso con todas las garantías.
  - Posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la pretensión invocada.
  - Presunción de inocencia.
  - Garantías subsecuentes al proceso: Derecho a apelar y derecho a indemnización en caso de error.

Véase: DE BERNANDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Ed. Cuzco, 1995, pp. 400-415.

Toda persona tiene la facultad de recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado para obtener la protección de sus derechos o para hacer valer cualquier otra pretensión. De esta manera se asegura la tranquilidad social: las personas no realizan justicia por sus propias manos ya que cuentan con una instancia y un proceso previamente determinados por la ley, por medio del cual pueden resolver sus controversias. En este sentido, todas las personas tienen el derecho de acceder al sistema judicial para que los órganos llamados a resolver su pretensión la estudien y emitan una resolución motivada conforme a derecho.

Nos referimos al debido proceso, básicamente por la facultad del superintendente por la cual puede denegar el acceso al mercado de determinadas empresas o a determinados empresarios –sean accionistas o funcionarios– para constituir empresas del sistema financiero; así como la facultad del superintendente por la cual puede decidir la salida del mercado del sistema financiero. En este estado, volvemos a uno de nuestros cuestionamientos iniciales: Si el Estado debe procurar estas libertades, ¿por qué las restringe?

Anotamos las normas bajo análisis para verificar si su interpretación se encuentra dentro de los parámetros constitucionales de defensa de los derechos fundamentales:

El **artículo 30° de la Ley General**, indica lo siguiente:

“La apertura por una empresa del sistema financiero o del sistema de seguros, de sucursales o agencias, sea en el país o en el exterior, requiere de autorización previa de la Superintendencia. Tratándose de la apertura de una sucursal en el exterior, la Superintendencia, antes de expedir la autorización, debe recabar la opinión del Banco Central.

El pronunciamiento debe expedirse en el plazo de quince días, si la oficina ha de operar en el territorio nacional, y de sesenta días si se pretende que funcione en el extranjero. Dicho plazo se computa a partir de la recepción de la respectiva solicitud debidamente documentada.

**La denegatoria de alguna de las solicitudes a que se refiere este artículo debe contener expresión de fundamentos; pero no es impugnabile en la vía administrativa, ni en la judicial”** (el resaltado es nuestro).

Anotamos que la norma, aun cuando indica que la resolución del superintendente debe contener los considerandos en la que se funda; precisa claramente que es inimpugnable. No cabe en este sentido, una interpretación diferente, puesto que es la misma norma la que señala que no cabe impugnación en vía administrativa o judicial.

Ahora, revisemos más a detalle, la *ratio legis* de la norma es que es la SBS como organismo supervisor del sistema financiero quien debe autorizar la apertura de una empresa regulada. Ahora bien, si se siguen criterios técnicos preestablecidos para dicha calificación no habría mayor inconveniente; sin embargo, esta norma se encuentra vinculada a otras que brindan una mayor discrecionalidad al superintendente; como es el caso de las resoluciones fundamentadas en su criterio de conciencia; decidir por ejemplo, si sus accionistas cuentan o no con "solvencia moral", un término que sin duda es subjetivo.

Otra interpretación que le podríamos otorgar, relacionada con la anterior, es que la Superintendencia, al ser el organismo especializado en la regulación del sector, tiene un carácter técnico de evaluación para verificar si la empresa solicitante ingresa o no al sistema.

Al respecto, anotamos que las personas cuentan con el derecho constitucional a la **libertad de empresa**, por la libre iniciativa privada que el mismo Estado les brinda. Ello implica que existe la libertad para con los particulares, a fin de que estos puedan realizar cualquier actividad económica, conforme a las reglas del mercado.

Supongamos por un momento que cualquier ciudadano quisiera constituir una empresa, más específicamente una sociedad anónima, puede hacerlo sin problemas, conforme a las reglas de la Ley General de Sociedades; asimismo, como hemos anotado líneas arriba, cualquier particular puede desarrollar cualquier actividad económica respecto del giro que mejor le parezca; sin embargo, puede que el Estado, sobre la base de la regulación especial que este tipo de negocio tenga, tal es el caso de servicios públicos, puede supervisarlo y regularlo sobre la base de obtener el bienestar general, el que como ya hemos indicado es la finalidad de la Administración Pública.

En el caso de la actividad que realizan las empresas del sistema financiero, consideramos que no se trata de un servicio público, sino más bien de una actividad privada –como ya hemos anotado anteriormente– que tiene un trasfondo de interés público, el que debe ser tutelado, por lo que consideramos que debe ser regulado.

En este sentido, la resolución del superintendente debe ser debidamente fundamentada y responder a un criterio de razonabilidad para denegar la solicitud que ingresen los particulares.

No se trata, en sentido alguno, que la Administración tenga superfacultades ni mucho menos, solo se trata de velar por el bienestar general; en este sentido, el Estado no puede estar a merced del bienestar de unos cuantos, ya que de lo que se trata es que la Administración –en este caso específico, la SBS, representada por el superintendente– regule adecuadamente el sistema financiero. Para no vulnerar el derecho al debido proceso de los particulares que deseen ingresar y/o permanecer en el sistema, se deben tomar en cuenta criterios básicos de razonabilidad y proporcionalidad.

El segundo artículo bajo análisis es el **58° de la Ley General**, que precisa lo siguiente:

“El superintendente denegará la autorización que se le solicite conforme al artículo anterior<sup>90</sup>, si la persona natural que pretenda

---

<sup>90</sup> “Artículo 57°.- La transferencia de las acciones de una empresa del sistema financiero o de seguros por encima del diez por ciento (10%) de su capital social en favor de una sola persona, directamente o por conducto de terceros, requiere la previa autorización de la Superintendencia.



adquirir las acciones o los accionistas, directores o trabajadores de la persona jurídica que tenga igual propósito, se encontrasen incursos en los siguientes casos:

1. Estuviesen afectados por los impedimentos señalados en los artículos 20<sup>o</sup>, 52<sup>o</sup> y 53<sup>o</sup>, o por las restricciones de los artículos 54<sup>o</sup> y 55<sup>o</sup> <sup>91 92 93 94 95</sup>.

---

Lo dispuesto en el párrafo anterior rige para los casos en que, con la adquisición prevista y consideradas las tenencias previas de la persona de que se trate, se alcance el mencionado porcentaje.

Si una persona jurídica, domiciliada en el Perú, fuese accionista en porcentaje mayor al antes señalado en la empresa, sus socios deben contar con la previa autorización de la Superintendencia para ceder derechos o acciones de esa persona jurídica en proporción superior al diez por ciento (10%). Si el accionista fuese persona jurídica no domiciliada queda obligada a informar a la Superintendencia en caso de que se produzca una modificación en la composición de su accionariado, en proporción que exceda dicho porcentaje, con indicación de los nombres de los accionistas de esta última sociedad.

Pesa sobre la empresa la obligación de informar a dicho organismo en los casos en que tome conocimiento de que una parte de sus acciones ha sido comprada por una sociedad no domiciliada, con indicación de los nombres de los accionistas de esta última sociedad”.

<sup>91</sup> “Artículo 20<sup>o</sup>.- No pueden ser organizadores de las empresas:

1. Los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria y demás delitos dolosos, aun cuando hubieran sido rehabilitados.
2. Los que, por razón de sus funciones, estén prohibidos de ejercer el comercio, de conformidad con las normas legales vigentes.
3. Los declarados en proceso de insolvencia mientras dure el mismo y los quebrados.
4. Los miembros del Poder Legislativo y de los órganos de gobierno de los gobiernos locales y regionales.
5. Los directores y trabajadores de los organismos públicos que norman o supervisan la actividad de las empresas.
6. Los directores y trabajadores de una empresa de la misma naturaleza excepto los de una empresa de seguros para organizar otra que opere en ramo distinto.
7. Los que registren protestos de documentos en los últimos cinco años no aclarados a satisfacción de la Superintendencia.
8. Los que, al tiempo de la intervención, o en los dos años previos, hayan sido directores o gerentes de empresas intervenidas por la Superintendencia, siempre que

2. Estuviesen realizando actividades prohibidas por el artículo 11º.

**La resolución es inimpugnable”** (el resaltado es nuestro).

“Artículo 81º.- No pueden ser directores de las empresas de los sistemas financiero o de seguros:

1. Los impedidos de conformidad con la Ley General de Sociedades.

---

administrativamente se les hubiere encontrado responsables de actos que han merecido sanción.

9. Los que, como directores o gerentes de una persona jurídica, hayan resultado administrativamente responsables por actos que han merecido sanción”.

<sup>92</sup> “Artículo 52º.- No pueden ser accionistas de una empresa de los sistemas financiero o de seguros, los señalados en los numerales 1, 8 y 9 del artículo 20º de la presente ley, ni los que, luego de la evaluación correspondiente, **a juicio del superintendente y con criterio de conciencia, no ostenten las calidades de solvencia o idoneidad moral”** (el resaltado es nuestro).

<sup>93</sup> “Artículo 53º.- No puede ser accionista de una empresa de los sistemas financiero o de seguros, otra de la misma naturaleza. Para estos efectos no se considera como empresa de la misma naturaleza a aquellos otros tipos de empresas que integran el sistema financiero o de seguros y que sean distintos al de la empresa involucrada.

Se exceptúa la compra de acciones con el propósito, declarado juratoriamente ante la Superintendencia, de incorporar por fusión a la empresa emisora de las acciones materia de la transferencia. Si transcurriesen seis (6) meses desde la emisión de la declaración jurada sin que la fusión se haya formalizado, el titular de las acciones adquiridas con tal fin queda obligado a transferirlas e impedido de ejercer con ellas el derecho de voto”.

<sup>94</sup> “Artículo 54º.- Los funcionarios y trabajadores públicos a que se refiere el artículo 39º de la Constitución Política, así como sus cónyuges, no pueden ser titulares de acciones de una empresa de los sistemas financiero o de seguros, en una proporción que exceda del cinco por ciento del capital de la empresa.

El Presidente de la CONASEV, el superintendente, los trabajadores de ambas instituciones, así como sus cónyuges, no pueden ser titulares de acciones de empresa alguna en los sistemas financieros o de seguros.

Esta limitación no rige respecto de las acciones adquiridas con anterioridad a la asunción del cargo o función y siempre que sean consignadas en la respectiva declaración jurada de bienes y rentas, ni de las acciones que, sin variar el porcentaje preexistente, se suscriba en los casos de aumento de capital”.

<sup>95</sup> “Artículo 55º.- Quienes, directa o indirectamente, sean accionistas mayoritarios de una empresa de los sistemas financiero o de seguros, no pueden ser titulares, directa o indirectamente, de más del cinco (5%) por ciento de las acciones de otra empresa de la misma naturaleza”.

2. Los que, según los artículos 20º, 51º y 52º, tienen impedimento para ser organizadores o accionistas.
3. Los conocidamente insolventes y quienes tengan la mayor parte de su patrimonio afectado por medidas cautelares.
4. Los que, siendo domiciliados, no figuren en el Registro Único de Contribuyentes.
5. Los trabajadores de la propia empresa, a excepción del Gerente General.
6. Los trabajadores de una empresa, así como de sus subsidiarias, en otras empresas y sus respectivas subsidiarias, siempre que sean de la misma naturaleza.
7. Los trabajadores de una empresa de seguros, así como de sus subsidiarias, en otra empresa de la misma naturaleza o en empresas de reaseguros con las que no exista vinculación accionaria, y viceversa.
8. Los que, directa o indirectamente, en la misma empresa, o en otra empresa del sistema financiero, tengan créditos vencidos por más de ciento veinte días (120), o que hayan ingresado a cobranza judicial.
9. Los que, directa o indirectamente, sean titulares, socios o accionistas que ejerzan influencia significativa sobre sociedades

que tengan créditos vencidos por más de ciento veinte (120) días, o que hayan ingresado a cobranza judicial en la misma empresa o en otra del sistema financiero.

**La resolución que se emita por la existencia de algún impedimento para ser director de una empresa, se expide con criterio de conciencia y no requiere exposición de fundamentos ni es susceptible de impugnación en la vía administrativa o judicial”** (el resaltado es nuestro).

Debemos tener en cuenta que el superintendente no cuenta con facultades para poder vulnerar el debido proceso. No es el caso que el superintendente cuente con un “derecho de príncipe” y decida sobre todo, ya que no es la base sobre la que se ha fundado nuestro Estado de Derecho moderno.

Como hemos revisado anteriormente, los únicos organismos del Estado facultados conforme a la Constitución, para emitir este tipo de resoluciones son: El JNE y el CNM. Así también hemos verificado que el órgano que emite la resolución final –en el sentido que agota la vía administrativa previa– es un colegiado, por lo que –a diferencia del caso analizado– no se trata de un único funcionario que emite este

tipo de resoluciones, las que parecen atentar flagrantemente el derecho constitucional analizado.

En el caso del CNM, tenemos un caso en concreto que literalmente traspasó las fronteras; es el caso de los jueces restituidos al Poder Judicial por una resolución de la Corte Internacional de Derechos Humanos, en la cual se declaró nula la resolución del CNM por la que destituía a dichos magistrados, puesto que solo se atribuía la resolución a un criterio de conciencia.

En el caso del JNE, tenemos otro tipo de resoluciones que indican ser en sí mismas inimpugnables; sin embargo, tenemos el caso del Alcalde de Chiclayo, resolución del JNE que fue declarada nula por el Tribunal Constitucional al considerar que se afectaba el debido proceso.

En este sentido, como vemos, cabe indicar que la norma legal que faculta al superintendente a que emita resoluciones inimpugnables, carece de validez, por existir una norma constitucional e incluso normas supranacionales que el Perú ha ratificado.

Reconocemos que en el caso del superintendente se trata de un cargo de elevado nivel técnico y que debe adicionalmente tener la confianza del Presidente, quien lo elige, sin contar con la ratificación por parte del Poder Legislativo. Adicionalmente reconocemos que las resoluciones que emite el superintendente deben contar con informes técnicos internos<sup>96</sup>, para que este funcionario tenga una adecuada toma de decisión.

Pese a ello nos permitimos indicar que aun en este supuesto se trata de un ser humano, el cual puede ser falible ante un sin número de circunstancias. Ello no significa que dudamos que la gestión de nuestro superintendente, así como de los anteriores funcionarios que han ocupado este puesto, haya sido idónea.

Nos preguntamos entonces si resultaría conveniente que existiera un cuerpo colegiado para la toma de decisiones. Al respecto consideramos que es adecuado que exista un solo superintendente, dada la naturaleza del sistema financiero<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> <http://www.sbs.gob.pe/PortalSbs/Quienes/SBS-ROF-ADM-010-09.pdf>

<sup>97</sup> La demora puede causar un caos en la economía, que como ya hemos anotado, no se circunscribe únicamente al ámbito local. Por ejemplo, han existido oportunidades en que la toma de decisiones debe ser inmediata (en algún caso, como ha sucedido, hasta de madrugada), lo que impediría una inadecuada notificación a los miembros de dicho cuerpo colegiado y la toma de decisión podría resultar extemporánea, y en consecuencia, ineficaz. Consideramos que las decisiones, tomadas por el superintendente, al encontrarse respaldado por los informes que emitan las áreas

Cabe anotar que las normas son de carácter general, no en razón de las personas; en este sentido, no podemos simplemente dejar alguna de este tipo para ser utilizada en un futuro por una persona no capacitada para este cargo con tal alta responsabilidad.

Conforme habíamos indicado, este derecho constitucional al debido proceso se encuentra confrontado al de la estabilidad del sistema financiero. Debemos analizar si la estabilidad del sistema financiero, responde al interés público al que hemos hecho referencia anteriormente.

Como sabemos, las empresas del sistema financiero se basan en la confianza para el adecuado desarrollo de sus actividades; ello implica que los agentes superhabitarios no depositarían su dinero en las empresas del sistema financiero si no tuvieran la certeza de que este se encuentra en un lugar seguro y libre de riesgo (o por lo menos con un mínimo riesgo). Ello no ocurre con los agentes deficitarios, puesto que son los que requieren el dinero para el desarrollo de sus actividades, no les importa en este sentido, de dónde saca el dinero la empresa que se los presta y si es que esta quebrara, qué mejor,

---

especializadas y por ser esta persona debidamente evaluada para el cargo, deben ser



puesto que ya no tendrían que rendir cuentas de ello; sin embargo, los que sí se ven notablemente perjudicados si esta situación sucediera, son los agentes deficitarios, que confiaron en la empresa intermediadora.

¿Qué pasaría entonces en el supuesto que la empresa del sistema financiero quebrara o que no tenga el capital suficiente; esto es, deviniera en insolvente y ya no pudiera saldar las cuentas que tenía pendientes, especialmente con los agentes superhabitarios que confiaron en ella?

La situación antes descrita puede ser perjudicial no solo para aquel agente superhabitario, sino para la población en general, ya que ello podría crear un riesgo sistémico que puede, en poco tiempo, traer abajo el sistema económico nacional o incluso internacional.

Sabemos que el Fondo de Seguro de Depósito es una institución que cubre –al menos en parte– el tipo de riesgo antes descrito para los ahorristas; sin embargo, no es el caso que ello no sea un perjuicio para estos agentes, puesto que existen factores como el tiempo que demora en la recuperación de su dinero y aun cuando hayan

---

respetadas y en todo caso sometidas a un control *ex post*.



recobrado la totalidad de su dinero, no le devuelve la confianza en la empresa quebrada.

Resulta necesario en este sentido, que el ente regulador, en nuestro caso la SBS, supervise que las empresas que pretendan ingresar al sistema financiero, o que se encuentren en él, respondan a las necesidades del sistema; esto es, por ejemplo, que cuenten con un capital suficiente, que tomen en cuenta el riesgo que implica otorgar algún tipo de crédito a un agente deficitario, esto es, teniendo en cuenta su calificación en el sistema, solicitar las garantías necesarias para respaldar el crédito que otorgan, analizar adecuadamente la capacidad de pago de aquel agente deficitario, etc.

Anotamos que los requisitos deben encontrarse previamente establecidos, y que si bien debe existir discrecionalidad por parte del superintendente, esta debe encontrarse limitada a casos concretos, que respondan a un criterio de razonabilidad.

El ente regulador debe verificar que no se produzca alguna actividad ilícita, como el lavado de activos, por lo que debe fiscalizar en todo momento las actividades de las empresas del sistema financiero.

Por todo lo expuesto, podemos indicar que la función de la SBS, como ente regulador del mercado financiero, debe ser velar por la estabilidad económica del país y como corolario de ello, debe velar por una estabilidad global del sistema económico. Consideramos que este es el interés público que se encuentra como trasfondo de la actividad que realizan las empresas del sistema financiero.

Pese a ello, resulta necesario recalcar que tanto el ingreso, como la salida del mercado de una entidad financiera deben ser aprobados o desaprobados por el superintendente mediante una resolución motivada y razonable, de lo contrario, el particular (empresa del sistema financiero o personas que quieren ser agentes activos de ella) cuenta con el derecho constitucional a la doble instancia administrativa e incluso a recurrir al Poder Judicial, en vía contencioso-administrativa; ante el Tribunal Constitucional, en vía acción de amparo e incluso a cortes internacionales para detener la vulneración de su derecho.

En el caso de una denegatoria para el ingreso al sistema financiero, o una obligación de salida de este, consideramos que el Poder Judicial o una corte internacional podría resolver declarando nula la resolución impugnada del superintendente; sin embargo, ello no conllevaría a

declarar que esta empresa sí puede ingresar (o reingresar) al sistema. Por otro lado, consideramos atinado que al quedar nula dicha resolución, queda expedita la vía para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados<sup>98</sup>.

Se debe tener en cuenta, adicionalmente, que en el caso de una solicitud de ingreso al sistema, la evaluación y resolución que emita el superintendente tiene el carácter de privada o confidencial; así también en el caso de la intervención de alguna empresa supervisada, aunque ello ya no sucede en el caso de la disolución y posterior liquidación de la empresa. En el supuesto que esta información fuera abierta al público, ya sea por que la norma lo permita, por intervención de algún poder del Estado que emita opinión al respecto o por los medios de comunicación que la difundan, resultaría una suerte de "intromisión" que puede causar inseguridad o hasta pánico para los inversionistas o agentes superhabitarios, ya que por los antecedentes para su ingreso (o reingreso) al sistema, podrían encontrarse inseguros respecto de esta empresa.

---

<sup>98</sup> Cuestión aparte resulta si el Estado podrá o no pagarlos y en qué forma.

Como hemos podido revisar, de los artículos bajo análisis en el presente trabajo, existe una afectación a la norma constitucional; sin embargo, ¿podemos indicar que dichas normas son inconstitucionales?

Debemos tomar en cuenta que las leyes surten plenos efectos no solo por el hecho de ser publicadas, sino por que gozan de una presunción de constitucional. Es decir, hasta que el TC las anule o un juez las inaplique vía control difuso, surten plenos efectos y deben aplicarse; evidentemente también pierden vigencia cuando se las deroga por otra ley. La inconstitucionalidad es el resultado de una sentencia del TC que tiene efectos generales hacia el futuro (salvo materia tributaria o penal) y calidad de cosa juzgada, mientras que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene efectos interpartes y el juez entiende que la norma nunca existió, para resolver el caso concreto.

Bajo este estricto orden de ideas, las normas bajo análisis se presumen constitucionales, mientras no sean derogadas, declaradas inconstitucionales por el TC, o en un caso concreto declaradas inaplicables por un juez.

El hecho que la SBS haya emitido la totalidad de sus resoluciones debidamente fundamentadas, y que existen varios procesos iniciados

por particulares que han impugnado sus resoluciones en el Poder Judicial, implicaría que las normas no estarían siendo aplicadas. En este sentido, en estricto, ¿tampoco se estaría vulnerando ningún derecho?

Debemos tener en cuenta que las normas no se encuentran en función de las personas, que pueden ser interpretadas de diversa forma y no lo indicamos por la gestión anterior<sup>99</sup>, que ha recibido interesantes comentarios como el siguiente: "en el mundo de las finanzas internacionales se reconoce que la regulación bancaria peruana es una de las más avanzadas de la región."<sup>100</sup>

A nuestro criterio, la norma debe ser declarada inconstitucional, *strictu sensu*, puesto que en su aplicación directa (sin mayor fundamento) se estarían vulnerando las normas constitucionales analizadas.

Mientras se encuentren vigentes dichas normas, consideramos que no deben ser aplicadas por la Administración, aun cuando reconocemos que la SBS se debe a un principio de legalidad, también reconocido

---

<sup>99</sup> No dudamos del rol de la actual Administración; no recibe mención por ser recientemente nombrada.

<sup>100</sup> MERCADOS CONSULTORA Y PUBLICACIONES: AUTOR INSTITUCIONAL. "Juego de reglas". *Business, Negocios en el Perú*, julio 1998, p. 41. Véase también: <http://www.businessperu.com.pe>

constitucionalmente; sin embargo, a nuestro criterio la Administración Pública también debe ponderar las normas, conforme a una jerarquía normativa y priorizar la Constitución, sobre una norma de rango legal.

En el supuesto negado que alguna de dichas normas sea aplicada, el Poder Judicial debe realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad para determinar si existe una vulneración del derecho constitucional.

Por ejemplo, si el Poder Judicial considera que la SBS ha actuado sobre la base de preponderar la estabilidad del sistema, en dicho caso en concreto, ponderará el tipo y grado de afectación al debido proceso; consideramos se deberá ponderar a favor de la estabilidad del sistema.

En el caso contrario; esto es, si la SBS ha actuado por un solo criterio de conciencia, subjetivo y en algún sentido por “capricho” sin que exista un fundamento real a la resolución que se emite; consideramos que en dicho supuesto la resolución debe ser declarada nula.

Lo esbozado anteriormente no implica que por ello la Superintendencia se encuentre imposibilitada de realizar

adecuadamente sus actividades. Consideramos que no requiere de ninguna de las normas analizadas para realizar un adecuado trabajo, como el que hasta ahora ha hecho, velando por la estabilidad económica del sistema.

La solución que brindamos al problema planteado es **la modificación de la norma**, en el sentido que todas las resoluciones del superintendente deben responder a una fundamentación suficiente y razonable en todos los casos; asimismo, que todas las resoluciones del superintendente puedan ser impugnadas en vía judicial.

Adicionalmente resaltamos que no nos oponemos a la discrecionalidad del superintendente, en todo caso reconocemos la necesidad de dicha facultad; sin embargo, consideramos que esta debe ser razonable. Resulta oportuno mencionar que a criterio de la Comunidad Andina<sup>101</sup> dicha facultad es indispensable, sin tomar en consideración los límites

---

<sup>101</sup> Véase en acuerdos adoptados en la reunión de superintendentes de la Comunidad Andina - Agosto 2004.

“...Aprobaron que la Secretaría General inicie las gestiones para solicitar la asistencia técnica, preferiblemente a la Unión Europea, a fin de desarrollar estudios y propuestas normativas que viabilicen un pasaporte bancario andino, que facilite la presencia comercial de bancos establecidos en un país andino en toda la subregión, a través del diseño de requisitos comunitarios y un proceso administrativo que involucre tanto la Superintendencia del país de origen como la del país anfitrión y donde esta última **preserve la facultad discrecional de denegar un permiso de funcionamiento...**” (el resaltado es nuestro).

Véase:

[http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Reuniones/DFinales/SG\\_REG\\_ACNP\\_III\\_INFORME.doc](http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Reuniones/DFinales/SG_REG_ACNP_III_INFORME.doc)

de dicha discrecionalidad, entendida esta como la mayor o menor disposición que tiene la autoridad o el funcionario sobre sus decisiones.

En este estado, nos cuestionamos respecto de “la ecuación perversa”, aquella que dice que a mayor discrecionalidad y menor rendición de cuentas habrá mayor posibilidad de corrupción.

En la Administración Pública, cuanto mayor discrecionalidad –es decir, cuanto mayor libertad de disposición tiene la autoridad–, tiene el funcionario sobre su toma de decisiones, mayores riesgos tendrá de cometer arbitrariedades y con ello, posibles errores e incluso actos de corrupción. Tal sería el caso si por ejemplo el superintendente decidiera denegar –a solo criterio de conciencia– y usando fácticamente su criterio discrecional el ingreso al mercado de una empresa, cuando en realidad se trata de un *lobby* realizado por un grupo de empresas que mantienen el monopolio del mercado y restringen el ingreso de otras empresas.

La discrecionalidad que proponemos, entonces, no significa en ningún sentido arbitrariedad o vulneración de derechos. Por ello recalcamos

---



que aun en estos casos las decisiones del superintendente deben ser debidamente motivadas y no fundamentadas en un único criterio de conciencia.

Reconocemos adicionalmente que la solución propuesta no es del todo novedosa, puesto que se ve reflejada, en cierto sentido, en el Texto del Tratado de Libre Comercio, aprobado y ratificado por el Perú. En él se indica lo siguiente:

Artículo 12.11º: Transparencia y Administración de ciertas medidas:

“... 11. A petición de un solicitante a quien se le ha negado su solicitud, la autoridad reguladora que la ha denegado, en la medida de lo practicable, informará al solicitante las razones de la denegación de la solicitud”.

Resulta interesante que aun cuando esta norma no se encuentra vigente –al no encontrarse ratificada por Estados Unidos– puede llegar a ser ley entre las partes. En dicho supuesto, el superintendente se vería en la obligación de fundamentar sus resoluciones denegatorias de ingreso al sistema. Lo que puede ser discutible es la frase “en la medida de lo practicable”; la SBS podría ampararse en dicha excepción para no fundamentar su resolución.

## CONCLUSIONES

1. A lo largo del presente trabajo hemos dejado establecido que resulta necesaria la regulación estatal, de una forma específica respecto de determinados mercados; ello puesto que existe la obligación por parte del Estado de velar por el bienestar general. Por otra parte, el Estado no debe ser un ente intervencionista en el quehacer de los particulares, tal como nuestra Constitución establece –y consideramos que viene siendo aplicado–; el Estado debe ser un agente subsidiario de la actividad privada. Esta situación fortalece la competencia entre los particulares, para el mejor funcionamiento del mercado.
2. Las empresas del sistema financiero son de intervención indirecta para con los particulares, puesto que captan dinero público (de parte de los agentes superhabitaros) y los invierten para generarles intereses; así también otorgan préstamos a particulares (estos son los agentes deficitarios). En este

sentido, estas empresas no realizan actividades catalogadas como servicio público, realizan actividad privada; sin embargo, tienen un trasfondo de bienestar general, por lo que debe ser necesariamente regulada.

3. La confianza que tienen los particulares para con el sistema económico, es un factor preponderante para su buen funcionamiento; incluso se puede generar desconfianza en las entidades del sistema financiero, lo que a su vez se puede convertir en un riesgo sistémico (como es el caso de la corrida de capitales). Por lo que no es posible dejar a “una mano invisible” que regule este sistema, sino que el Estado, cumpliendo el rol que la Constitución le otorga, debe velar por el sistema en su conjunto.
  
4. El organismo constitucionalmente autónomo, facultado para regular y supervisar a las empresas del sistema financiero, de seguros y privado de pensiones, con criterio técnico e independiente es la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Esta entidad, de derecho público, tiene como deber generar las

condiciones que permitan maximizar el valor de los sistemas antes mencionados; propiciando una mayor confianza y adecuada protección de los intereses del público usuario, a través de la supervisión preventiva, transparencia, veracidad y calidad de la información; cautelando la estabilidad y solvencia de las empresas que conforman los sistemas.

5. El Superintendente de Banca, Seguros y AFP, máxima autoridad de la SBS, cuenta con una facultad legal de emitir resoluciones, referidas básicamente al ingreso al sistema de una empresa, con un único criterio de conciencia; esto es, que a su libre albedrío puede decidir sin fundamentar los considerandos de su resolución. Así también el superintendente cuenta con la facultad legal de que este tipo de resoluciones sean inimpugnables en cualquier fuero.
  
6. El derecho al debido proceso debe ser respetado aun tratándose de resoluciones administrativas, por tratarse de entes que para dichos efectos ejercen la función jurisdiccional

del Estado; puesto que ello no les otorga la facultad de restringir derechos.

7. Ningún derecho es absoluto; aun los derechos fundamentales responden a una ponderación de intereses como bienes jurídicamente tutelados. Es así como, para sobreponer uno a otro se debe realizar un análisis de razonabilidad y proporcionalidad. Tal es el caso de nuestro objeto de discusión, si el debido proceso debe ser o no superado por el derecho a la libertad de empresa en principio, lo que conlleva necesariamente a la estabilidad económica general, como bien jurídico tutelado.
8. La Constitución Política de 1993 faculta únicamente al Consejo Nacional de la Magistratura y al Jurado Nacional de Elecciones –ambos en casos concretos, en torno a sus funciones– a emitir resoluciones inimpugnables e incluso en el caso del CNM puede no fundamentar dichas resoluciones; pese a ello, existen normas supranacionales que deniegan dichas facultades, en reconocimiento al debido proceso.

9. En el caso de las resoluciones emitidas por el superintendente, debe considerarse que agotan la vía administrativa, por lo que pueden impugnarse en vía judicial; si ello no se cumple se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, como acceso a la justicia, componente del debido proceso adjetivo. Por otro lado, si el superintendente no motiva adecuadamente sus resoluciones, se estaría vulnerando el debido proceso sustantivo.
10. Resulta claro que las normas bajo análisis son estrictamente constitucionales, al no ser declaradas inconstitucionales por el TC, inaplicadas en algún caso en concreto vía control difuso por un juez ordinario. Así también, dichas normas son válidas formalmente, en el sentido que fueron correctamente emitidas y se encuentran vigentes.
11. Debe existir un equilibrio entre las potestades otorgadas a los órganos autónomos y las garantías que se otorguen a los

administrados, ello tomando en consideración que el derecho público es atributivo; por el principio de legalidad, los funcionarios públicos solo pueden hacer lo expresamente indicado por ley, lo cual no puede, en ningún sentido, ofrecer una prerrogativa exorbitante que afecte derechos fundamentales.

12. Consideramos que las normas que facultan al superintendente a emitir normas sin fundamentos y sin la posibilidad que aquel particular se vea afectado pueda acceder a los tribunales de justicia debe ser modificado, en el sentido que se ajuste a lo establecido por la Constitución y a los tratados internacionales en lo que respecta a la no afectación del debido proceso, en el plano adjetivo como en el sustantivo.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, María. *El ahorro: Servicio financiero y fuente sostenible de recursos para la intermediación*. Lima, Propyme, 1998.

ARELLANO, José. *La promoción del ahorro en América Latina*. IX Monetaria. CEMLA.

ARIÑO, Gaspar y LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. *La competencia en sectores regulados*. Granada, 2003.

ARIÑO, Gaspar. *Principios constitucionales de la libertad de empresa: La libertad de comercio e intervencionismo administrativo*.

ASTUQUIPAN, Carlos. "El Sistema Bancario en el Ojo de la Tormenta". *Business, Negocios en el Perú*, Año N° 7, N° 67, Abril 2000, Lima.

AYESTAS, Gustavo. *Naturaleza y perspectivas de la desregulación*. México: CEMLA, 1993.



BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 10ma. ed.  
Madrid: Tecnos, 1994.

BUSTAMANTE, Reynaldo. "El derecho fundamental a un proceso Justo". *Proceso y Justicia*, Nº 1, 2001.

BUSTAMANTE, Reynaldo. "Apuntes sobre algunas exigencias constitucionales que debe cumplir todo laudo de conciencia: a propósito del artículo 51º de la Ley General de Arbitraje". *Derecho y Sociedad*, Año 15, Nº 23, 2004.

CANDELA CAMPO, Luis Guillermo. *Facultades del Superintendente Bancario*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1977.

CEMLA. "Comentarios presentados por Luis Cortavarría Ch. sobre la ponencia: Refuerzo del papel de la Superintendencia Bancaria. Facultades mínimas, autonomía e independencia". Novena Asamblea de la Asociación de Organismos Supervisores Bancarios de América Latina y el Caribe. Ponencia de: GUZMÁN C., José. *Liberalización, profundización financiera y los desafíos para la regulación y supervisión*. Superintendencia de bancos e instituciones financieras de Chile (Agosto de 1992), México, 1993.

COZ, Ernesto. "Actividad bancaria, ¿servicio público o empresa?".

*Advocatus*, Año 1, N.º 2, 1990.

DE BERNANDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Ed. Cuzco, 1995.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ma. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "Debido Proceso en Procedimientos administrativos, su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular". *Revista del Perú*, N° 18, 1999-2001.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "¿Conviene que las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones sean irrevisables por otra instancia jurisdiccional?". *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 20, 2002.

ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "Apuntes sobre la exigibilidad de un debido proceso en los diferentes procedimientos administrativos: Reflexiones sobre las experiencias peruanas y mundiales sobre el particular". *Derecho y Sociedad*, Año 12, N° 15, 2000.

FALLA, Alejandro. "Las nuevas agencias reguladoras 'Ni muy muy ... ni tan tan' ". *Ius Et Veritas*, N° 27, Lima, 2004.

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *La experiencia regulatoria en el Perú. Los casos de la electricidad y el agua potable.*

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid: Civitas, 1991.

GARRIGUES, Joaquín. "Autonomía del Derecho Bancario". En: *Contratos Bancarios*. 2da. ed. Madrid: JG, 1975

GIESECKE, Alberto. *Como funciona la Administración Pública peruana? La burocracia estatal y la regulación.* Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1987.

GIORGIO, Luis Alberto. "Desregulación, Sistema financiero y banca central en América Latina". XLIII/Boletín CEMLA.

GONZALES, Gerardo. *Regulación y supervisión de solvencia del sistema financiero en el Perú.* Santiago de Chile: CEPAL/PNUD, 1992.

GREENSPAN, Alan. *Discurso de Alan Greenspan sobre supervisión de las instituciones financieras*. CEMLA.

GUZMÁN, Christian. "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana: ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?". *Ius Et Veritas*, Año 11, N° 22, 2001.

HERNÁNDEZ, Antonio María. "La inconstitucionalidad del `Corralito` Financiero y Bancario". *Ius Et Praxis*, V. 8, N° 2, Talca, versión on line.

HEYSEN, Socorro. *La regulación en un contexto de competencia bancaria*. Lima: Universidad de Lima, 1998.

HOEMIG, Thomas. *Reflexiones sobre la regulación financiera*. XLII, Boletín CEMLA.

HUERTA, Luis. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: CAJ, 2003.

KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. "La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado". En *Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima: Fondo editorial PUCP, 2004.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. "Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública". *Revista de Administración Pública*, N.º 164, mayo-agosto 2004, Madrid.

LUCCHETTI, Alfieri. *Algunas reflexiones del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa en el marco de la constitución económica de 1993*.

MAIRAL, Héctor. "La ideología del servicio público". *Revista de Derecho Administrativo*, enero – agosto 1993, Buenos Aires.

MERINO, Fernando. "La protección al ahorro". *Themis*, N° 35, 1997.

ORTIZ, Edgar. *La intermediación financiera y el desarrollo económico*. III MONETARIA. CEMLA.

RAMÍREZ, Jaime. *La globalización, la competencia y el surgimiento de un nuevo paradigma de eficiencia*. México: Gestión y Estrategia, 1999.

SALVO TAMBO, María Asunción. "Los derechos y garantías en los procedimientos tributarios. La prescripción". La nueva regulación de los derechos y garantías de los contribuyentes ante la Hacienda Pública. En *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1998, 9.

TAMI, Felipe. *Fundamentos económicos de la regulación prudencial*. Lima: Alide, 1999.

TÁVARA, José. *Economía política de la regulación*.

TÁVARA, José. *Las políticas antimonopolio y la promoción de la competencia en el Perú*. Lima: Cisepa-PUCP, 1997.

TERRAZOS POVES, Juana Rosa. "El Debido Proceso y sus Alcances en el Perú". *Derecho y Sociedad*, Año 15, N° 23, 2004.

TRIGO, Jacques. *Principios básicos para una supervisión efectiva. Algunas consideraciones en su aplicación práctica*. Santo Domingo: BID, 1998.

VALENCIA MARTÍN, Germán. "Servicios públicos y organismos reguladores". *Revista de Derecho Administrativo (Ponencias presentadas del Primer Congreso de Derecho Administrativo)*. Lima: Jurista editores, 2004.

VÁSQUEZ, E. y otros. "Diccionario Histórico y Artístico". Checks and balances. En *La expansión de Gran Bretaña*. Barcelona: Sarpe, 1985.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "La supervisión bancaria en el Perú". *Revista La Banca*.

ZEGARRA, Diego. *La regulación como técnica de intervención administrativa*.

ZEGARRA, Diego. *La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444, nueva Ley de Procedimiento Administrativo General*.

#### **Vía Internet:**

[WWW.SBS.GOB.PE](http://WWW.SBS.GOB.PE): Página Web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

[WWW.TC.GOB.PE](http://WWW.TC.GOB.PE): Página Web del Tribunal Constitucional del Perú.

[http://www.sbef.gov.bo/ley\\_bancos.php](http://www.sbef.gov.bo/ley_bancos.php): Página Web de la Superintendencia de Bancos y Entidades financieras de Bolivia.

[www.sbif.cl](http://www.sbif.cl): Página Web de la Superintendencia Bancaria y de Instituciones financieras de Chile

<http://www.superbancaria.gov.co>: Página Web de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

<http://www.cato.org/dailys/03-16-02.html> "In What Respects Will The Information Age Make Central Banks Obsolete?"

<http://www.libertyhaven.com/regulationandpropertyrights/bankingmoneyorfinance/freebanking/withoutregulation.shtml> "Banking without regulation"

<http://www.gdrc.org/icm/govern/Jansson-spanish.rtf> "Regulación Financiera y su importancia en las microfinanzas para América Latina y el Caribe"



[http://www.humphreys.cl/file/boletines\\_pdf/ReporteBasilea2Jun04.pdf](http://www.humphreys.cl/file/boletines_pdf/ReporteBasilea2Jun04.pdf)

“Reporte Basilea 2”

### **Base Normativa:**

Constitución Política del Perú de 1993.

Constitución Política del Perú de 1979.

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

Ley N.º 27444. Ley de Procedimiento Administrativo General.

Ley N.º 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.