

**Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua,
Managua UNAN – MANAGUA
Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho**



Monografía para obtener Licenciatura en Derecho

1. Título:

Análisis del sigilo bancario en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua.

Autores:

-  **Pablo David Vidaurre**
-  **Greysel Gisselle Mayorga Martínez**
-  **Mirna Elizabeth Cruz Marengo**

Tutor: Msc. Víctor Manuel Habed Blandón

Managua, Nicaragua 09 de marzo del 2021

2. Dedicatoria

El presente trabajo monográfico lo dedicamos principalmente a Dios, por ser el inspirador y darnos fuerzas para continuar este proceso de obtener uno de nuestros anhelos más deseados.

A nuestros padres e hija, por su amor y trabajo en todos estos años. Ha sido un orgullo y privilegio lograr compartir esta etapa con mis compañeros de trabajo monográfico.

A nuestros hermanos por el apoyo moral que nos brindaron a lo largo de esta etapa de nuestras vidas.

En memoria de mi abuela Miriam Esperanza Vidaurre (1943-2020), por su apoyo en mi formación con amor, dedicación y valores éticos.

A nuestra compañera Cecilia Edelmira Morales Chávez, por creer en nosotros y brindarnos su consejo.

A todas las personas que nos han apoyado y han hecho que el trabajo se realice con éxito, en especial a aquellos que nos abrieron las puertas y compartieron sus conocimientos.

3. Agradecimiento

Agradecemos a Dios por bendecirnos en la vida, por guiarnos, y ser nuestra fortaleza en aquellos momentos de dificultad y debilidad.

Agradecemos a nuestros docentes de nuestra alma máter, por haber compartido sus conocimientos a lo largo de la preparación de nuestra profesión, al maestro Víctor Habed Blandón, tutor de nuestro trabajo monográfico quien nos ha guiado con su paciencia, y rectitud en el desarrollo de esta investigación, y a todos los maestros que en el trayecto de estos cinco años han venido confiando en nuestro desempeño.

A la Doctora Ana Julia Guido Ochoa por facilitarnos entrevistar al especialista en la materia Javier Morazán Chavarría.

A los Doctores Javier Morazán Chavarría y Heynar Francisco Martínez por la accesibilidad de responder a las preguntas formuladas en las entrevistas y que sin ellos no se habría logrado culminar este trabajo monográfico.

4. Carta Aval del Tutor



Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua – UNAN Managua
Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas – Departamento de
Derecho

Recinto Universitario Rubén Darío R.U.R.D

Aura Rosa Doña

Directora

Departamento de Derecho

Facultad de Humanidades y Ciencias Jurídicas

UNAN Managua

Por este medio, informo a su autoridad que el trabajo monográfico **“Análisis del sigilo bancario en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua”** realizada por los estudiantes Pablo David Vidaurre, Greysel Gisselle Mayorga Martínez, y Mirna Elizabeth Cruz Marengo como requisito para obtener el título de Licenciado en Derecho ha terminado satisfactoriamente.

Como tutor de este trabajo monográfico, considero que tiene los elementos técnicos, científicos y metodológicos necesarios para ser sometido a defensa ante el Comité Académico Evaluador, en donde le darán sugerencias al trabajo y que ellos sabrán acatar.

El presente trabajo monográfico se enmarca en las líneas de trabajo prioritarias y vigentes del Departamento de Derecho.

Dado en la ciudad de Managua a los 25 días del mes de enero del año dos mil veintiuno.

Msc. Víctor Manuel Habed Blandón

Tutor

5. Resumen

Este trabajo monográfico se realizó bajo el contexto actual de la regulación del sigilo bancario contemplado en el artículo 113 de la Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros en materia de prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua.

La presente monografía está versada en el sigilo bancario contemplado el artículo 113 de la Ley 561 “Ley General de Bancos Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros”, disposición que según nuestra hipótesis puede obstaculizar a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como órgano de control, a la identificación de las personas naturales (beneficiarios finales), en la estructura jurídica del fideicomiso.

A la luz del análisis realizado y tras los resultados obtenidos a través de la opinión de los especialistas en la materia se dispone de evidencia suficiente para poder rechazar la hipótesis realizada en esta investigación y como resultado no hay una recomendación para solucionar la problemática planteada.

La metodología utilizada en esta investigación es cualitativa, aplicando el método analítico de la regulación del sigilo bancario contemplado en el artículo 113 de la Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, y el método práctico con la aplicación de entrevistas a especialistas de la materia, que facilitó la recolección de la información para el cumplimiento de los objetivos propuestos en la presente investigación.

Al concluir esta monografía, se logró dar cumplimiento a cada uno de los objetivos específicos que trazamos para este trabajo y así comprobamos que la hipótesis que se planteó al inicio de esta investigación no se comprobó; que el sigilo bancario operante de las instituciones bancarias proveedoras de servicios fiduciarios no obstaculiza al órgano de control (SIBOIF) en la identificación de los beneficiarios finales (fideicomitente, fideicomisario) en esta actividad jurídico-financiera en el sistema de prevención de lavado de activos.

6. Índice

ÍNDICE

1. Título:.....	1
2. Dedicatoria	1
3. Agradecimiento.....	2
4. Carta Aval del Tutor.....	3
5. Resumen	4
6. Índice	5
7. Abreviaturas.....	9
8. Capítulo I	10
9. Introducción	10
10. Planteamiento del problema.....	12
11. Justificación.....	14
12. Objetivos de investigación: General y Específicos	15
13. Capítulo II	16
14. Marco Teórico	16
14.1 Generalidades del fideicomiso desde la doctrina.....	16
14.2 El Fideicomiso.....	16
14.3 Etimología y su significado gramatical	17
14.4 Concepto doctrinal	17
14.5 Características del fideicomiso	18
14.5.1 Generales	18
14.5.2 Especiales	18
14.6 Presupuestos del Fideicomiso	19
14.6.1 Presupuestos reales	19
14.6.2 Presupuestos personales o naturales.....	19
14.6.2.1 Fideicomitente	20
14.6.2.2 Fiduciario	20
14.6.2.3 Fideicomisario.....	20
14.7 Clases del fideicomiso	20
14.7.1 Fideicomiso de administración.....	21
14.7.2 Fideicomiso de garantía.....	21
14.7.3 Fideicomiso de seguro de vida	21
14.7.4 Fideicomiso de inversión	22
14.7.5 Fideicomiso de pensiones y jubilaciones.....	22
14.7.6 Otras modalidades de fideicomiso.....	22
15. Análisis del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para el órgano	

de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua.	23
15.1 Generalidades del sigilo bancario desde la doctrina.....	23
15.1.1 Concepto	23
15.1.2 Fundamentos del sigilo bancario	23
15.1.3 Objeto y sujetos del sigilo bancario	24
15.1.3.1 Sujeto Activo.....	24
15.1.3.2 Sujeto Pasivo.....	24
15.1.3.3 Límites del sigilo bancario.....	25
15.2 Ley 561, Ley General de Bancos Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros	25
15.3 Ley 316 Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras	30
16. Comparación de la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las repúblicas del Ecuador y Nicaragua.....	35
16.1 Organismos y Leyes	35
16.2 Organismos	35
16.3 Poder Legislativo	36
16.4 Superintendencia de Bancos.....	37
16.5 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros	38
16.6 Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos.....	40
16.6.1 Funciones de la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos..	41
16.7 Leyes	41
16.7.1 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de Lavado de Activos y Financiamiento a Otros Delitos	42
16.7.2 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, Última Modificación El 20 de febrero del 2014	44
17. MARCO CONCEPTUAL.....	47
17.1 Activos:	47
17.2 Auditoría:.....	47
17.3 Beneficiario final:.....	47
17.4 Clientes:	47
17.5 Extra Situ:	47
17.6 Fideicomitente:.....	47
17.7 Fiduciario:	48
17.8 Fideicomisario:.....	48
17.9 Fiduciario:	48
17.10 Holding:.....	48
17.11 In Situ:.....	49
17.12 Lavado de activos:	49
17.13 Personas jurídicas:.....	49
17.14 Prevención:	49
17.15 Sigilo:	49
17.16 Sigilo Bancario:	50

17.17 Superintendencia:	50
18. Marco legal.....	51
18.1 Ley 561 ley general de bancos, instituciones no bancarias y grupos financieros	51
18.2 Ley 316 ley de la superintendencia de bancos y de otras instituciones financieras.....	53
18.3 Norma para la gestión de prevención de los riesgos del lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo (NORMA PLD/FT)	54
18.3.1 Resolución No. CD-SIBOIF-980-1-ENE18-2017 de fecha 18 de enero del 2017 y sus reformas	54
18.4 Ley 977 ley contra el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva	55
18.5 Constitución de la República del Ecuador.....	55
18.6 Código Orgánico Monetario y Financiero.....	56
18.7 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de lavado de Activo y Financiamiento a Otros Delitos	57
18.8 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, última modificación el 20 de febrero del 2014.	59
19. Hipótesis.....	61
20. Capítulo III	62
21. Diseño Metodológico	62
21.1 Tipo y diseño de investigación	62
21.1.1 Enfoque de investigación	62
21.1.2 Tipo de investigación	62
21.1.3 Métodos, técnicas y procedimientos de la investigación.....	63
21.1.4 Técnica de recopilación de datos.....	63
21.1.5 Técnicas de investigación	63
21.1.6 Análisis Documental.....	63
21.1.7 Entrevistas	63
21.1.8 Muestra	64
21.1.9 Procedimiento de investigación	64
21.1.9.1 Este procedimiento se realizó en fases como:.....	64
21.1.9.1.1 Fase 1. Lectura comprensiva.....	64
21.1.9.1.2 Fase 2. Lectura intertextual-comparativa	64
21.1.9.1.3 Fase 3. Relectura crítico-interpretativa	65
21.1.9.1.4 Fase 4. Aplicación de entrevistas.....	65
21.1.9.1.5 Fase 5. Análisis de discusión y resultados.....	65
21.1.10 Matriz de descriptores.....	66
22. Capítulo IV.....	68
22.1 Análisis y discusión de resultados	68
23. Capítulo V.....	73
23.1 Conclusiones	73

23.2 Recomendaciones	75
23.3 Referencias y bibliografías	76
23.4 Entrevistas	78
23.4.1 Entrevista a especialista en la materia N°1	79
23.4.2 Entrevista a especialista en la materia N°2.....	85
23.5 Anexos	91
23.5.1 Anexo 1.....	92
Correo Oficina de Acceso a la Información Pública de la Republica del Ecuador	92
23.5.2 Anexo 2.....	93
Correo sin respuesta por parte de la Oficina de Acceso a la Información Pública de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras	93
23.5.3 Anexo 3.....	94
Organigrama de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras	94
23.5.4 Anexo 4.....	95
Organigrama de la Dirección Para la Prevención de Lavado de Dinero y del Financiamiento al Terrorismo (PLD/FT).....	95

7. Abreviaturas

ABREVIATURAS	
ACE	Asamblea Constituyente de Ecuador
AN	Asamblea Nacional
CN	Congreso Nacional
CONAMI	Comisión Nacional de Micro finanzas
DNCLA	Dirección Nacional contra Lavado de Activos
DNPLA	Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
LA	Lavado de Activos
MP	Ministerio Público
PN	Policía Nacional
RAE	Real Academia Española
SCVS	Superintendencia de Compañías Valores y Seguros
SIBOIF	Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras
SUPERCIAS	Superintendencia de Compañías Valores y Seguros
UAF	Unidad de Análisis Financiero (Nicaragua)
UAFE	Unidad de Análisis Financiero y Económico (Ecuador)

8. Capítulo I

9. Introducción

La regulación del sigilo bancario contemplado en el artículo 113 de la Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros en materia de prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua; no había sido objeto de análisis en un trabajo monográfico en esta Alma Máter, convirtiéndola en una investigación novedosa, que requirió la superación de grandes desafíos en el transcurso de su realización. Es imperativo mencionar que este trabajo se lleva a cabo con el análisis de regulaciones en derecho bancario, además de regulaciones homólogas de la República del Ecuador.

Esta investigación tiene como objeto general Analizar el sigilo bancario, contemplado en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua. Tiene como objetivos específicos explicar las generalidades del fideicomiso desde la doctrina y describir las generalidades del sigilo bancario desde la doctrina, examinar la excepción del numeral 1) del artículo 113 Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros en la fiscalización de prevención de lavado de activos a los servicios fiduciarios bancarios y por último comparar la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las repúblicas del Ecuador y Nicaragua, todo con la finalidad de comprobar o negar la hipótesis planteada en el inicio de esta investigación.

El trabajo monográfico se estructura sobre tres títulos fundamentales, el primero: las Generalidades del Fideicomiso desde la doctrina; en el cual se estudia concepto, características, presupuestos entre estos, los sujetos que intervienen, como es el fiduciario, el fideicomitente y el fideicomisario; y por último las clases de fideicomisos.

Debido al desarrollo de este capítulo se observó la versatilidad que ofrece el fideicomiso en la actividad económica y el riesgo que representa para actividades de lavado de activos.

En el segundo capítulo se aborda el análisis del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua, se describen las generalidades del sigilo bancario desde la doctrina como: concepto, fundamento, objeto y sujetos. Además, se analizan diversas regulaciones, entre estas la ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros, específicamente su artículo 113 del sigilo bancario, y la Ley 316 Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras en su artículo 3 numeral 9. en vista de la identificación del beneficiario final en esta estructura jurídica y quienes pueden acceder a ella.

En tercer lugar, se desarrolla el título: Comparación de la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las Repúblicas del Ecuador y Nicaragua, donde se analiza la regulación homóloga en esta materia, con un enfoque de derecho comparado, analizando la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero en sus artículos 88, 89 y 91. Además del estudio de la naturaleza del órgano de control y sus funciones en materia de prevención de lavado de activos para la fiscalización de los proveedores de servicios fiduciarios en dicho país.

El desarrollo de estos tres títulos son los tres pilares fundamentales de la investigación realizada, en su conjunto llevan a que la hipótesis planteada en la investigación no es comprobada, dando como resultado que el sigilo bancario operante de las instituciones bancarias proveedoras de servicios fiduciarios no obstaculiza al órgano de control (SIBOIF) en la identificación de los beneficiarios finales (fideicomitente, fideicomisario) en esta actividad jurídico-financiera en el sistema de prevención de lavado de activos.

10. Planteamiento del problema

El planteamiento del problema, de este trabajo monográfico se basa en cómo el sigilo bancario operante en las instituciones bancarias proveedores de servicios fiduciarios pueda obstaculizar al órgano de control (SIBOIF) en la identificación de los beneficiarios finales (fideicomitente, fideicomisario) de esta actividad jurídico financiera, al no estar el banco fiduciario obligado por la ley a poner en previo conocimiento al respectivo órgano de control la identidad natural o final de sus clientes de este servicio en materia de prevención de lavado activos.

De acuerdo con la Ley 561 “Ley General de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros” en su artículo 113, último párrafo establece que la prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes (entre ellos los servicios fiduciarios), están sujetos a reservas (sigilo) y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas. De acuerdo con el mismo artículo en el párrafo primero estas autoridades son: La autoridad judicial en virtud de causa que estuviere conociendo mediante orden escrita, y el superintendente de bancos en materia de legitimación de capitales. Sin embargo, esta facultad recae exclusivamente en la persona que ostente el cargo y no de manera institucional, el problema no es solo a quien se le revele la identidad final del fideicomitente y fideicomisario, si no, en qué circunstancias el banco brindará la información.

Por tanto, el banco solo podrá dar la información necesaria entre éstas (la identidad de los beneficiarios finales del fideicomiso) en aquellos casos que la autoridad judicial lo mande, por ejemplo, una típica diligencia investigativa (solicitada por el MP o la PN) y en el caso del Superintendente, cuando éste requiera el procesamiento de la información, y no en materia de prevención que sería lo idóneo si se quiere prevenir el ilícito y no hasta cuando la actividad delictiva ya se consumó.

Esta aparente debilidad legislativa respecto al sigilo obliga al banco proveedor del servicio fiduciario de identificar y verificar la identidad de los beneficiarios finales (fideicomitente y fideicomisario) éste no está obligado a poner en previo conocimiento al respectivo órgano de control la identidad natural o final de sus clientes en este servicio,

para que este pueda realizar una supervisión y fiscalización idónea en esta materia.

¿El sigilo bancario es un obstáculo en materia de prevención de lavado de activos para el órgano de control (SIBOIF) en la fiscalización de las instituciones bancarias, específicamente en la identificación de los beneficiarios finales de la estructura del fideicomiso?

11. Justificación

La estructura jurídica del fideicomiso en Nicaragua ha sido objeto de investigación en esta institución de educación superior. Sin embargo, se ha limitado a sus generalidades o bien a la importancia de esta figura como fuente de empleo o una forma de asegurar patrimonios. Pero, no se encontraron antecedentes de una investigación en materia de prevención de lavado de dinero, bienes o activos en esta actividad jurídico-financiera. Por lo cual, es novedoso y trascendental.

La realización de este trabajo monográfico es relevante, pues brinda educación jurídica financiera acerca de la prevención de lavado de activos en las instituciones bancarias proveedoras de servicios fiduciarios, proporcionando un nuevo aporte académico en esta área de nuestro sistema jurídico que será de utilidad a profesionales y estudiantes de la carrera de derecho y otras de ámbito financiero.

La decisión de realizar este análisis se debe a la iniciativa de conocer a fondo al sigilo bancario que existe actualmente en las instituciones bancarias en Nicaragua, con respecto a la identidad de los beneficiarios finales en los fideicomisos, al operar para estas entidades el sigilo bancario; justificando con esto la realización de esta investigación, con el deseo de aportar conocimientos a los estudiantes y profesionales del derecho y otras áreas.

12. Objetivos de investigación: General y Específicos

12.1 Objetivo General

Analizar el sigilo bancario, contemplado en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua.

12.2 Objetivos Específicos

1. Explicar las generalidades del fideicomiso desde la doctrina.
2. Describir las generalidades del sigilo bancario desde la doctrina.
3. Examinar la excepción del numeral 1) del artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la fiscalización de prevención de lavado de activos a los servicios fiduciarios bancarios.
4. Comparar la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las repúblicas del Ecuador y Nicaragua.

13. Capítulo II

14. Marco Teórico

14.1 Generalidades del fideicomiso desde la doctrina

Rodríguez Azuero (1994): “El fideicomiso opera cuando el fideicomitente transmite la titularidad sobre un bien o conjunto de bienes o derechos determinados al fiduciario, quien se obliga a administrarlos a favor del beneficiario y transmitirlos al fideicomisario o fideicomitente cuando se cumpla un plazo, condición u otra causa de extinción de la obligación” (p.26).

La doctrina señala que el negocio jurídico se establece como una declaración de la voluntad privada reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico orientada a alcanzar la satisfacción de sus necesidades. Así pues, Díez Picazo (1954) expone: “El negocio jurídico contiene la declaración de voluntad que permite que se den consecuencias jurídicas en cuanto a la creación, modificación o extinción de derechos, manteniendo siempre un fin lícito” (p.30).

14.2 El Fideicomiso

El fideicomiso representa hoy en día una alternativa factible para atraer inversión en las economías emergentes de los países en vías de desarrollo. La utilización de esta figura no sólo sería a través del sistema bancario sino también con la participación del mercado de capitales de Nicaragua tanto para usuarios nacionales como extranjeros.

Así mismo, los pequeños y medianos empresarios dispondrían de los beneficios que se puedan alcanzar a través del fideicomiso tales como su incursión en la economía a gran escala o en el financiamiento para sus empresas, no sólo con fines comerciales, sino también como mecanismos sociales que promuevan el desarrollo local de las áreas económicas más relevantes.

El fideicomiso contribuye a la modernización del sistema financiero, pero también es un instrumento que actualiza los medios sucesorios que existen en el país, fortaleciendo así el bienestar social de la familia nicaragüense.

La regulación de este negocio jurídico desde su constitución es a través de los requisitos que requiere el contrato de fideicomiso, asimismo instituye causas de nulidad y prohibiciones para evitar que este negocio jurídico sea utilizado para actividades ilícitas como lavado de dinero, bienes o activos, debido a que es un instrumento vulnerable para este tipo de actividades ilícitas.

Las personas podrán efectuar toda clase de fideicomiso que persiga fines lícitos, con arreglo a los principios de la autonomía de la voluntad siendo su finalidad el punto medular de todas las actuaciones del fiduciario para ser encaminadas y alcanzarlas. Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el pacto. El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso radica en la licitud.

La utilización del fideicomiso es generalizada por instituciones financieras como el medio más económico de garantía, fungiendo éstas como fiduciarios, incluso, o bien, es posible encontrar sociedades mercantiles cuyo objeto sea únicamente la administración de Fideicomisos, como fiduciarios.

14.3 Etimología y su significado gramatical

RAE (2021) “En el origen de la palabra “fiduciario”, proviene del latín: fiducia, que español significa “confianza” y “fideicomiso”, su origen es también del latín “fideicommissum”: fides, “fe” y commissum “confiando” (p.24).

14.4 Concepto doctrinal

El fideicomiso es un contrato o convenio en virtud del cual una o más personas, llamada fideicomitente o también fiduciante, transmite bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros, de su propiedad a otra persona (una persona física o persona jurídica, llamada fiduciaria), para que esta administre o invierta los bienes en beneficio propio o en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario. (Batiza,1985, p.50).

Alfaro (1971) “El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos, según la voluntad de quien los entrega, quien es llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fiduciario” (p.16).

14.5 Características del fideicomiso

14.5.1 Generales

Alfaro (1971) explica: “Es un contrato principal porque su existencia jurídica no está subordinada ni depende de ningún otro acto o contrato” (p.12).

Batiza (1985) afirma: “Es oneroso porque la constitución de un fideicomiso y la expresa aceptación del fiduciario, significa para este último, el derecho de cobrar una cantidad de dinero por la administración de los bienes o derechos fideicomitados” (p.38).

De ejecución inmediata, en dependencia de las finalidades para las cuales se haya celebrado el contrato de fideicomiso o en atención al interés del fideicomitente, lo que se traduce en la ejecución por parte del fiduciario de una sola actividad, que al cumplirse se extingue el fideicomiso, o bien la ejecución de un significativo de actividades que se van realizando progresiva y constantemente durante la vigencia del contrato.

Es bilateral porque en virtud del contrato de fideicomiso nacen derechos y obligaciones recíprocas por las partes intervinientes.

14.5.2 Especiales

Batiza (1985) explica: “Es un contrato de confianza ya que implica la transmisión de los bienes y derechos de una persona a otra, con el compromiso de administrar, invertir o garantizar obligaciones con él” (p.33).

Debe de tener fin lícito, es decir, el objeto del fideicomiso y las actividades que se realizaran dentro del contexto del contrato originado por la afectación misma de bienes al fiduciario debe de hacerse dentro del marco legal.

Conforma un patrimonio autónomo y este es uno de los elementos más destacados de la figura del fideicomiso, pues permite que los bienes o derechos no se confundan contable

ni jurídicamente con los del propio fiduciario ni aún con otros que este pudiera tener bajo su administración por la constitución de otros fideicomisos.

Es inembargable porque ni los acreedores del fiduciario ni los del fideicomitente ni los del fideicomisario pueden perseguir bienes que se encuentren fideicometidos. Es decir, los bienes fideicometidos se encuentran excluidos de la garantía general de sus acreedores.

14.6 Presupuestos del Fideicomiso

14.6.1 Presupuestos reales

El objeto del fideicomiso puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombres, que tengan existencia y que su titular, tenga facultades de disposición sobre ellos. Para que algún derecho incorporal pueda ser objeto del fideicomiso, debe ser de naturaleza meramente patrimonial y susceptible de valoración económica (Mata Campos, 2000, p.26)

El traspaso de bienes que haga un fideicomitente al fideicomiso equivale a que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Este es un tipo particular de propiedad, distinta a la concepción civil tradicional, aun cuando el fiduciario tenga la condición de propietario, existe para él una limitación y es que no puede disponer libremente de los bienes, si no en la medida que lo autoricen los términos del contrato de fideicomiso. Los bienes que se convierten en propiedad fiduciaria llegan a adquirir especiales características.

14.6.2 Presupuestos personales o naturales

El elemento personal consiste en el acuerdo mediante el cual el fiduciario limita su potestad de propietario, en orden al cumplimiento de la propiedad prevista al fiduciante, los derechos otorgados están reducidos a los necesarios para la consecución del objeto del encargo, la titularidad se conserva solo con el tiempo requerido para lograr los fines previstos. (Alfaro,1971, p.19)

De igual manera, con respecto a los tres sujetos de los que habla el autor antes mencionado son fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

14.6.2.1 Fideicomitente

Cabanellas (1955) define: Es la persona natural o jurídica, que constituye el fideicomiso, la cual transmite o se obliga a transmitir los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario” (p.63).

Por lo que podemos decir que el fideicomitente es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspasa bienes de su patrimonio en propiedad al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines del fideicomiso para los cuales se creó.

14.6.2.2 Fiduciario

Cabanellas (1955) define: “Es la persona natural o jurídica a la que se le transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y se encarga de la ejecución o de lo acordado en el contrato de fideicomiso para la consecución de sus bienes” (p.65).

Podrá ser fiduciario cualquier persona natural o jurídica que tenga la capacidad legal para contratar y obligarse, y en especial, para dar a los bienes, el destino que el fideicomiso implica.

14.6.2.3 Fideicomisario

Cabanellas (1955) define: “El fideicomisario también se conoce como beneficiario final, es la persona a la que están destinados los derechos, frutos y beneficios obtenidos de la ejecución del fideicomiso. Podrá ser fideicomisario cualquier persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica” (p.62).

14.7 Clases del fideicomiso

Es importante señalar que el fideicomiso ha tenido más profusión en materia bancaria, sin embargo, se manifiesta a través de múltiples modalidades:

Estas clases de fideicomisos son como las categorías que se distinguen entre aquellos contratos mediante se transfieren bienes, cantidades de dinero o derechos, ya sean presentes o futuros. Estos pueden ser otorgados como cargos de confianza, ya que se confía de manera plena para que lo administre. (Herrera Espinoza, 2007, p.33)

14.7.1 Fideicomiso de administración

Herrera Espinoza (2007) refiere: “Es aquel por el cual el fiduciario administra los bienes fideicometidos con las facultades generales de administración y las facultades especiales que le hubieren sido expresamente concedidas por el fideicomitente. Puede ser testamentario o contractual” (p.16).

14.7.2 Fideicomiso de garantía

Se podrá garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el fideicomitente o por un tercero, mediante la constitución del fideicomiso de garantía, por el cual:

El fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de los bienes, conservando este la titularidad durante el plazo establecido, para que en caso de que el deudor no cumpla la obligación, el fiduciario pague el importe del crédito garantizado, resarcándose del pago haciendo efectiva la garantía. (Herrera Espinoza,2007, p.16)

14.7.3 Fideicomiso de seguro de vida

Herrera Espinoza (2007): “Es aquel por el cual el asegurado, con carácter de fideicomitente, cede al fiduciario sus derechos contra el asegurador, transfiriéndole la póliza, mediante declaración suscrita por ambas partes, y notificada por escrito al asegurador” (p.16).

14.7.4 Fideicomiso de inversión

Es el que destina cierta cantidad en efectivo, títulos de crédito, acciones o valores, a la constitución de un fideicomiso; obligándose el fiduciario durante el plazo del contrato, a invertirlos en el mercado de valores o en otros mercados financieros aprobados, con el objeto de obtener de ellos un máximo rendimiento y entregar al fideicomisario, parcial o totalmente el capital y los rendimientos. (Herrera Espinoza, 2007, p.16)

14.7.5 Fideicomiso de pensiones y jubilaciones

Es el que constituye un empresario como fideicomitente, mediante aportaciones periódicas de dinero, para que el fiduciario las invierta y administre con objeto de obtener el mejor rendimiento, y entregarlo a los trabajadores del fideicomitente como fideicomisarios, en los términos, plazos y condiciones estipulados en el contrato. (Herrera Espinoza,2007, p.16)

Las dificultades crecientes que afrontan muchos países para el manejo de sus programas de seguridad social administrados por el Estado o por entidades de derecho público, han hecho volver los ojos hacia mecanismos privado o mixtos a través de los cuales pueda garantizarse a los destinatarios la cobertura ofrecida, tanto en el campo de las pensiones, como en el de créditos para ciertas finalidades o programas de salud. Y para tal efecto, ningún instrumento más útil que el de constituir fondos fiduciarios con esa finalidad. (Azuero Rodríguez,1990, p.25)

14.7.6 Otras modalidades de fideicomiso

Podrán asimismo ser objeto de fideicomiso cualesquiera otras modalidades o combinaciones no previstas, siempre que sean lícitas.

15. Análisis del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua.

15.1 Generalidades del sigilo bancario desde la doctrina

15.1.1 Concepto

Según el diccionario jurídico de Guillermo Canabellas se entiende el sigilo. Canabellas (1994) como: “Lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto. Conociendo que exclusivamente alguien posee la virtud de una cosa o de un procedimiento útil en ciencia, arte u oficio” (p. 294).

Es el deber jurídico que tienen las instituciones bancarias y sus empleados de no revelar ni directa o indirectamente los datos o hechos que lleguen a su conocimiento por razón o motivo de la actividad a la que están dedicada. Es el deber de mantener en silencio sobre esos datos y un derecho de negar su comunicación a terceros. (Rodríguez, 1973, p.83)

Entendemos que la obligación de seguir manteniendo el sigilo bancario es un pilar fundamental en las relaciones entre las instituciones bancarias y sus clientes, pues de esta manera se logra el prestigio y la confianza del sistema financiero nacional, convirtiéndose estas en protectora de los intereses de sus usuarios.

15.1.2 Fundamentos del sigilo bancario

Al respecto, se encuentran dos fundamentos. Joaquín Garrigues (1958) es: “El fundamento contractual y el fundamento legal” (p.50). O sea, uno establecido por contrato y otro por ley. Este último radica en la ley reguladora de la actividad bancaria ya que impone a los bancos un deber general y legal de reservas y confidencialidad de la información obtenida de sus clientes.

En el caso de Nicaragua, el sigilo bancario se encuentra regulado en el artículo 113 de la ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones no Bancarias y Grupos Financieros.

15.1.3 Objeto y sujetos del sigilo bancario

Garrigues (1958) expresa: “Que el objeto protegido de sigilo bancario en una institución financiera es el contenido que comprende toda la operación efectuada por el banco” (p.51). Incluso la operación de los servicios fiduciarios, pues esta es una operación más que ofrecen las instituciones bancarias.

15.1.3.1 Sujeto Activo

Es el cliente, la persona natural o jurídica que utiliza los servicios u operaciones que brinde la institución financiera, ya sea una persona que recurre habitualmente a un banco, o bien la persona que realiza actos preparativos para llegar a ser cliente del banco, o los que realizan operaciones en la institución financiera de forma aislada. (Vergara, 1990, p.12)

15.1.3.2 Sujeto Pasivo

Es claro que el sujeto pasivo es el banco o la institución financiera que brinda el servicio o la operación al cliente. Vergara (1990) menciona: “Se trata de cada banco en general, pero este deber de reserva se traslada a otros sujetos involucrados dentro del sistema financiero” (p.12). Entre estos a las entidades que el estado designa para su supervisión o fiscalización, como la Superintendencia de bancos en los casos establecidos por la ley.

15.1.3.3 Límites del sigilo bancario

Vergara (1990) destaca: “Se debe de tener en cuenta que la intimidad del cliente o el deber del banco a resguardar la reserva o sigilo de las operaciones que el cliente realiza, vienen condicionadas por la concurrencia de otros bienes jurídicos de igual o mayor importancia” (p.31). Como es el caso del bien jurídico del orden socioeconómico.

La obligación que tiene el banco de guardar sigilo desaparece frente al organismo encargado de la supervisión de todo el sistema financiero, la fiscalización y control de las entidades que le son puestas en custodia, criterio que ambos especialistas en la materia compartieron al momento de aplicarse las entrevistas.

15.2 Ley 561, Ley General de Bancos Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros

Existe un texto consolidado el cual incorpora todas las reformas realizadas a esta ley. Ley. 561, “Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros”, aprobada el 27 de octubre del 2005 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial 232 del 30 de noviembre del 2005, y se ordena su publicación en La Gaceta, Diario Oficial, conforme la Ley. 963, “Ley del Digesto Jurídico Nicaragüense”, publicada en La Gaceta, Diario Oficial 203 del 25 de octubre del 2017 y la Ley. 974, “Ley del Digesto Jurídico Nicaragüense de la Materia de Banca y Finanzas” aprobada el 10 de mayo del 2018.

La presente ley establece en su artículo 1:

La regulación de las actividades de intermediación financiera y de prestación de otros servicios financieros con recursos provenientes del público, las cuales se consideran de interés público. La función fundamental del estado respecto de las actividades anteriormente señaladas es la de velar por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a las instituciones financieras legalmente

autorizadas para recibirlos, así como reforzar la seguridad y la confianza del público en dichas instituciones, promoviendo una adecuada supervisión que procure su debida liquidez y solvencia en la intermediación de los recursos a ellas confiados. (AN, 2005, p.2)

El artículo 113 de la presente ley instituye el sigilo bancario, el cual establece:

No se podrá brindar informes de las operaciones pasivas que celebren los clientes, si no según fuera el caso a su representante legal o a quien tengan poder de retirar los fondos o para intervenir en las operaciones financieras de que se trate, salvo cuando lo autorice expresamente el cliente o lo pidiese la autoridad judicial en virtud de causa que estuviera conociendo mediante orden escrita. (AN, 2005, p.58)

Esto establece dos supuestos, el primero que el cliente dé su consentimiento expreso ante la institución bancaria o través de su apoderado con los instrumentos jurídicos adecuados para tal efecto. O bien, el segundo supuesto cuando la autoridad judicial mandata el levantamiento del sigilo y solo así la institución financiera se verá obligada a brindar la información necesaria que se requiera por parte de la autoridad que lo solicitó. Entre esta información está evidentemente la identidad de la o las personas naturales (beneficiario final), en este caso, de un fideicomiso. Sin embargo, estos supuestos no encajan dentro de la materia de prevención de lavado de activos, menos el segundo, pues cuando el juez ordena el levantamiento del deber de reserva al banco es porque existe una investigación en curso y la diligencia fue solicitada por los órganos de investigación y persecución de delitos (Policía Nacional y Ministerio Público).

Pero según los especialistas en la materia que fueron entrevistados, existe una excepción que se enmarca en el ámbito de la prevención de lavado de activos. Excepción que se encuentra dentro del numeral 1 del artículo 113 de la Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros; que limita el ejercicio del sigilo bancario y elimina toda obligación al banco de guardar reserva sobre las operaciones activas, pasivas o de prestación de servicios, incluyendo en

estos a los servicios fiduciarios.

En el último párrafo del artículo 113 la AN (2005) establece que: “La prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes están sujetos a reserva y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas” (p.59).

Lo que nos lleva a la excepción del numeral 1 del artículo 113 de la ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua, que establece:

AN (2005): “Los requerimientos que en esa materia demande el Superintendente de Bancos. Así mismo, el Superintendente está facultado para procesar información en materia de legitimación de capitales, conforme lo dispongan las leyes y los tratados internacionales” (p.58).

Esta es una disposición ligada directamente a materia antilavado de activos, la pregunta está si es en materia de prevención del ilícito. Los especialistas en la materia consultados afirman que sí, que la excepción está ligada a materia de prevención de lavado de activos, y que no existe obstáculo alguno para el órgano de control especializado en este campo (SIBOIF) para tener acceso a la información que el banco resguarda de sus clientes ni de las operaciones que realizan, incluyendo la identidad de las personas naturales (beneficiarios finales) de los servicios fiduciarios.

El doctor Javier Morazán Chavarría resaltó que: “La Superintendencia de Bancos tiene funciones definidas por la ley, y que la información que la SIBOIF solicite a los bancos, no es con mira a detectar si alguien está cometiendo o no lavado de activos, pues eso sería de índole investigativa, pues la función de este órgano de control es obtener información que permita establecer si en las instituciones bancarias se están cumpliendo las medidas de prevención o si no se están cumpliendo para establecer sanciones. O sea, verificar el cumplimiento de las medidas preventivas y no la detección, porque no les corresponde a ellos” J. Morazán (entrevista, 2021).

Igualmente, el Doctor Heynar Francisco Martínez expresó que: “En el caso de la

Superintendencia, la ley general de bancos, conforme ley 561 y reformas, el artículo 113 y otras disposiciones específicas establece que la Superintendencia de Bancos, tiene acceso a esta información y ahí no hay sigilo, o sea el sigilo queda exceptuado, o exento de cumplimiento todo lo que tiene que ver en esta materia antilavado de activos, y la Superintendencia es el regulador natural de un banco, y además es el regulador específicamente en esta materia de lavado de activos de los bancos” H.F. Martínez (entrevista, 2021)

Conforme a esto, ninguna entidad bancaria puede invocar el deber de sigilo bancario para que el órgano de control SIBOIF no ejerza su función fiscalizadora o supervisora, sobre todo en materia de lavado de activos, pues la ley libra de esta obligación a la institución financiera para con el cliente a través de esta excepción.

En esta excepción se faculta para el procesamiento de la información en legitimación de capitales al Superintendente de bancos. Haciendo una lectura taxativa del numeral 1 del artículo 113, de la ley 561, deja la interrogante si la persona que ostenta el cargo de Superintendente es la única facultada para procesar esta información o es una facultad delegable a otros funcionarios o empleados de la Superintendencia, en su labor de fiscalización, específicamente en materia de prevención de lavado de activos.

A simple vista la norma es clara, de forma taxativa faculta a un individuo con una característica especial, la cual es que ejerza como Superintendente de Bancos. Lo que deja aparentemente sin acceso a la información a los demás funcionarios o empleados de la Superintendencia al momento de realizar sus inspecciones o verificaciones en materia de prevención de lavado de activos.

Sin embargo, los especialistas en la materia consultados para esta investigación refieren que no es así. El Doctor Heynar Francisco Martínez expresó que: “El Superintendente no es omnipresente, la misma ley le permite que el delegue funciones, mas no responsabilidades. Entonces el delega funciones y tiene un cuerpo llamado intendentes, entonces estos intendentes son los que en nombre del Superintendente requieren información a las instituciones bancarias en materia de cumplimiento y sus analistas respectivos, porque además de regulador es supervisor y la supervisión se

hace in situ y extra situ, y cuando se hace in situ no va a ir el Superintendente de bancos a todos los bancos a estar revisando papeles, ¿manda a quienes? a sus supervisores quienes llegan a una carta delegataria en nombre del Superintendente a fungir, por lo tanto, ese supervisor tiene acceso a toda la información, el Superintendente principalmente delegó una carta” H.F Martínez (entrevista, 2021).

El mismo criterio comparte el Doctor Javier Morazán Chavarría y menciona que: “Cuando se habla de Superintendente se habla de la figura que tiene la representación de la institución, que no se puede ver la facultad otorgada únicamente al Superintendente, sino que, este ejerce sus funciones a través de todo el equipo de trabajo que tiene. Pues los otros funcionarios actúan por orientación y dirección del Superintendente, entonces que, a efectos de actuación, es la actuación misma del Superintendente. El hecho de que delegue una función no significa que no pueda, no deba ejercer la supervisión. Las funciones se ejercen de manera institucional” J. Morazán (entrevista, 2021).

Al momento de realizarse la entrevista el Doctor Heynar Francisco Martínez nos resaltó que: “Los sujetos obligados, en este caso, las instituciones bancarias, no podrían aducir reserva o sigilo de ningún tipo, no solo a la Superintendencia de Bancos, sino que tampoco a la Unidad de Análisis Financiero de acuerdo con la ley 977 Ley contra el lavado de activos y financiamiento al terrorismo, pues la ley en su artículo 9, numeral 1, inciso a) les obliga a informar a la UAF directamente y sin poder aducir reserva o sigilo de tipo alguno las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades bajo la forma de instituciones financieras, entre otras actividades” H.F Martínez (entrevista, 2021).

Lo anterior deja claro que el sigilo bancario operante en las instituciones bancarias no es un obstáculo para el órgano de control natural de una institución bancaria, que es la SIBOIF para que pueda ejercer sus controles, fiscalizaciones, verificaciones y demás responsabilidades ordenadas por la ley en materia de prevención de lavado de activos ya sea in situ o extra situ, debido a que esta obligación bancaria desaparece frente al órgano de control. Además, este órgano respectivo cuenta con un personal

especializado en la materia, quienes en nombre del Superintendente de Bancos procesan la información en materia de legitimación de capitales, y analizan la información, entre esta, la identidad de las personas naturales (beneficiarios finales) para verificar el cumplimiento de los sujetos obligados con las normas de prevención, emanadas por la Superintendencia de Bancos.

15.3 Ley 316 Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras

La Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras SIBOIF se creó mediante la Ley 125, publicada en La Gaceta Diario Oficial 64 del 10 de abril de 1991 y su reglamento se publicó posteriormente en La Gaceta Diario Oficial 136 del 24 de julio del mismo año. Para el 14 de octubre de 1999 se publicó la Ley 316, “Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras”, publicada en La Gaceta Diario Oficial 196.

La Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), es una institución autónoma del estado encargada de velar por los intereses de los depositantes del sistema financiero nicaragüense, y de preservar la seguridad y confianza del público en dichas instituciones; a través de sus funciones de supervisión, fiscalización y regulación, las cuales se basan en los principios básicos para una supervisión bancaria efectiva.

El artículo 2 de esta ley establece:

La Superintendencia tiene a su cargo autorizar, supervisar, vigilar y fiscalizar la constitución y el funcionamiento de todos los bancos, sucursales y agencias bancarias que operen en el país, ya sean entidades estatales o privadas, nacionales o extranjeras, que se dediquen habitualmente en forma directa o indirecta, a actividades de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros o a la prestación de otros servicios bancarios. (AN, 1999, p.1)

En Nicaragua, la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), es el órgano de control o autoridad supervisora con respecto a las Instituciones Bancarias, este órgano de control mantiene un constante control, aplicación, actualización y prevención del riesgo en la utilización de dichas entidades financieras para el lavado de activos, medidas de prevención que emanan del poder legislativo a través de la ley de la materia, y la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras a través de su normativa correspondiente.

La Ley 316, Ley de la SIBOIF, establece en su artículo 2 párrafo dos. AN (1999): “Que tiene a su cargo autorizar, vigilar, supervisar y fiscalizar la constitución como el funcionamiento de las instituciones bancarias, (...). La SIBOIF ejercerá de forma consolidada la supervisión, vigilancia y fiscalización de las instituciones bancarias” (p.1).

Es importante señalar, que, dentro del análisis de esta legislación, en el artículo 3 en su numeral 9, establece:

Inspeccionar regularmente las instituciones que le corresponda, vigilar y realizar arqueos y otras verificaciones convenientes, por medio del personal de la Superintendencia o el debidamente contratado para tal efecto, en este caso el personal está obligado a observar el sigilo bancario, so pena de responsabilidades civiles penales del caso. (AN, 1999, p.3)

Los especialistas en la materia expresaron que este deber de sigilo por parte del órgano de control SIBOIF, no va dirigido a la imposibilidad de acceso a la información de los datos que las instituciones bancarias tengan de sus clientes, entre estas las identidades naturales de sus clientes en las estructuras jurídicas como el fideicomiso y las operaciones que con ella se realicen. Si no que este deber de sigilo va a dirigido a que los funcionarios o empleados de la Superintendencia una vez teniendo acceso a la información solicitada no pueden compartirla con terceros, ya sean personas particulares o demás instituciones, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Tal como lo expone el Doctor Heynar Francisco Martínez, quien aclaró que: “El sigilo o confidencialidad aplica para el regulado como para el regulador, aplica para el supervisado y aplica para el supervisor, entonces aplica para el banco y para la Superintendencia de bancos y sus funcionarios, y que, igual que el banco debe guardar sigilo y no andar contando historias que no le corresponden a gente no facultada, igual los funcionarios de la Superintendencia de Bancos ni el Superintendente de Bancos pueden andar contando todo lo que ven en una inspección, y la Superintendencia de Bancos tiene acceso a todas las operaciones que hace un banco específicamente incluyendo fideicomisos” H.F Martínez (entrevista, 2021).

De igual manera, el Doctor Javier Morazán Chavarría expuso que: “La información que los funcionarios de la Superintendencia que conozcan en sus funciones deben estar bajo la obligación del sigilo. Esta disposición se refiere que la información que ellos conozcan al realizar sus arqueos y verificaciones no pueden divulgarlos a terceras personas y no al momento de acceder a la información” J. Morazán (entrevista, 2021).

El artículo 30 de esta ley establece lo siguiente:

No se podrá revelar o comentar los datos obtenidos ni los hechos observados, en la institución bancaria salvo en el cumplimiento de sus deberes por razón de su cargo, mediante providencia judicial de autoridad competente o según las excepciones establecidas por ley. (AN, 1999, p. 13)

Por tanto, podemos mencionar que la SIBOIF no tiene dificultad en su fiscalización en cuanto al sigilo bancario en el caso de los fideicomisos, ya que, este sigilo se exceptúa a la hora de que el órgano de control lleve sus tareas de fiscalización y supervisión y este privilegio de reserva no impide al órgano de control el conocimiento previo de las personas naturales, clientes de la institución bancaria proveedora del servicio fiduciario, en la prevención de lavado de dinero, bienes o activos para esta estructura

jurídica.

Cabe mencionar que en la norma para la gestión de prevención de los riesgos de lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo (NORMA PLD/FT). Elaborada por la SIBOIF, contempla en su artículo 15 inciso a), acápite viii.

Lo siguiente:

Para efectos de la presente Norma y de conformidad con los principales estándares internacionales, deben considerarse como clientes de alto riesgo y a los cuales, la entidad supervisada debe aplicarles una DDC-I, los siguientes (...). Fideicomisos o estructuras jurídicas especialmente cuando funcionan como Tenedoras de Acciones (holding) en el extranjero para la administración de activos y bienes, o como proveedores de servicios fiduciarios. (SIBOIF, 2017, p.32)

Con esto destacamos que la SIBOIF como órgano de control de las instituciones bancarias proveedoras de servicios fiduciarios, está consciente del alto riesgo que la actividad fiduciaria representa en materia de lavado de activos, y por lo tanto no puede verse limitada por el privilegio del sigilo bancario al momento de sus supervisiones y verificaciones.

Otro de los puntos que se deben mencionar, dentro de esta ley, son las funciones del Superintendente de Bancos, sobre todo aquellas que tienen que ver con la supervisión y fiscalización de las instituciones bancarias y las operaciones que estas realicen, entre estas, por supuesto la prestación de servicios fiduciarios.

Así lo establece el artículo 19 de la ley 316, Ley de la Superintendencia, en sus numerales 11 y 12:

Examinar todas las operaciones financieras o de servicio de las instituciones que estén sujetas a supervisión, y ejercer las demás funciones de supervisión, inspección, vigilancia y fiscalización que le correspondan, de acuerdo con las leyes, reglamentos y otras disposiciones aplicables (...). Delegar funciones en

los demás funcionarios y empleados de la Superintendencia dentro del marco de la ley. (AN, 1999, p.9)

Estos artículos están directamente relacionados, con el numeral 1 del artículo 113 de la ley 561, Ley General de Bancos Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros. Pues, como mencionábamos anteriormente el Superintendente de Bancos está facultado para procesar información en materia de legitimación de capitales. Es por ello, que los especialistas en la materia aseguraron que la facultad dada al Superintendente, se le otorga en calidad de representante legal de la institución, pero que, perfectamente los demás empleados y funcionarios de la entidad estatal, como su equipo de trabajo, con su orientación, delegación o representación pueden realizar las labores fiscalizadoras o supervisoras, in situ o extra situ en su representación.

Así lo explicó el Doctor Heynar Francisco Martínez, quien refirió que: “El Superintendente no es omnipresente, la misma ley le permite que el delegue funciones mas no responsabilidades, entonces el delega funciones y tiene un cuerpo llamado intendentes, entonces estos intendentes son los que en nombre del Superintendente requieren información y los analistas respectivos, porque además de reguladores es supervisor y la supervisión de hace in situ y extra situ, y cuando se hace in situ no va a ir el Superintendente de bancos a todos los bancos a estar revisando papeles, ¿manda a quienes? a sus supervisores, quienes llegan con una carta delegataria en nombre del Superintendente a fungir, por lo tanto, ese supervisor tiene acceso a toda la información” H.F Martínez (entrevista, 2021).

De igual forma opinó el Doctor Javier Morazán Chavarría, quien mencionó que: “Cuando se habla de Superintendente se habla de la figura que tiene la representación de la institución, entonces no se puede ver la facultad otorgada únicamente al Superintendente, si no que este ejerce sus funciones a través de todo el equipo de trabajo que tiene; que los otros funcionarios, actúan por orientación y dirección del Superintendente, el hecho de que delegue una función no significa que no pueda, no deba ejercer la supervisión. Las funciones se ejercen de manera institucional” J. Morazán (entrevista, 2021)

16. Comparación de la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las repúblicas del Ecuador y Nicaragua

16.1 Organismos y Leyes

Dentro del análisis de la legislación en contra de lavado de activos de la República del Ecuador, en derecho comparado con la legislación nicaragüense pudimos constatar que existen diversas similitudes en cuanto a los organismos, leyes y normativas que regulan la actividad fiduciaria en estos países; debido a la existencia de organismos facultados para emitir leyes para la prevención, en contra de lavado de activos dentro de las fiduciarias, para lograr como objetivo común una economía sana y la seguridad jurídica que necesita este tipo de actividad.

16.2 Organismos

Dentro de los organismos encargados de regular la actividad fiduciaria dentro de la jurisdicción de la República del Ecuador, encontramos al Poder Legislativo, la Unidad de Análisis Financiero y Económico, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; por mencionar los organismos públicos dentro de este país encargados de proteger al estado y a la actividad fiduciaria en contra de este delito y que cada uno de ellos tiene una función determinada en la protección del sistema financiero y jurídico, que a continuación desarrollaremos.

Así mismo, en la República de Nicaragua, encontramos órganos especializados en materia de prevención de lavado de activos, que tienen la facultad de supervisar y fiscalizar a los sujetos obligados bajo su competencia en esta materia, tal es el caso de la Superintendencia de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros quien es el órgano supervisor y fiscalizador natural de las instituciones bancarias, también proveedoras de servicios fiduciarios en el país. Además de la Unidad de Análisis Financiero, quien ejerce sus competencias especializadas en materia de prevención y

detección de este ilícito. Encontrando que en ambos países el estado cuenta con la legislación y los órganos especializados en materia de lavado de activos.

16.3 Poder Legislativo

Constituida como Congreso Nacional de la República del Ecuador. Es el órgano que ejerce el poder legislativo de la República del Ecuador, de corte unicameral formado con 137 asambleístas repartidos en 12 comisiones permanentes; organismo que aprobó leyes como: la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, aprobada en fecha 13 de julio del 2016, ley que constituye la estructura de prevención, detección y sanción en contra de lavado de activos del sistema ecuatoriano.

Órgano democrático que comparte fuerte similitud con el órgano legislativo de la República de Nicaragua, pues cuenta con una sola cámara de representantes, la cual es la encargada de la emisión de leyes, entre estas las legislación en materia de prevención de lavado de activos, conocida como Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, así como las demás leyes como el Código Monetario y Financiero, publicada en el Registro Oficial No. 332, del 12 de septiembre del 2014, la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 312 del 05 de noviembre del 1999, con última modificación el 29 de diciembre del 2017, Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero publicada en el Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, con última modificación el 20 de febrero del 2014. Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial No. 215 del 22 de febrero del 2006, última modificación 31 de diciembre del 2008.

Nicaragua cuenta también con un órgano legislativo unicameral quien tiene las facultades de emitir las leyes que regirán la república, entre estas las leyes contra el lavado de activos y otras conexas. Entre estas la ley 977, ley contra el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción

masiva, aprobada el 16 de Julio de 2018, publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 138 del 20 de julio del 2018. Ley 561, Ley general de bancos, instituciones no bancarias y grupos financieros, publicada en la Gaceta Diario Oficial No. 232, con fecha del 30 de noviembre del 2005. Ley 316, Ley de la superintendencia de bancos y otras instituciones financieras, aprobada el 15 de noviembre del 2005 publicada en la gaceta, diario oficial No. 228 del 24 de noviembre del 2005. Ley No. 976, Ley de la unidad de análisis financiero, aprobada el 4 de septiembre de 2019, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 176 de 13 de septiembre de 2019.

16.4 Superintendencia de Bancos

La Superintendencia de Bancos de la República del Ecuador, en los últimos años ha experimentado transformaciones institucionales en el gobierno del expresidente Rafael Correa. La institucionalidad del Estado Ecuatoriano vivió transformaciones normativas e institucionales sobre todo a partir de la promulgación de una nueva constitución, que entró en vigor en octubre del 2008. En lo que concierne al ámbito de la supervisión y el control. Esta carta constitucional, en su artículo 213 fijó el carácter de las superintendencias. ACE (2008) como: “Organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales, ambientales y de los servicios que prestan entidades públicas y privadas” (p.113).

El Código Orgánico Monetario y Financiero, artículo 59, de la República del Ecuador, determina que. CN (2014): “La Superintendencia de Bancos es un organismo técnico de derecho público, con personería jurídica propia” (p.14).

Ratificando el principio constitucional, el Código Monetario y Financiero, reconoce que CN (2014) “La institución goza de autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa (...). En su ámbito de supervisión se incluyen a las entidades del actual sector financiero, privado y público, así como al sistema de seguridad social” (p.3). Sin embargo, actualmente las facultades legales que este organismo tenía referente a las políticas y requisitos internos de prevención de lavado de activos para las fiduciarias fueron trasladadas a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, como órgano de

control y supervisión específico para esta actividad. Pero, consideramos prudente mencionar dicho organismo como un antecedente en la lucha en contra el lavado de activos, y como uno de los organismos públicos de cooperación interinstitucional con la Unidad de Análisis Financiero y económico UAFE de este país. Sin dejar de mencionar que es el organismo garante del cumplimiento del deber de sigilo o reserva con los usuarios del sistema financiero de la República del Ecuador.

16.5 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

A partir de la entrada en vigor de su nueva constitución del año 2008 la República del Ecuador ha tenido un fuerte cambio de disposiciones mezclada con una reestructuración orgánica de instituciones públicas en el ámbito financiero nacional, dentro de estas reestructuraciones están las superintendencias. Las cuales se establece en el nuevo Código Orgánico Monetario y Financiero en sus disposiciones reformatorias y derogatorias en las que se expresa:

Primera: 1. Sustituir “Superintendencia de Bancos y Seguros” y “Superintendente de Bancos y Seguros” por “Superintendencia de Bancos” y “Superintendente de Bancos”, respectivamente. 2. Sustituir “Superintendencia de Compañías y Valores” por “Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros” y “Superintendente de Compañías y Valores” por “Superintendente de Compañías, Valores y Seguros. (CN, 2014, p.85)

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es la entidad gubernamental más importante, junto con la Unidad de Análisis Financiero y Económico UAFE en materia societaria de: CN (2014): “Ejercer vigilancia, auditoría, intervención y control al mercado de valores (entre estos mercados: las fiduciarias), el régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado” (p.19). Por lo que, en pocas palabras la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros es la entidad facultada de emitir normativas en prevención, detección y erradicación de lavado de activos a los fideicomisos.

“La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, regula a las administradoras de fondos y fideicomisos, así como también a las bolsas y casas de valores en lo que respecta a las atribuciones y competencias, mismas que podrán ser verificadas en la Ley de Compañías vigente, y las normas de prevención de lavado de activos para ese sector” J. Franco (correo electrónico, 2020).

CPA. Jacqueline Franco

Dirección Nacional de Prevención de lavado de activos. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. bfrancov@supercias.gob.ec a vidaurrepablodavid@gmail.com

“La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de la República del Ecuador es el organismo técnico, con autonomía administrativa y económica, que vigila y controla la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las compañías y otras entidades en las circunstancias y condiciones establecidas por la ley. Este organismo tiene como misión ser una institución que controla, vigila y promueve el mercado de valores, el sector societario y de seguros, mediante sistemas de regulación y servicios, contribuyendo al desarrollo confiable y transparente de la actividad empresarial en el país” SUPERCIAS (página web, 2020).

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros cuenta con una posición beligerante en su lucha en contra el lavado de activos, tiene consciencia del riesgo que corre la economía con la comisión de estos ilícitos, por lo que su lema es: “La clave en la lucha contra el lavado de activos está en la prevención” SUPERCIAS (página web, 2020). Por ello, cuentan con una Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos, la cual mencionaremos a continuación.

En cambio, en Nicaragua el órgano encargado de la supervisión, control, fiscalización en materia de prevención de lavado de activos tanto en la actividad financiera, como fiduciaria que ofrecen estas entidades, es la Superintendencia de Bancos, pues goza de las facultades legales que le hacen ser el órgano natural de las instituciones financieras

bancarias, en las actividades y operaciones que estas realicen. Cabe destacar que una de las diferencias destacables dentro de la técnica legislativa de Nicaragua con la República del Ecuador es que el órgano de control tiene su propia ley orgánica, que la crea, da funciones y organización; en cambio en la República del Ecuador, estos órganos de control están regulados por un mismo cuerpo normativo, el llamado Código Monetario y Financiero.

16.6 Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos

“La Dirección Nacional de Prevención de lavado de Activos (DNPLA) es una unidad técnica de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) que ejecuta procesos de control de prevención de lavado de activos a las compañías que se encuentren bajo su vigilancia y control, entre estas las fiduciarias” SUPERCIAS (página web, 2020).

Su objetivo es direccionar a las compañías para que no sean vulnerables ante terceros que quieran utilizarlas como vehículo para lavar dinero, mitigando el riesgo reputacional y legal de las mismas, para lo cual deben cumplir con los procesos de debida diligencia a los clientes, proveedores y empleados, accionistas, señalados en la norma vigente.

“La Dirección Nacional de Prevención de lavado de Activos, es una unidad técnica que realiza inspecciones a las compañías para fortalecer los procesos de control de prevención de lavado de activos para así empoderar a las empresas de conocimiento y que realicen una debida diligencia eficiente y eficaz, apegada a las normas vigentes” SUPERCIAS (página web, 2020).

En el caso de la República de Nicaragua, el órgano de control SIBOIF, también cuenta con una Dirección Para la Prevención de Lavado de Dinero y del Financiamiento al Terrorismo, la cual está subordinada a la autoridad del Superintendente de Bancos quien tiene la representación legal de la institución. Esta dirección cuenta con un director a cargo del cual dependen otras sub-dependencias como la del Sector Análisis de Riesgos,

Sección Extra Situ, Sección In Situ, quienes son quienes en nombre del Superintendente procesan la información en materia legitimación de capitales, tal como se establece en el artículo 113, numeral 1 de la ley No. 561 Ley General de Bancos, Instituciones No Bancarias y Grupos Financieros.

16.6.1 Funciones de la Dirección Nacional de Prevención de Lavado de Activos

1. “Establecer procesos de control para verificar que se cumpla por parte de los sujetos obligados los procesos de debida diligencia en materia de prevención de lavado de activos, esto es aplicando correctamente un Manual de Prevención de lavado de Activos y su respectiva matriz de riesgos actualizado, así como el correcto llenado de los formularios de debida diligencia, origen de los fondos y su análisis patrimonial en los casos que corresponda” SUPERCIAS (página web, 2020).
2. “Realizar inspecciones contables, financieras y patrimoniales a las compañías que se encuentren bajo la vigilancia y control de la SCVS, sean o no sujetos obligados, para lo cual deberán tener un adecuado orden en su información contable, financiera y tributaria, así como los respectivos soportes con empresas relacionadas y con sus accionistas” SUPERCIAS (página web, 2021).

16.7 Leyes

La República del Ecuador es un país que en materia de lavado de activos ha experimentado constantes cambios en leyes y normativas en materia de prevención, detección y erradicación de este delito. Por lo que, para la realización de este trabajo monográfico nos dimos la tarea de buscar, seleccionar y analizar la legislación existente en esta materia, encontrándonos con similitudes como con diferencias con nuestra legislación nacional. Pudimos realizar una radiografía general y puntual del sistema jurídico ecuatoriano, permitiéndonos observar las soluciones de este país para la misma problemática del delito de lavado de activos, específicamente con el sigilo bancario.

Como antecedente jurídico en prevención, detección y erradicación de lavado de activos Ecuador contó con: la Ley Para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial 127 de 18 de octubre de 2005; posteriormente denominada ley de Prevención, Detección y Erradicación del delito de lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos mediante ley reformativa de la ley para Reprimir el Lavado de Activos publicada en el Registro Oficial Suplemento 352 de 30 de diciembre de 2010; y todas sus reformas. Ley que tenía como finalidad de prevenir, detectar, sancionar y erradicar el lavado de activos en sus diferentes modalidades, así como reprimir propiedades, posesiones utilización, oferta, venta, corretaje comercio o transferencia, conversión y tráfico de activos de procedencia ilícita, así como la persecución, investigación de las personas o asociaciones dedicadas a la ejecución de estos ilícitos, de conformidad a la ley. Además, cabe resaltar que era la primera vez que en el Ecuador se emitía una ley que plantara lucha al lavado de activos, tipificándolo como un delito autónomo.

Sin embargo, en el año 2016 se aprobó la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de lavado de Activos y Financiamiento a Otros Delitos, bajo el registro 2do S. 802 de fecha 21 de julio del 2016, la cual está vigente al momento de la realización de este trabajo monográfico y mencionaremos a continuación:

16.7.1 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de Lavado de Activos y Financiamiento a Otros Delitos

Como mencionábamos esta ley fue aprobada en el año 2016, bajo el registro 2do S. 802 de fecha 21 de julio del 2016. Con esto, la República del Ecuador derogaba su antigua legislación en esta materia, con el objetivo de modernizar el sistema de prevención, detección y erradicación de lavado de activos.

No pretendemos realizar un análisis de todo el sistema jurídico ecuatoriano en esta materia, pero si ser puntuales con la información necesaria en el sistema de prevención de lavado de activos en la figura fiduciaria de este país, y el sigilo bancario en materia de prevención de este delito y realizar la comparación de ambos sistemas jurídicos siendo esta ley clave para las demás normas que regulan la actividad fiduciaria en el hermano

Ecuador.

La Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de lavado de Activo y Financiamiento a Otros Delitos, tiene en su artículo 1, como objetivos fundamentales:

1. Detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia gratuita u onerosa, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de los delitos de los que trata la presente ley, o constituyan instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones correspondientes,
2. Detectar la asociación para ejecutar cualesquiera, de las actividades mencionadas en el literal anterior, o su tentativa; la organización de sociedades o empresas que sean utilizadas para ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles, para la aplicación de las sanciones correspondientes; y,
3. Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean producto de los delitos mencionados en esta ley, que fueren cometidas en territorio ecuatoriano y que se encuentren en el exterior. (CN, 2016, p.3)

Objetivos que plantan una posición beligerante en la lucha contra estos ilícitos, sobre todo en las actividades económicas susceptibles en la comisión de estos delitos, como es el caso de las fiduciarias.

Esta ley obliga a las instituciones financieras y de seguros CN (2016) a: “Cumplir con las obligaciones contempladas en las leyes del Código Monetario y Financiero y las demás leyes específicas que los regulan y dar estricto cumplimiento a la gestión de riesgos en materia de prevención de lavado de activos” (p.4).

Continuando con Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de lavado de Activos y Financiamiento a otros delitos del Ecuador, debemos mencionar que esta faculta a los organismos que:

De acuerdo con sus competencias y que consideren necesario hacerlo podrán crear unidades complementarias anti lavado, que deberán reportar reservadamente de conformidad con las normas aplicables para dicho efecto, a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) las operaciones y transacciones inusuales e injustificadas de las cuales tuvieren conocimiento. (...). Dichas unidades anti lavado deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de ejecutar acciones conjuntas rápidas y eficientes para combatir el delito. Es por esta razón que existe, como en el caso de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Dirección Nacional Contra el Lavado de Activos encargada de ejercer vigilancia y control a las entidades bajo su supervisión, entre estas los fideicomisos. (CN, 2016, p.8)

16.7.2 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, Última Modificación El 20 de febrero del 2014

La ley General de Instituciones del Sistema Financiero, publicada en el Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, con última modificación el 20 de febrero del 2014, aprobada por el Congreso Nacional de la República del Ecuador, la cual regula el funcionamiento de las instituciones financieras privadas, operantes en la República del Ecuador, y por tanto la norma que regula las disposiciones de reserva y sigilo bancario de estos bancos para con sus clientes.

El Capítulo II, en el artículo 88 de la presente ley se contempla el sigilo y la reserva bancaria en el cual se establece lo siguiente:

Los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero estarán sujetos a sigilo bancario, por lo cual las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados no podrán proporcionar información relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente.

(CN, 2014, p.33)

En el mismo capítulo, pero en su artículo 89 de la presente ley se contempla parte de los límites de este sigilo, en el cual expresamente establece la obligación de la institución financiera a:

Mantener los sistemas de control que les permitan efectuar una buena identificación de las personas que efectúan transacciones en la institución (...). Además, se limita el ejercicio del sigilo bancario, en el momento que tengan que proporcionar a la Superintendencia de Bancos aquellas transacciones que requieran un informe especial, así mismo extiende el deber de reserva a los funcionarios de la superintendencia respectiva y de las demás autoridades que por disposición legal expresa requieran la información quienes también estarán sujetas a sigilo hasta que utilice la información en los fines para que la requirió, en su caso. (CN, 2014, p.33)

Por último, la presente ley establece en su artículo 91, las excepciones del sigilo bancario, las cuales tiene sus repercusiones en las operaciones pasivas que tengan los fideicomisos en las instituciones bancarias, exactamente tenemos la excepción del inciso c) el cual establece: CN (2014) “Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador y la Superintendencia de Compañías, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos” (p.35).

Es importante señalar que, en el caso de la República del Ecuador la institución encargada de ejercer control, supervisión y fiscalización en la prestación de servicios fiduciarios es la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y en la investigación se realiza un análisis del sigilo bancario en la actividad fiduciaria en prevención de lavado de activos. Se comprueba con la legislación vigente, que el órgano de control especializado en la actividad fiduciaria en este país (SCVS) es tomado en cuenta en las excepciones del sigilo bancario para que ejerza sin obstáculo alguno su control, supervisión y fiscalización en esta actividad jurídico-financiera.

En el caso de Nicaragua, no es necesario que sea exceptuado el deber de sigilo o reserva bancario a otra institución, puesto que el órgano de control encargado de regular las operaciones fiduciarias en las instituciones bancarias continúa siendo la Superintendencia de Bancos y la ley ya lo contempla en el libre acceso a la información en materia de legitimación de capitales.

Sin embargo, tal como lo expresó el Doctor Heynar Francisco Martínez “Yo me apuntaría a una reforma en el sentido, que expresamente se hable de la UAF, porque la ley 561, ley bancaria existe antes de la ley 973, que era la ley creadora de la UAF en 2012, y que fue derogada y reemplazada por la ley 976, y conectada con la ley 977. Entonces la ley general de bancos no tiene consideradas esas nuevas leyes, entonces, también existen las reformas tácitas verdad, pero sería bueno si hay una reforma que la misma (Ley General de Bancos) reconozca facultades a UAF, que apunten a mencionar que la UAF también tiene facultades de requerir información de analizar información y los sigilos no representan obstáculos para eso” H.F Martínez (entrevista, 2021).

O sea, que en Nicaragua en la disposición del sigilo bancario contemplada en la ley de materia no establece la excepción para los demás órganos de control como es el caso de la Unidad de Análisis Financiero, quien de acuerdo con la ley 977 en su artículo 9, numeral 1, inciso a): AN (2018) establece: “Los bancos Son sujetos obligados a informar a la UAF directamente y sin poder aducir reserva o sigilo de tipo alguno” (p.7). Sin embargo, de acuerdo con el Doctor Heynar Francisco Martínez refiere que “Existen reformas tácitas en las técnicas legislativas, pero que sería bueno si hay una reforma que la misma que reconozca facultades a UAF en la ley general de bancos” H.F Martínez (entrevista, 2021).

17. MARCO CONCEPTUAL

17.1 Activos:

Es el haber total de una persona natural o abstracta. En el comercio, es el importe general de los valores efectivos, dinero, créditos, efectos al cobro, bienes muebles o inmuebles, mercaderías y derechos de un comerciante que tiene a su favor. (Canabellas, 1968, p.131)

17.2 Auditoría:

Sánchez (2020) define: “Es el proceso de evaluación minuciosa de una sociedad u organización con el ánimo de conocer sus características específicas, así como sus fortalezas y debilidades” (p.13).

17.3 Beneficiario final:

“La persona natural que efectiva y finalmente posee o controla personas o entes jurídicos” J. Cisneros (página web, 2020).

17.4 Clientes:

Son las personas que establecen una relación de servicios, contractual o de negocios con el Sujeto Obligado, con carácter de permanencia, habitualidad, recurrencia o de tracto sucesivo. Son clientes ocasionales quienes utilicen los servicios que brinda un Sujeto Obligado, ya sea una sola vez o en forma ocasional no recurrente. (Cabanellas, 1968, p.56)

17.5 Extra Situ:

RAE (2020): “Quiere decir fuera del lugar” (p.84).

17.6 Fideicomitente:

Cabanellas (1955): “Es la persona natural o jurídica, que constituye el fideicomiso, la cual transmite o se obliga a transmitir los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento

de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario” (p.63).

Por lo que podemos decir que el fideicomitente es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspasa bienes de su patrimonio en propiedad al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines del fideicomiso para los cuales se creó.

17.7 Fiduciario:

Cabanellas (1955): “Es la persona natural o jurídica a la que se le transmite la titularidad de los bienes o derechos fideicometidos y se encarga de la ejecución o de lo acordado en el contrato de fideicomiso para la consecución de sus bienes” (p.65).

Podrá ser fiduciario cualquier persona natural o jurídica que tenga la capacidad legal para contratar y obligarse, y en especial, para dar a los bienes, el destino que el fideicomiso implica.

17.8 Fideicomisario:

El fideicomisario también se conoce como “beneficiario final, es la persona a la que están destinados los derechos, frutos y beneficios obtenidos de la ejecución del fideicomiso. Podrá ser fideicomisario cualquier persona que tenga la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. (Cabanellas, 1955, p.62)

17.9 Fiduciario:

Guillermo Cabanellas (1968) define: “Es un vocablo con significados muy distintos en el ámbito sucesorio en él y en los del comercio, que aconsejan tratamiento escindido” (p.136).

17.10 Holding:

“Se conoce como holding (sociedad tenedora o sociedad matriz) la organización o agrupación de empresas en la que una de ellas posee todas o la mayor parte de las

acciones de otra empresa o sociedad con el objetivo de ejercer el control total sobre ella”
J. Banda (página web, 2016).

17.11 In Situ:

RAE (2020) “In situ es una locución de origen latino que significa ‘en el lugar’, en el sitio, sobre el terreno” (p.145).

17.12 Lavado de activos:

Cabanellas (1968) define: “Es el proceso al que se someten los ingresos producidos por el delito para ocultar su origen ilegal y legitimar las ganancias ilícitas de ese delito” (p.150).

17.13 Personas jurídicas:

Cabanellas (1968) define: “Son todos los entes públicos o privados a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” (p.242).

17.14 Prevención:

Cabanellas (1968) define: “Preparación, disposición anticipada de lo necesario para un fin. Previsión. Anticipado conocimiento de un mal o perjuicio. Precaución. Advertencia, aviso. Inculcación de perjuicio o preocupación” (p.255).

17.15 Sigilo:

Cabanellas (1968) define: “Lo oculto o ignorado. Lo reservado. Reserva. Sigilo. Conocimiento personal, exclusivo, de un medio o procedimiento en cualquiera ciencia o arte” (p.289).

17.16 Sigilo Bancario:

Cabanellas (1968) define: “Es un régimen limitado exclusivamente de las relaciones entre la institución bancaria y su cliente e impone la obligación de confidencialidad de la institución sobre las informaciones que aquellos le proporcionan” (p.289).

17.17 Superintendencia:

Pérez (2014) “Suprema administración en un ramo. Se trata de un organismo que se encarga del control y de la vigilancia de un determinado sector económico o social” J. Pérez (página web, 2014).

18. Marco legal

18.1 Ley 561 ley general de bancos, instituciones no bancarias y grupos financieros

Publicada en La Gaceta No. 232, con fecha del 30 de noviembre del 2000

Artículo 1: La presente Ley regula las actividades de intermediación financiera y de prestación de otros servicios financieros con recursos provenientes del público, las cuales se consideran de interés público.

La función fundamental del Estado respecto de las actividades anteriormente señaladas es la de velar por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a las instituciones financieras legalmente autorizadas para recibirlos, así como reforzar la seguridad y la confianza del público en dichas instituciones, promoviendo una adecuada supervisión que procure su debida liquidez y solvencia en la intermediación de los recursos a ellas confiados.

En virtud de la realización de cualquiera de las actividades reguladas en la presente Ley, quedan sometidos a su ámbito de aplicación, con el alcance que ella prescribe, las siguientes instituciones:

1. Los bancos.
2. Las instituciones financieras no bancarias que presten servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, en adelante denominada “la Superintendencia de Bancos”, o simplemente “la Superintendencia”.
3. Sucursales de bancos extranjeros,
4. Los grupos financieros; y,
5. Las Oficinas de Representación de Bancos y Financieras Extranjeras conforme lo establecido en el artículo 14 de esta Ley. (AN, 2000, p.1)

Artículo 113: Los bancos y demás instituciones reguladas no podrán dar informes de las operaciones pasivas que celebren con sus clientes sino, según fuere el caso, a sus representantes legales o a quienes tengan poder para retirar los fondos o

para intervenir en la operación de que se trate, salvo cuando lo autorice expresamente el cliente o cuando lo pidiese la autoridad judicial en virtud de causa que estuviere conociendo, mediante orden escrita en la que se debe expresar dicha causa respecto a la cual esté vinculado el depositante, ahorrador o suscriptor. En caso de fallecimiento del depositante podrá suministrársele información al beneficiario si lo hubiere.

Quedan exceptuados de estas disposiciones:

1. Los requerimientos que en esa materia demande el Superintendente de Bancos. Asimismo, el Superintendente está facultado para procesar información en materia de legitimación de capitales conforme lo dispongan las leyes y los tratados internacionales.
2. La información que soliciten otras empresas bancarias como parte del proceso administrativo normal para la aprobación de operaciones con sus clientes,
3. Las publicaciones que por cualquier medio realicen los bancos de los nombres de clientes en mora o en cobro judicial, así como de aquellos clientes que libren cheques sin fondo.
4. La información que se canalice a través de convenios de intercambio y de cooperación suscritos por el Superintendente con autoridades supervisoras financieras nacionales o de otros países.
5. Las otras excepciones que contemple la ley.

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

Las operaciones activas y de prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes están sujetas a reserva y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas en los numerales anteriores. (AN, 2000, p.57)

18.2 Ley 316 ley de la superintendencia de bancos y de otras instituciones financieras

Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 196 del 14 de octubre de 1999

Artículo 2: La Superintendencia velará por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a las Instituciones Financieras, legalmente autorizadas para recibirlos, y preservar la seguridad y confianza del público en dichas instituciones; promoviendo una adecuada supervisión que procure su solvencia y liquidez en la intermediación de los recursos a ellos confiados.

La Superintendencia tiene a su cargo autorizar, supervisar, vigilar y fiscalizar la constitución y el funcionamiento de todos los bancos, sucursales y agencias bancarias que operen en el país, ya sean entidades estatales o privadas, nacionales o extranjeras, que se dediquen habitualmente en forma directa o indirecta, a actividades de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros o a la prestación de otros servicios bancarios.

La Superintendencia también autorizará, supervisar, vigilará y fiscalizará las instituciones financieras no bancarias, que operen con recursos del público en los términos establecidos en la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros.

La Superintendencia también autorizará, supervisar, vigilará y fiscalizará las Instituciones Financieras no Bancarias que por leyes especiales corresponda regular su funcionamiento.

La Superintendencia ejercerá en forma consolidada la supervisión, vigilancia y fiscalización de los grupos financieros, así como las demás facultades que le corresponden en relación con tales grupos, en los términos previstos en la ley. (AN, 1999, p.1)

Artículo 3: Para el cumplimiento de sus fines, la Superintendencia tendrá las siguientes atribuciones:

9. Inspeccionar regularmente las instituciones que le corresponda, vigilar y realizar arqueos y otras verificaciones convenientes por medio del personal de la Superintendencia o el debidamente contratado para tal efecto. En este caso el

personal está obligado a observar el sigilo bancario, so pena de responsabilidad civiles y penales del caso. Estas inspecciones, arqueos y verificaciones deberán realizarse por lo menos una vez al año, las cuales podrán llevarse a cabo sin previo aviso a las instituciones a inspeccionar. (AN, 1999, p.2)

Artículo 19: Corresponde al Superintendente:

11. “Delegar funciones en los demás funcionarios y empleados de la Superintendencia dentro del marco de la ley,

12. Establecer programas de prevención que permitan un conocimiento de la situación financiera de las instituciones bajo su supervisión” (AN, 1999, p.9).

Artículo 30: Las informaciones obtenidas por los órganos de Dirección y Administración de la Superintendencia, sus funcionarios y agentes en el ejercicio de sus funciones, serán estrictamente confidenciales. No podrán revelar o comentar los datos obtenidos ni los hechos observados, salvo en el cumplimiento de sus deberes por razón de su cargo o mediante providencia judicial de autoridad competente.

La contravención a las prohibiciones establecidas en el presente artículo será considerada como falta grave y motivará la inmediata destitución de los que incurran en ella sin perjuicio de las responsabilidades que determina el Código Penal por el delito de revelación de secretos. (AN, 1999, p.12)

18.3 Norma para la gestión de prevención de los riesgos del lavado de dinero, bienes o activos; y del financiamiento al terrorismo (NORMA PLD/FT)

18.3.1 Resolución No. CD-SIBOIF-980-1-ENE18-2017 de fecha 18 de enero del 2017 y sus reformas

Artículo 15: DDC Intensificada

- b) Para efectos de la presente Norma y de conformidad con los principales estándares internacionales, deben considerarse como clientes de alto riesgo y a los cuales, la entidad supervisada debe aplicarles una DDC-I, los siguientes:

viii. Fideicomisos o estructuras jurídicas especialmente cuando funcionan como Tenedoras de Acciones (holding) en el extranjero para la administración de activos y bienes, o como proveedores de servicios fiduciarios. (SIBOIF, 2017, p.34)

18.4 Ley 977 ley contra el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva

Aprobada el 16 de Julio de 2018 Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 138 del 20 de julio de 2018.

Artículo 9: Sujetos Obligados son sujetos obligados a informar a la UAF directamente y sin poder aducir reserva o sigilo de tipo alguno las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades bajo la forma de las siguientes Instituciones Financieras y Actividades y Profesiones No Financieras.

1. Instituciones Financieras supervisadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras:

a. Bancos. (AN, 2018, p.7)

18.5 Constitución de la República del Ecuador

Publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre del 2008, con sus reformas incorporadas

Artículo 213: Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. Las superintendencias serán dirigidas y representadas por las superintendentes o superintendentes. La ley determinará los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a dirigir estas entidades. Las

superintendentes o los superintendentes serán nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará la presidenta o Presidente de la República, conformada con criterios de especialidad y méritos y sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana. (ACE, 2008, p.113)

18.6 Código Orgánico Monetario y Financiero

Publicado en el Registro Oficial el 12 de septiembre del 2014, con sus reformas incorporadas

Artículo 59: Naturaleza. La Superintendencia de Bancos es un organismo técnico de derecho público, con personalidad jurídica, parte de la Función de Transparencia y Control Social, con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, cuya organización y funciones están determinadas en la Constitución de la República y la ley. (CN, 2014, p.14)

Reformas

Primera. En la legislación vigente efectúense las siguientes reformas: 1. Sustituir “Superintendencia de Bancos y Seguros” y “Superintendente de Bancos y Seguros” por “Superintendencia de Bancos” y “Superintendente de Bancos”, respectivamente; 2. Sustituir “Superintendencia de Compañías y Valores” y “Superintendente de Compañías y Valores” por “Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros” y “Superintendente de Compañías, Valores y Seguros”, respectivamente. (CN, 2014, p.85)

Artículo 78: Ámbito. La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entre otras atribuciones en materia societaria, ejercerá la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión del mercado de valores, del régimen de seguros y de las personas jurídicas de derecho privado no financieras, para lo cual se regirá por las disposiciones de la Ley de Compañías, Ley de Mercado de Valores, Ley General de Seguros, este Código y las regulaciones que emita la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. (CN, 2014, p.18).

18.7 Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de lavado de Activo y Financiamiento a Otros Delitos

Artículo 1: Esta ley tiene por finalidad prevenir, detectar y erradicar el lavado de activos y la financiación de delitos, en sus diferentes modalidades. Para el efecto, son objetivos de esta ley los siguientes:

- a) Detectar la propiedad, posesión, utilización, oferta, venta, corretaje, comercio interno o externo, transferencia gratuita u onerosa, conversión y tráfico de activos, que fueren resultado o producto de los delitos de los que trata la presente ley, o constituyan instrumentos de ellos, para la aplicación de las sanciones correspondientes;
- b) Detectar la asociación para ejecutar cualesquiera, de las actividades mencionadas en el literal anterior, o su tentativa; la organización de sociedades o empresas que sean utilizadas para ese propósito; y, la gestión, financiamiento o asistencia técnica encaminados a hacerlas posibles, para la aplicación de las sanciones correspondientes; y,
- c) Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean producto de los delitos mencionados en esta ley, que fueren cometidas en territorio ecuatoriano y que se encuentren en el exterior. (CN, 2016, p.3)

Artículo 5: A más de las instituciones del sistema financiero y de seguros, serán sujetos obligados a informar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) a través de la entrega de los reportes previstos en esta ley, de acuerdo a la normativa que en cada caso se dicte, entre otros: las filiales extranjeras bajo control de las instituciones del sistema financiero ecuatoriano; las bolsas y casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las cooperativas, fundaciones y organismos no gubernamentales; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la comercialización de vehículos, embarcaciones, naves y aeronaves; las empresas dedicadas al servicio de transferencia nacional o internacional de dinero o valores, transporte nacional e internacional de encomiendas o paquetes postales, correos y correos paralelos,

incluyendo sus operadores, agentes y agencias; las agencias de turismo y operadores turísticos; las personas naturales y jurídicas que se dediquen en forma habitual a la inversión e intermediación inmobiliaria y a la construcción; hipódromos; los montes de piedad y las casas de empeño; los negociadores de joyas, metales y piedras preciosas; los comerciantes de antigüedades y obras de arte; los notarios; los promotores artísticos y organizadores de rifas; los registradores de la propiedad y mercantiles.

d) Los sujetos obligados señalados en el inciso anterior deberán reportar las operaciones y transacciones económicas, cuyo valor sea igual o superior al previsto en esta ley.

e) La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) mediante resolución podrá incorporar nuevos sujetos obligados a reportar; y podrá solicitar información adicional a otras personas naturales o jurídicas. (CN, 2016, p.4)

Artículo 16: Las Superintendencias de Bancos; Compañías, Valores y Seguros; Economía Popular y Solidaria; Servicio de Rentas Internas; Servicio Nacional de Aduana del Ecuador; Fiscalía General del Estado; Policía Nacional y todas aquellas que dentro del ámbito de su competencia consideren necesario hacerlo, crearán unidades complementarias anti lavado, que deberán reportar reservadamente de conformidad con las normas aplicables para dicho efecto, a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) las operaciones y transacciones inusuales e injustificadas de las cuales tuvieren conocimiento.

Dichas unidades anti lavado deberán coordinar, promover y ejecutar programas de cooperación e intercambio de información con la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) y la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de ejecutar acciones conjuntas rápidas y eficientes para combatir el delito. (CN, 2016, p.8)

18.8 Ley General de Instituciones del Sistema Financiero Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, última modificación el 20 de febrero del 2014.

Artículo 88: Los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en las instituciones del sistema financiero, estarán sujetos a sigilo bancario, por lo cual las instituciones financieras receptoras de los depósitos y captaciones, sus administradores, funcionarios y empleados no podrán proporcionar información relativa a dichas operaciones sino a su titular o a quien lo represente legalmente. Las instituciones del sistema financiero con el objeto de facilitar procesos de conciliación darán acceso al conocimiento detallado de las operaciones anteriores y sus antecedentes a la firma de auditoría externa contratada por la institución, que también quedará sometida al sigilo bancario.

Las instituciones del sistema financiero podrán dar a conocer las operaciones anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, solo para fines estadísticos o de información, salvo el caso si dichas operaciones fuesen requeridas por el Servicio de Rentas Internas, en donde las aludidas instituciones tendrán la obligación de proporcionar una información personalizada y parcializada sobre los depósitos y demás captaciones de cualquier índole que se realicen en sus establecimientos.

Podrán también proporcionar información general respecto del comportamiento de clientes en particular, para fines de evaluación de crédito a requerimiento de otra institución del sistema financiero o de establecimientos comerciales autorizados por aquellos, sin que ello implique la facultad de revelar transacciones individualizadas. (CN, 2014, p.33)

Artículo 89: Las instituciones del sistema financiero están obligadas a mantener sistemas de control interno que permitan una adecuada identificación de las personas que efectúan transacciones con la institución.

Así mismo, tendrán la obligación de proporcionar a la Superintendencia la

información sobre las operaciones que determinadas por ésta, por su naturaleza y monto, requieran de un informe especial. La Superintendencia proporcionará esta información a otras autoridades que por disposición legal expresa, previa determinación sobre su causa y fines, puedan requerirla, quienes también estarán sujetas al sigilo bancario hasta que se utilice la información en los fines para los cuales se la requirió. Tratándose de operaciones de cambio de moneda extranjera o de cualquier mecanismo de captación en moneda nacional o extranjera, en los montos que determine la Superintendencia, ésta establecerá los requisitos que permitan investigar el origen y procedencia de los recursos. (CN, 2016, p.33)

Artículo 91: Se exceptúan de las prohibiciones contempladas en este Capítulo:

- c) Los informes requeridos por el Directorio del Banco Central del Ecuador, el Banco Central del Ecuador y la Superintendencia de Compañías, en el ámbito de sus competencias, que serán tramitados por intermedio de la Superintendencia de Bancos. (CN, 2016, p.35)

19. Hipótesis

El sigilo bancario operante de las instituciones bancarias proveedoras de servicios fiduciarios obstaculiza al órgano de control (SIBOIF) en la identificación de los beneficiarios finales (fideicomitente, fideicomisario) en esta actividad jurídico-financiera en el sistema de prevención de lavado de activos.

20. Capítulo III

21. Diseño Metodológico

21.1 Tipo y diseño de investigación

21.1.1 Enfoque de investigación

La presente investigación se realizó con el enfoque de investigación cualitativa, debido a que tiene como objetivo el análisis del sigilo bancario en el artículo 113, Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua; que tuvo su recorrido en la explicación de las generalidades del fideicomiso desde la doctrina, la descripción de las generalidades del sigilo desde la doctrina, examinar la excepción del numeral 1) del artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la fiscalización de prevención de lavado de activos a los servicios fiduciarios bancarios y comparar la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las Repúblicas de Ecuador y Nicaragua.

La investigación se fundamentó con el método analítico de la legislación en la materia y la aplicación de entrevistas a especialistas, para la fase valorativa se realizó el análisis de resultado que arrojó la investigación realizada. Es un estudio de corte transversal con una figura jurídica y variables recopiladas sobre una población muestra, en la que se determina su viabilidad a partir de los resultados que se encontraron.

Las fuentes de información utilizadas son primarias como, doctrina, leyes, sitios web y entrevistas a especialistas en la materia.

21.1.2 Tipo de investigación

El presente estudio reside en la aplicación pura del método analítico, que consiste en analizar de manera más cuidadosa la disposición del sigilo bancario en los métodos de

prevención de lavado de activos.

21.1.3 Métodos, técnicas y procedimientos de la investigación

El estudio está basado en la información adquirida mediante los métodos empíricos como el análisis documental y los métodos teóricos apoyándose básicamente en los procesos de abstracción, análisis, síntesis, inducción y deducción, para realizar el análisis e interpretación de la información, además de utilizarse como técnica la aplicación de entrevistas a especialista en la materia.

21.1.4 Técnica de recopilación de datos

Para la recolección de la información se realizó el uso de métodos como revisión documental que permitió facilitar el acceso a la información requerida para el estudio del fenómeno y poder lograr los objetivos propuestos en la presente investigación.

21.1.5 Técnicas de investigación

Las técnicas son los procedimientos e instrumentos que utilizamos para acceder al conocimiento en este caso realizamos:

21.1.6 Análisis Documental

Se realizó el análisis documental mediante el cual extrajimos nociones de los documentos que se relacionan con el fenómeno en estudio.

21.1.7 Entrevistas

Es la comunicación interpersonal, de un proceso de comunicación que se realiza normalmente entre dos personas; en este proceso obtuvimos información del entrevistado de forma directa.

21.1.8 Muestra

La muestra del estudio se tomó consistente en dos especialistas en la materia: Doctor Javier Morazán Chavarría director de la Unidad Especializada de los Delitos de Delincuencia Organizada y especialista en lavado de activos y el Doctor Heynar Francisco Martínez, Abogado especialista en materia anti lavado de activos.

El tipo de muestreo utilizado es no intencional o de conveniencia debido a que escogimos a los especialistas a entrevistar siguiendo los criterios y objetivos de la investigación.

21.1.9 Procedimiento de investigación

Especifica los pasos para la obtención de la información en el desarrollo del tema objeto de estudio, es decir, en este punto se explicarán las diferentes fases secuenciales que se han venido utilizando para desarrollar la investigación, desde la búsqueda de los elementos teóricos, la definición del contexto de estudio y el análisis y discusión de resultados, hasta la construcción de reflexiones teóricas que respaldan la investigación.

21.1.9.1 Este procedimiento se realizó en fases como:

21.1.9.1.1 Fase 1. Lectura comprensiva

Consistió en un proceso de revisión y búsqueda de información sobre tópicos, teorías, relacionados con el tema a investigar. En este caso: **Análisis del sigilo bancario en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua**, como contextos teóricos referenciales.

21.1.9.1.2 Fase 2. Lectura intertextual-comparativa

Después de seleccionar y revisar el material, se organiza el conocimiento en lo que respecta a las teorías de autores que han abordado la temática propuesta y el análisis de la regulación de la materia.

Todo ello bajo la modalidad de un proceso de análisis y síntesis a la luz de los objetivos del estudio planteado.

21.1.9.1.3 Fase 3. Relectura crítico-interpretativa

Con base a las fases previas, la investigación construyó su discurso desde una perspectiva crítico-interpretativa, con la intencionalidad de generar finalmente un aporte teórico y praxeológico.

21.1.9.1.4 Fase 4. Aplicación de entrevistas.

En esta fase se aplicó a los especialistas en la materia seleccionados la entrevista respectiva, de forma directa y personal en las instalaciones en las que laboran.

21.1.9.1.5 Fase 5. Análisis de discusión y resultados

En esta fase, se discutieron y analizaron las respuestas dadas por los especialistas en la materia, con el objetivo de comprobar o negar la hipótesis planteada en este trabajo monográfico.

21.1.10 Matriz de descriptores

OBJETIVOS	PREGUNTAS	TÉCNICAS
Explicar las generalidades del fideicomiso desde la doctrina	<p>¿Cuál es el concepto doctrinal del fideicomiso?</p> <p>¿Cuáles son las características del fideicomiso?</p> <p>¿Cuáles son los presupuestos del fideicomiso?</p> <p>¿Cuáles son los tipos de fideicomiso que existen?</p>	Revisión documental de libros (doctrina)
Describir las generalidades del sigilo bancario desde la doctrina.	<p>¿Cuál es el concepto doctrinal del sigilo bancario?</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos del sigilo bancario?</p> <p>¿Cuáles son los objetos y sujetos del sigilo bancario?</p> <p>¿Cuáles son las limitantes del sigilo bancario?</p>	Revisión documental de libros (doctrina)
Examinar la excepción del numeral 1) del artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, en la fiscalización de prevención de lavado de activos a los servicios fiduciarios bancarios	<p>¿El sigilo bancario es una limitante para el órgano de control (SIBOIF) en prevención de lavado de activos en la prestación de servicios fiduciarios bancarios?</p> <p>¿La excepción establecida en el numeral 1, del artículo 113 de la ley 561, que el Superintendente está facultado a procesar información de legitimación de capitales es delegable a otro u otros funcionarios de la Superintendencia o es exclusiva de la persona que ostenta el cargo de Superintendente?</p> <p>¿A qué se refiere el artículo 3 numeral 10 de la ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos, Otras Instituciones Financieras, ¿al establecer que los empleados de la Superintendencia están obligados a observar el sigilo bancario al realizar arquezos y verificaciones en las instituciones bancarias y si esta disposición abarca la prestación de los servicios fiduciarios?</p>	Revisión documental (leyes) Aplicación de entrevistas a especialistas

<p>Comparar la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las Repúblicas de Ecuador y Nicaragua.</p>	<p>¿Cuáles son las comparaciones de la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de las Repúblicas de Ecuador y Nicaragua?</p>	<p>Revisión documental (leyes y sitios web, correos electrónicos)</p>
--	--	---

22. Capítulo IV

22.1 Análisis y discusión de resultados

En este capítulo se da a conocer el análisis y discusión de los resultados de las fuentes consultadas a través de entrevistas de acuerdo con el tipo de muestra utilizado que son especialistas en materia anti lavado de activos

Para profundizar en el tema dispusimos realizar entrevistas a los especialistas en la materia, los cuales son:

1. Doctor Javier Antonio Morazán Chavarría, Director de Delitos Contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público y Especialista en Materia de Lavado de Activos.
2. Doctor Heynar Francisco Martínez. Abogado, experto en cumplimiento regulatorio y anti lavado de activos y FT/FP.

La principal interrogante era saber si el sigilo bancario es una limitante para el órgano de control (SIBOIF) en materia de prevención de lavado de activos en la prestación de servicios fiduciarios bancarios.

El Doctor Heynar Francisco Martínez contestó: que para responder a esto tenemos que trasladarnos a los estándares de todo tipo de ámbitos hasta internacional, donde uno de los aspectos que destaca es que el sigilo, o confidencialidad, no debe de ser obstáculo para la investigación.

Si se debe de mantener bajo sigilo o confidencialidad, cuando el Sujeto Obligado informa a las autoridades sobre sospechas de un cliente. O sea, es de doble filo, por un lado, te dicen los medios internacionales, leyes sobre el sigilo o contratos sobre sigilo, no debe de ser obstáculo para que las autoridades competentes investiguen.

Es decir, no le podés alegar: “no te doy información Superintendencia, no te doy información UAF, no te doy información juez, no te doy información policía, porque estoy bajo sigilo” No, entonces dentro del gremio internacional y a través de sus estándares te dicen, de que el sigilo no debe de ser obstáculo y por eso es que tenemos leyes como la ley No. 976, y la Ley No. 977 que sería importante mencionaras en tu trabajo monográfico que exceptúan de cumplir sigilo. O sea, está bien que exista sigilo, incluso puede ser una cláusula contractual de que el sigilo, un auditor una cosa así hay sigilo. Pero, estás protegido cada vez que la misma ley te dice estás exento, tranquilo no estás obligado a cumplir con ese sigilo, sino que está levantado ese sigilo y das la información.

De igual manera para el caso de la Superintendencia de Bancos el artículo 113 y otras disposiciones específicas establece que la Superintendencia de Bancos, tiene acceso a esta información y ahí no hay sigilo, o sea el sigilo queda exceptuado, o exento de cumplimiento todo lo que tiene que ver en esta materia anti lavado de activos, siendo la SIBOIF el regulador natural de un banco, y el regulador específicamente en esta materia de lavado de activos de los bancos.

La respuesta del doctor Javier Morazán fue: la SIBOIF, puede pedir la información que requiera desde el punto de vista de su función, toda la información que ellos requieran para cumplir su función, ellos la pueden solicitar al banco, porque digamos, las autoridades, el sigilo bancario está protegido, sin embargo, puede ser levantado por una orden judicial en casos concretos, durante una investigación a solicitud de la Policía Nacional o de la Fiscal General de la República. Los cual hacemos nosotros de forma ordinaria en la investigación de los casos de lavado de dinero. Pero, lo que hace la SIBOIF, ellos pueden pedir información a los bancos en relación con el cumplimiento de sus funciones de prevención.

Referente al primer interrogante, si el sigilo es una limitante para la SIBOIF en materia de prevención, los dos entrevistados coincidieron que: “No” no es una limitante debido a que la SIBOIF tiene toda la facultad de ejercer la supervisión, verificación, fiscalización en materia de prevención de lavado de activos, de conformidad a las excepciones

establecidas en las leyes 561, 977, 976. Así mismo, se cumple con la recomendación internacional que indica que el sigilo no debe ser obstáculo para la prevención del lavado de activos.

La segunda interrogante es en relación con la excepción establecida en el numeral 1, del artículo 113 de la Ley No. 561, que establece que el Superintendente está facultado para procesar información de legitimación de capitales, y si esto es delegable a otro u otros funcionarios de la Superintendencia o es exclusiva de la persona que ostenta el cargo de Superintendente.

El doctor Javier Morazán refirió que: cuando se habla de Superintendente se habla de la figura que tiene la representación de la institución, entonces no se puede ver la facultad otorgada únicamente al Superintendente si no que este, ejerce sus funciones a través de todo el equipo de trabajo que tiene. Se supone que los otros funcionarios, actúan por orientación y dirección del Superintendente entonces a efectos de actuación, es la actuación misma del Superintendente, el hecho de que delegue una función no significa que no pueda o no deba ejercer la supervisión. Lo que pasa es ¿Qué se entiende por delegación?, delegable no es que yo voy a delegar en otro y me voy a hacer el desatendido o me libro de responsabilidad. Las funciones se ejercen de manera institucional, no es ni siquiera necesaria una delegación porque son actuaciones, es el cumplimiento de funciones institucionales.

Por su parte el doctor Heynar Francisco Martínez explicó: la Superintendencia de Bancos es una institución del estado, que tiene un representante legal, y este representante legal es el Superintendente de Bancos, el cargo, y el Superintendente no es omnipresente, o sea no es un pulpo para hacer todo, la misma ley le permite que delegue funciones mas no responsabilidades. Entonces el delega funciones y tiene un cuerpo llamado intendentes, estos intendentes son los que en nombre del Superintendente requieren la información y los analistas respectivos; porque además de reguladores, es supervisor y la supervisión se realiza in situ y extra situ y cuando se hace in situ no va a ir el Superintendente de Bancos a todos los bancos a estar revisando documentos, ¿a

quienes manda? a sus supervisores quienes llegan con una carta delegataria en nombre del Superintendente a fungir, por lo tanto, ese supervisor tiene acceso a toda la información.

Con respecto a esta segunda interrogante referente a la facultad del Superintendente en procesar la información y delegar en otros funcionarios en el caso de blanqueamiento de capitales los dos entrevistados concuerdan y expresan que el Superintendente delega la funciones más no responsabilidades en la actuación y supervisión que se hace in situ y extra situ y cuando se hace in situ los funcionarios en este caso supervisores llevan una carta delegataria emitida por el Superintendente, lo que los faculta para requerir la información necesaria del cumplimiento de las normas anti lavado.

La tercer Interrogante es: ¿A qué se refiere el artículo 3 numeral 9 de la Ley No? 316, Ley de la Superintendencia de Bancos, Otras Instituciones Financieras, ¿al establecer que los empleados de la Superintendencia están obligados a observar el sigilo bancario al realizar arqueos y verificaciones en las instituciones bancarias y si esta disposición abarca la prestación de los servicios fiduciarios?

El doctor Heynar Francisco Martínez explicó: Claro que sí, es decir, es una moneda con dos caras diferentes, es decir es el sigilo o confidencialidad aplica para el regulado y regulador, para el supervisado y el supervisor; aplica para el banco y para la Superintendencia de Bancos y sus funcionarios, por lo tanto, esa es la cara de esa moneda. Todos deben de guardar sigilo y no andar contando historias que no le corresponden a gente no facultada, igual los funcionarios de la Superintendencia de Bancos, ni el Superintendente de Bancos no pueden andar comentando todo lo que ven en una inspección, entonces si es correcto ese tipo de exposición y la Superintendencia de Bancos tiene acceso a todas las operaciones que hace un banco específicamente incluyendo fideicomisos.

Por su parte el doctor Javier Morazán Chavarría manifestó: que sí, que se debe de abarcar, porque la información que ellos conozcan en sus funciones debe estar bajo la

obligación del sigilo. Esta disposición se refiere que la información que ellos conozcan al realizar sus arquezos y verificaciones no puede divulgarlos a terceras personas y no al momento de acceder a la información.

Por lo que, con respecto a este tercer interrogante los entrevistados coincidieron y expresaron que se debe guardar el sigilo para terceras personas las cuales no están facultadas, ni autorizadas a conocer este tipo de información de arquezos y verificaciones de los fideicomisos y toda la información relacionada a los sujetos obligados.

Tomando en consideración, nuestros objetivos y los resultados obtenidos al realizar el análisis de las entrevistas para comprobar si se confirma o no la hipótesis planteada en esta investigación, concluimos que la hipótesis es rechazada debido a que se comprobó por parte de los especialistas en la materia que el sigilo no es un obstáculo para el órgano de control para su supervisión, fiscalización o verificación en materia de prevención del lavado de activos, y Nicaragua retoma esto instituyendo excepciones sobre el sigilo en las Leyes No. 561, 976 y 977 para la prevención del lavado de activos, y que la SIBOIF como órgano de control no tenga obstáculo alguno en materia sus supervisiones y controles en esta materia, incluidos la prestación de servicios fiduciarios brindado por las instituciones bancarias.

23. Capítulo V

23.1 Conclusiones

El presente trabajo monográfico cumplió su objeto general y analizó la regulación del sigilo bancario, en la prevención de lavado de activos para el órgano de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de Nicaragua. Investigación que se versó sobre cuatro ejes fundamentales: educó sobre las generalidades del fideicomiso y de las generalidades del sigilo bancario desde la doctrina, examinó la excepción establecida en el numeral 1. del artículo 113 de la ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros en la fiscalización de prevención de lavado de activos a los servicios fiduciarios bancarios, y se comparó la regulación del sigilo bancario en la prevención de lavado de activos para los órganos de control en su fiscalización de los servicios fiduciarios bancarios de la República del Ecuador y Nicaragua.

Al término de la investigación monográfica llegamos a las siguientes conclusiones:

1. Entendimos que el fideicomiso consiste en un contrato para la administración de bienes, de estructura compleja que debido a sus beneficios es vulnerable a ser utilizada para lavado de activos y de acuerdo con los estándares internacionales deben considerarse clientes de alto riesgo.
2. Identificamos que la SIBOIF al acceder a la información de los clientes de la institución bancaria no debe de revelarla a terceras personas a causa del sigilo, salvo lo establecido en leyes.
3. Esclarecimos que la facultad del Superintendente de procesar información en prevención de legitimación de capitales se delega a otros funcionarios de la superintendencia en su función fiscalizadora.
4. Se comparó que el sigilo ecuatoriano, como en Nicaragua tiene su fundamento en ley, estableciendo la excepción para su Superintendencia en la fiscalización a entidades bancarias en prevención de lavado de activos.
5. Se constató que el sigilo bancario no es obstáculo en la identificación de los

beneficiarios finales de un fideicomiso para la Superintendencia de Bancos en su fiscalización y verificación en prevención de lavado de activos.

23.2 Recomendaciones

Una vez concluida esta monografía, en base a las conclusiones obtenidas en el desarrollo de la investigación, deseamos sugerir algunas recomendaciones metodológicas, académicas y prácticas que aportarán al enriquecimiento de futuras investigaciones dentro de este tema:

23.2.1 Metodológicas:

Extender el análisis propuesto en esta monografía, utilizando técnicas como: aplicación de entrevistas a Gerentes de Fideicomisos e intercambio de información con las instituciones bancarias y la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

23.2.2 Académicas:

Promover la realización de un análisis de la regulación de las compañías fiduciarias constituidas como sociedad anónima de objeto exclusivo, en materia de prevención de lavado de activos.

23.3 Referencias y bibliografías

Asamblea Nacional de Nicaragua, Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial 196 del 14 de octubre de 1999.

Asamblea Nacional de Nicaragua, Ley 561, Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial 232 del 30 de noviembre de 2005.

Asamblea Nacional de Nicaragua. Ley 977, Ley Contra Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial 157 del 19 de agosto de 2019.

Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, NORMA PLD/FT, publicada en el 2017.

Guillermo Cabanellas G. (2003) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (28 ed.). Buenos Aires. Editorial: Heliast.

Congreso Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, registro oficial: fecha de suscripción 2016-07-2, fecha de publicación 2016-07-21, número de registro R.O.802 Año IV.

Congreso Nacional del Ecuador, Ley Orgánica de las Instituciones del Sistema Financiero publicada en el Registro Oficial No. 250 del 23 de enero del 2001, con última modificación el 20 de febrero del 2014.

Congreso Nacional del Ecuador Código Monetario y Financiero, publicada en el Registro Oficial No. 332, del 12 de septiembre del 2014.

Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, Ecuador,
www.supercias.gob.ec

Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Nicaragua,
www.siboif.gob.ni

23.4 Entrevistas

ENTREVISTAS

23.4.1 Entrevista a especialista en la materia N°1

Entrevistado: Doctor Heynar Francisco Martínez.

Abogado experto en cumplimiento regulatorio y anti lavado de activos y FT/FP.

Entrevistador: Pablo David Vidaurre.

Doctor Martínez , la siguiente entrevista se da en el marco de nuestro trabajo monográfico titulado: *Análisis del Sigilo Bancario en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, En La Prevención De Lavado De Activos, Para El Órgano De Control En Su Fiscalización De Los Servicios Fiduciarios Bancarios En Nicaragua*, la cual ayudará a ampliar los conocimientos técnicos en esta materia y encontrar una respuesta a la hipótesis de esta investigación.

1. ¿El sigilo bancario es una limitante para el órgano de control (SIBOIF) en prevención de lavado de activos en la prestación de servicios fiduciarios bancarios?

Muy Bien, para responderte esto tenemos que trasladarnos a los estándares internacionales. Las recomendaciones del GAFI, uno de los aspectos que destaca es que el sigilo, o confidencialidad, dejemos de llamarle “bancario” o sea, porque sigilo o confidencialidad no debe de ser obstáculo para la investigación, la verdad es, si se debe de mantener bajo sigilo o confidencialidad toda vez que vos informas a las autoridades sobre sospechas de un cliente. O sea, es de doble filo, por un lado te dice el GAFI internacional, leyes sobre el sigilo o contratos sobre sigilo, no debe de ser obstáculo para que las autoridades competentes investiguen, es decir, no le puedes alegar: <<no te doy información Superintendencia, no te doy información UAF, no te doy información juez, no te doy información policía, porque estoy bajo sigilo>> No, entonces el GAFI internacional, los estándares te dicen, de que el sigilo no debe de ser obstáculo y por eso es que tenemos leyes como la ley 976, y la ley 977 que sería importante que las mencionaras en tu trabajo de monografía que exceptúan de cumplir sigilo, o sea, está bien que exista sigilo incluso puede ser una cláusula contractual, de que el sigilo, un

auditor una cosa así hay sigilo. Pero, estás protegido cada vez que la misma ley te dice estás exento, tranquilo no estás obligado a cumplir con ese sigilo, sino que está levantado ese sigilo y das la información.

Entonces, en el caso de la Superintendencia, igual, Superintendencia, la ley general de bancos, conforme ley 561 y reformas, el artículo 113 y otras disposiciones específicas establece que la Superintendencia de bancos, tiene acceso a esta información y ahí no hay sigilo, o sea el sigilo queda exceptuado, o exento de cumplimiento todo lo que tiene que ver en esta materia anti lavado de activos, y la Superintendencia es el regulador natural de un banco, y además es el regulador específicamente en esta materia de lavado de activos de los bancos, hay sujetos obligados regulados por SIBOIF sujetos obligados regulados por CONAMI, sujetos obligados por UAF, sujetos obligados por Colegio de Contadores Públicos y sujetos obligados regulados por la Corte Suprema de Justicia en el caso de los abogados. Cada uno establece normativas y regulaciones para sus regulados, por tanto, los reguladores tienen toda la facultad de pedir información bajo esta materia.

2. ¿Cree usted que la excepción establecida en el numeral 1, del artículo 113 de la ley 561, que el Superintendente está facultado a procesar información de legitimación de capitales es delegable a otro u otros funcionarios de la Superintendencia o es exclusiva de la persona que ostenta el cargo de Superintendente?

Bien, la Superintendencia de bancos es una institución del estado, que tiene un representante legal, y este representante legal es el Superintendente de bancos, el cargo, y el Superintendente no es omnipresente, o sea no es un pulpo para hacer todo, la misma ley le permite que el delegue funciones mas no responsabilidades, entonces el delega funciones y tiene un cuerpo llamado intendentes, o sea la Superintendencia regula bancos y otras instituciones financieras, entonces tiene intendente de bancos y financieras intendente de almacenes generales de depósito, intendente de seguros e intendentes de mercado de valores, entonces estos intendentes son los que en nombre del Superintendente requieren información y los analistas respectivos porque además de

reguladores es supervisor y la supervisión se hace in situ y extra situ, y cuando se hace in situ no va a ir el Superintendente de bancos a todos los bancos a estar revisando papeles, ¿manda a quienes? A sus supervisores quienes llegan a una carta delegataria en nombre del Superintendente a fungir, por lo tanto, ese supervisor tiene acceso a toda la información, el Superintendente principalmente delegó una carta.

3. ¿A qué se refiere el artículo 3 numeral 9 de la ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos, Otras Instituciones Financieras, ¿al establecer que los empleados de la Superintendencia están obligados a observar el sigilo bancario al realizar arqueo y verificaciones en las instituciones bancarias y si esta disposición abarca la prestación de los servicios fiduciarios?

Claro que sí, es decir, es una moneda con dos caras diferentes, es decir es el sigilo o confidencialidad y ahí aplica para el regulado para el regulador, aplica para el supervisado y aplica para el supervisor, entonces aplica para el banco y para la Superintendencia de bancos y sus funcionarios, por lo tanto, esa es la cara de esa moneda. O sea, igual que el banco debe guardar sigilo y no andar contando historias que no le corresponden a gente no facultada, igual los funcionarios de la Superintendencia de bancos ni el Superintendente de bancos no pueden andar contando todo lo que ven en una inspección, entonces si es correcto ese tipo de exposición y la Superintendencia de bancos tiene acceso a todas las operaciones que hace un banco específicamente incluyendo fideicomisos.

4. En su último párrafo el artículo 113 de la ley 561 establece que *las operaciones activas y de prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes, están sujetas a reserva y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas en los numerales anteriores*, esto reafirma la facultad del Superintendente en legitimación de capitales. ¿Le parece a usted suficiente para prevenir el lavado de activos en la prestación de servicios fiduciarios bancarios?

Sí, es decir, las operaciones de fiducia lo pueden hacer entidades dentro de un grupo financiero, en este caso regulados por la Superintendencia de bancos, bancos,

financieras, etc. Y puede desarrollarlos personas jurídicas, sociedades mercantiles ajenas a grupos financieros y ambas se regulan por la ley de fideicomiso y entonces los fideicomisos están ligados a grupos financieros los ofrecidos por bancos pues es una operación más, por lo tanto caen en el alero de regulación de la Superintendencia, y los que están fuera de ese grupo financiero pues los ve directamente la UAF, así lo dice la ley 977 artículo 9, ahí está la lista de sujetos obligados, por lo tanto entonces tiene acceso a toda la información y debe de haber sigilo obviamente todo lo que vos veas ahí, los inspectores en esquemas de fideicomisos se tiene que revisar esa información a ver si se están cumpliendo los controles de prevención de lavado de activos, recordemos que la Superintendencia de bancos no es una entidad investigadora de delitos, no es de delitos, la Superintendencia de bancos regula el funcionamiento normal natural de esa operación, de tal manera, que si ya encuentra esquemas que huelan a lavado de activos, por ejemplo, está obligada la Superintendencia a informar de ello a la UAF, la misma ley faculta a la UAF si todos los reguladores CONAMI, Corte Suprema, Colegio de Contadores, Superintendencia de bancos, también el banco central con las remedadoras, el MIGOB con las ONG, todos esos si detectan en su supervisión norma, natural detectan esquemas fraudulentos, que huelan a lavado de activos, tiene que reportárselo a la UAF para que la UAF haga la investigación respectiva de inteligencia financiera.

5. Considera usted que es necesaria una reforma al numeral 1 del artículo 113 de la ley 561 para que la facultad dada al Superintendente sea dada a la Superintendencia como órgano de control, supervisión y fiscalización, y que será esta la facultada para el procesamiento de información en materia de prevención de lavado de activos. Además, que establezca específicamente que el sigilo bancario no operará en la prestación del servicio fiduciario, ¿ni en las operaciones pasivas o activas que realicen los sujetos dentro de esta estructura jurídica?

Mira, el Superintendente te dije, no puede hacerlo todo, ahí hay disposiciones en la ley de la Superintendencia que expresamente dicen que habrá intendencia, que va a delegar, hay mecanismos de supervisión que el Superintendente delega en la carta de

presentación donde se va a iniciar una supervisión va una carta de presentación y el Superintendente entra en juego, entonces ocurre que, no hace falta a mi juicio ninguna reforma, porque está claro, más bien yo me apuntaría a una reforma en el sentido, que expresamente se hable de la UAF porque la ley 561, ley bancaria existe antes de la ley 973, que era la ley creadora de la UAF en 2012, y que fue derogada y reemplazada por la ley 976, y conectada con la ley 977. Entonces estas leyes, la ley general de bancos, no tiene consideradas esas nuevas leyes, entonces, también existen las reformas tácitas verdad, pero sería bueno si hay una reforma que la misma que reconozca facultades a UAF en la ley general de bancos, o sea, porque cuando se creó la ley general de bancos no existía la UAF, pero por técnica jurídica no hace falta, porque habla de autoridades competentes, cualquier nombre que le pongas a la UAF, se puede llamar UIF, unidad de inteligencia financiera y no pasa nada. Pero si van a tocar esa disposición más bien que apunten a mencionar que la UAF también tiene facultades de requerir información de analizar información y los sigilos no representan obstáculos para eso.

6. ¿Qué opina sobre la creación de una Unidad de Registro del Beneficiario Final, exclusiva de este órgano de control SIBOIF, para llevar registros de todas las personas naturales que tiene relaciones comerciales y financieras con el banco proveedor del servicio fiduciario, así como de otras estructuras jurídicas similares, para facilitar la labor fiscalizadora del órgano de control?

No es necesario por dos razones, uno porque la Superintendencia de bancos requiere cualquier cosa, es decir entra en los aposentos de un banco en sentido figurado, entra a todo, le ve el hígado a un banco entonces no hace falta para qué. Pásame la información de todos tus beneficiarios, pásame la información de tus estructuras societarias, es información los bancos la debe tener al día, no hay problema. Luego también pueden requerir información quienes son tus clientes de fideicomisos, quienes son sus beneficiarios finales, esos que se llaman fideicomisarios, lo puede hacer. No hace falta un registro per se propiamente dicho, y luego ahora también existe en el registro público mercantil, se creó con todas estas nuevas leyes un registro de beneficiario final. No, no hace falta.

7. ¿Cómo especialista anti lavado, que recomendación daría para prevenir el lavado de activos en la prestación de los servicios fiduciarios bancarios?

Mira, yo creo que, el fideicomiso realmente es una operación, un contrato, una figura, una estructura jurídica bien compleja, es un canal muy propicio para el lavado de activos, si hay una operación financiera una ingeniería financiera bien compleja es un fideicomiso. Y precisamente el GAFI, las 40 recomendaciones sugieren que los fideicomisos sean un sujeto obligado, por lo tanto, perfectamente en la ley de fideicomiso, la ley de fideicomiso yo le haría reformas, precisamente esa ley es de antes de la UAF, o sea, sería bueno tomar la ley de fideicomiso para incorporarle, fortalecer el tema de la UAF, y de la prevención de lavado de activos, siempre se puede hacer algo, yo considero que sí. De hecho, ya hay, ahorita lo que hay es suficiente, lo que hay que tener es una voluntad para aplicar todas esas disposiciones, pero si van a tocar disposiciones que se incorpore los elementos UAF a la ley general de bancos y a la ley de fideicomisos para que quede claro.

Y te sugiero que menciones esta ley 976 y 977 porque también la UAF es una autoridad especializada en esta materia y si bien es cierto, tu monografía es Superintendencia de bancos y fideicomisos en materia de anti lavado, pero al menos no dejes de mencionar que en esta materia es aún más especializada la UAF.

23.4.2 Entrevista a especialista en la materia N°2

Entrevistado: Javier Morazán Chavarría.

Director de Delitos Contra la Delincuencia Organizada del Ministerio Público de la República de Nicaragua, Especialista en Materia de Lavado de Activos.

Entrevistador: Pablo David Vidaurre.

Doctor Morazán Chavarría, la siguiente entrevista se da en el marco de nuestro trabajo monográfico titulado: *Análisis del Sigilo Bancario en el artículo 113 Ley 561 Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, En La Prevención De Lavado De Activos, Para El Órgano De Control En Su Fiscalización De Los Servicios Fiduciarios Bancarios En Nicaragua*, la cual ayudará a ampliar los conocimientos técnicos en esta materia y encontrar una respuesta a la hipótesis de esta investigación.

1. ¿Desde su experiencia, la prestación de servicios fiduciarios bancarios y sus operaciones activas o pasivas están sujetas a sigilo bancario?

Bueno mira, en cuanto a la primera, que, si el sigilo bancario es una limitante para el órgano de control SIBOIF, pues yo pienso que no, yo pienso que no porque, la SIBOIF, este, puede pedir la información que requiera desde el punto de vista su función, toda la información que ellos requieran para cumplir su función ellos la pueden solicitar al banco, entonces habría que ver cuáles son los aspectos que ellos consideran que tienen una limitante, pero, en principio me parece que no. ¿Por qué?, porque digamos, las autoridades, el sigilo bancario está protegido, sin embargo, puede ser levantado por una orden judicial en casos concretos, durante una investigación a solicitud de la Policía Nacional o de la Fiscal General de la República. Los cual hacemos nosotros de forma ordinaria en la investigación de los casos de lavado de dinero. Pero, lo que hace la SIBOIF, ellos pueden pedir información a los bancos en relación con el cumplimiento de sus funciones de prevención y en este caso, pues ahí si yo creo que sería la pregunta más directamente a ellos a la SIBOIF, ¿por qué consideran que hay una limitante?

2. ¿La excepción establecida en el numeral 1, del artículo 113 de la ley 561, que establece que el Superintendente está facultado a procesar información de legitimación de capitales, es delegable a otro u otros funcionarios de la Superintendencia o es exclusiva de la persona que ostenta el cargo de Superintendente? ¿Desde su experiencia en las instituciones bancarias en caso de que otro funcionario de la SIBOIF (que no sea el Superintendente) solicite información al respecto, la institución bancaria estaría obligada a proporcionarla o se apega a lo que estrictamente establece la ley?

Yo pienso que cuando se habla de Superintendente se habla de la figura que tiene la representación de la institución, entonces no se puede ver la facultad otorgada únicamente al Superintendente si no que este ejerce sus funciones a través de todo el equipo de trabajo que tiene. Se supone que los otros funcionarios, actúan por orientación y dirección del Superintendente entonces a efectos de actuación, es la actuación misma del Superintendente, el hecho de que delegue una función no significa que no pueda, no deba ejercer la supervisión. Lo que pasa es ¿Qué se entiende por delegación?, delegable no es que yo voy a delegar en otro y me voy a hacer el desatendido o me libero de responsabilidad. Las funciones se ejercen de manera institucional, no es ni siquiera necesaria una delegación porque son actuaciones, es el cumplimiento de funciones institucionales.

3. El artículo 113 establece que solo la Superintendencia puede solicitar al banco información particular o individual con sus clientes; ¿esto abarca a los servicios fiduciarios bancarios y todas sus operaciones activas o pasivas en ellos y la identidad jurídica y natural de sus clientes, y en qué casos se hace?

La norma es general, no distingue.

4. ¿El artículo 3 numeral 9 de la ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos, Otras Instituciones Financieras, ¿establece que los empleados de la Superintendencia están obligados a observar el sigilo bancario al realizar arquezos y verificaciones en las instituciones bancaria? ¿A qué se refiere, y si esta disposición abarca la prestación de los servicios fiduciarios?

Claro que sí, lo debe de abarcar, porque la información que ellos conozcan en sus funciones debe estar bajo la obligación del sigilo. Esta disposición se refiere que la información que ellos conozcan al realizar sus arquezos y verificaciones no puede divulgarlos a terceras personas y no al momento de acceder a la información. Aquí está el texto, no, dice: al establecer que los empleados de la Superintendencia están obligados a observar el sigilo bancario, al realizar arquezos y verificaciones en las instituciones bancarias y si está disposición abarca la prestación de servicios fiduciarios.

5. Los bancos están obligados a identificar y verificar la identidad natural de sus clientes, y a mantener esta información en expedientes de acuerdo con la normativa de gestión de los riesgos de lavado de activos emitida por la SIBOIF. Sin embargo, no se establece que una vez identificada y verificada la identidad del cliente esta sea remitida al órgano de control, ¿esto es debido al sigilo bancario que el banco está obligado a proteger la información de sus clientes y de las operaciones que realicen?

Lo que pasa que ellos para cumplir su función de prevención tienen que tener el acceso a esa información, ahora, yo entiendo de que la información que ellos pida no es una información con mira a detectar si alguien está cometiendo lavado de dinero o no, me parece que la función de ellos no está en detectar lavado de dinero, porque eso sería investigativo, la función de ellos es obtener información que permita establecer si se están cumpliendo las medidas de prevención o si se están incumplimiento para establecer sanciones, es decir la información que ellos buscan es con mira para verificar el cumplimiento de las medidas de prevención no es para detectar si alguien está lavando, porque esa función no les corresponde a ellos.

6. En su último párrafo el artículo 113 de la ley 561 establece que *las operaciones activas y de prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes, están sujetas a reserva y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas en los numerales anteriores*, esto reafirma la facultad del Superintendente en legitimación de capitales en el numeral 1 del artículo 113. ¿En qué casos el Superintendente procesaría información en legitimación de

capitales? ¿Le parece a usted suficiente esto para prevenir el lavado de activos en la prestación de servicios fiduciarios bancarios?

Claro que no, la prevención, o sea, ese mero hecho no es suficiente, la prevención de lavado de dinero implica el cumplimiento integral de todas las normas de prevención de lavado, no basta con cumplir una, para que sea suficiente, se requiere el cumplimiento integral de las normas de prevención de lavado de dinero.

7. Considera usted que es necesaria una reforma al numeral 1 del artículo 113 de la ley 561 para que la facultad dada al Superintendente sea dada a la Superintendencia como órgano de control, supervisión y fiscalización, y que será esta la facultada para el procesamiento de información en materia de prevención de lavado de activos. Además, que establezca específicamente que el sigilo bancario no operará en la prestación del servicio fiduciario, ¿ni en las operaciones pasivas o activas que realicen los sujetos dentro de esta estructura jurídica?

¿Qué si es necesaria una reforma? Yo creo que no, cuando dice que es el Superintendente, el Superintendente tiene acceso, la ley le da acceso a esa información y ese acceso no es un acceso por tenerlo si no que es para procesar la información y el Superintendente la procesa él como persona en su despacho únicamente. Si no que lo hace a través de sus órganos especializados de supervisión, entonces se entiende que si tiene acceso el Superintendente lo hace para cumplir con sus funciones, y él cumple con sus funciones a través de sus diferentes dependencias especializadas, entonces esa sería una interpretación muy restringida que limitaría el cumplimiento de la competencia institucional de la SIBOIF, entender que solo el Superintendente puede acceder, pero, a mí me parece que no. no es que el Superintendente va a andar en la inspección, por ejemplo de cada banco en la verificación, o si va a estar en la computadora, si es en línea, que va a estar él en la computadora haciendo todo, obviamente que lo que indica esto, que cuando se ejerce dicha función el Superintendente, desde el punto de vista de control interno, dentro de la Superintendencia tiene que autorizarlo, no es que un oficial de una especialidad, él por su cuenta va a ir a pedirlo, si no que dentro el Superintendente tiene que establecer dentro de su organigrama interno una serie de controles que

permitan establecer de que cuando se va a realizar dicho acceso el funcionario esté autorizado por el Superintendente y el otro aspecto es de sí es necesaria una reforma que establezca que el sigilo bancario no opere en la prestación de servicios fiduciarios. Lo que pasa es que digamos, el Superintendente tiene acceso para ejercer su función de prevención no es que tiene acceso para brindarlo o compartirlo con otras autoridades. Si yo se lo pido a ellos, ellos no tienen por qué dármele, aunque yo como fiscal en el marco de una investigación penal, tiene que ser con orden judicial.

8. ¿Qué opina sobre la creación de una Unidad de Registro del Beneficiario Final, exclusiva de este órgano de control SIBOIF, para llevar registros de todas las personas naturales que tiene relaciones comerciales y financieras con el banco proveedor del servicio fiduciario, así como de otras estructuras jurídicas similares, para facilitar la labor fiscalizadora del órgano de control?

Lo que pasa es que, en Nicaragua, dado el tamaño del sistema financiero, el tamaño del sistema financiero, el tamaño de la economía, creo que es suficiente con un registro único y por eso es que se optó por ese modelo. A diferencia de otros países que hay diferentes registros, está descentralizado, cada sector tiene un registro de beneficiario final, en el caso de Nicaragua no, se creó con un único registro de beneficiario final. El Superintendente va a tener acceso directo en línea a ese registro, ni siquiera tiene que pedirlo, de acuerdo con la reforma que hubo, en la que se crea, la reforma a la ley de registro público, ley No. 1035. Esa ley ahí cuando se crea el registro dice, que las autoridades competentes e instituciones pertinentes pueden acceder directamente al registro, como nosotros MP, nosotros tenemos acceso en línea si yo quiero saber el beneficiario final de una persona jurídica, ya nosotros tenemos acceso para nuestra investigación. Nosotros entramos en línea con un password una clave, y desde nuestra computadora podemos averiguar quién es el beneficiario final de una persona jurídica. Lo mismo el Superintendente, va a tener esos acceso, y para ese efecto hay todo un ordenamiento jurídico que establece la obligación de estas entidades de irse a registrar, de lo contrario no pueden operar, entonces yo pienso que con el registro único es suficiente por lo que somos un país pequeño. Conforme a nuestra realidad así es y el

tamaño de la economía.

9. ¿Cree usted necesaria una reforma al artículo 3 numeral nueve de la ley 316, para que los empleados de la Superintendencia al momento de inspeccionar, vigilar y realizar arqueos y demás verificaciones a las instituciones bancarias no estén obligados a observar el sigilo bancario en la prestación del servicio fiduciario, ni en las operaciones pasivas o activas que realicen los sujetos dentro de esta estructura jurídica?

No, no, no, ellos deben de seguir obligados a respetar ese sigilo bancario, o sea, la información que ellos conozcan. Solo con orden de juez, en materia de investigación debe seguir siendo así porque no puede quedar abierto totalmente. No pueden revelar esa información, ellos tienen funciones es única y exclusivamente con fines de prevención, ellos no pueden revelármela a mí o a un tercero, no. O sea, deben seguir conservando esa obligación de mantener en sigilo la información que conozcan.

10. ¿Cómo especialista certificado anti lavado, que recomendación daría para prevenir el lavado de activos en la prestación de los servicios fiduciarios bancarios?

Bueno mira, este es un tema muy complejo, que no me atrevería a dar una opinión muy concreta el tema de lavado de dinero, es muy amplio, es complejo y tiene muchas especializaciones que confluyen entonces realmente quien te puede dar una recomendación más concreta, podrían ser aquellos que están directamente en la prevención, como un Oficial de Cumplimiento, o los de la SIBOIF mismo. Puedes ir a buscar cuales son las recomendaciones que le han dado a Nicaragua y que deben de mejorar en el tema de fideicomisos.

ANEXOS

23.5.1 Anexo 1.

Correo Oficina de Acceso a la Información Pública de la Republica del Ecuador

Pablo David Vidaurre <vidaurrepablodavid@gmail.com>

26 oct. 2020 13:13

Buenos días,

Mi pregunta exacta es: ¿La Superintendencia de Mercados, Valores y Seguros, es el ente de control que supervisa a las compañías fiduciarias en materia de prevención, detección del lavado de activos?

Cordiales saludos.

Franco Valladolid Betty Jacqueline <bfrancov@supercias.gob.ec>

Para mí

26 oct.2020 13:49

Estimado Usuario,

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros regula a las administradoras de fondos y fideicomisos, así como también a las bolsas y casa de valores en lo que respecta a las atribuciones y competencias, mismas que podrán ser verificadas en la Ley de Compañías vigente, y las normas de prevención de lavado de activos emitidas para ese sector.

En relación a La Unidad de Análisis Financiero y Económico – UAFE, de acuerdo a la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, es la entidad técnica responsable de la recopilación de información, realización de reportes, ejecución de las políticas y estrategias nacionales de prevención y erradicación del lavado de activos y financiamiento de delitos; por ende recibe mensualmente el reporte RESU de todos los sujetos obligados, entre ellos, los administradores de fondos y fideicomisos.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

CPA. Jacqueline Franco

“Asumimos el servicio público como un privilegio. Garantizamos un control transparente y eficiente del sector societario, mercado de valores y seguros”

DIRECCIÓN NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

23.5.2 Anexo 2.

Correo sin respuesta por parte de la Oficina de Acceso a la Información Pública de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras

Pablo David Vidaurre <vidaurrepablodavid@gmail.com> a <correo@siboif.gob.ni>

10 nov.2020 12:51

Buenos días,
reciban cordiales saludos.

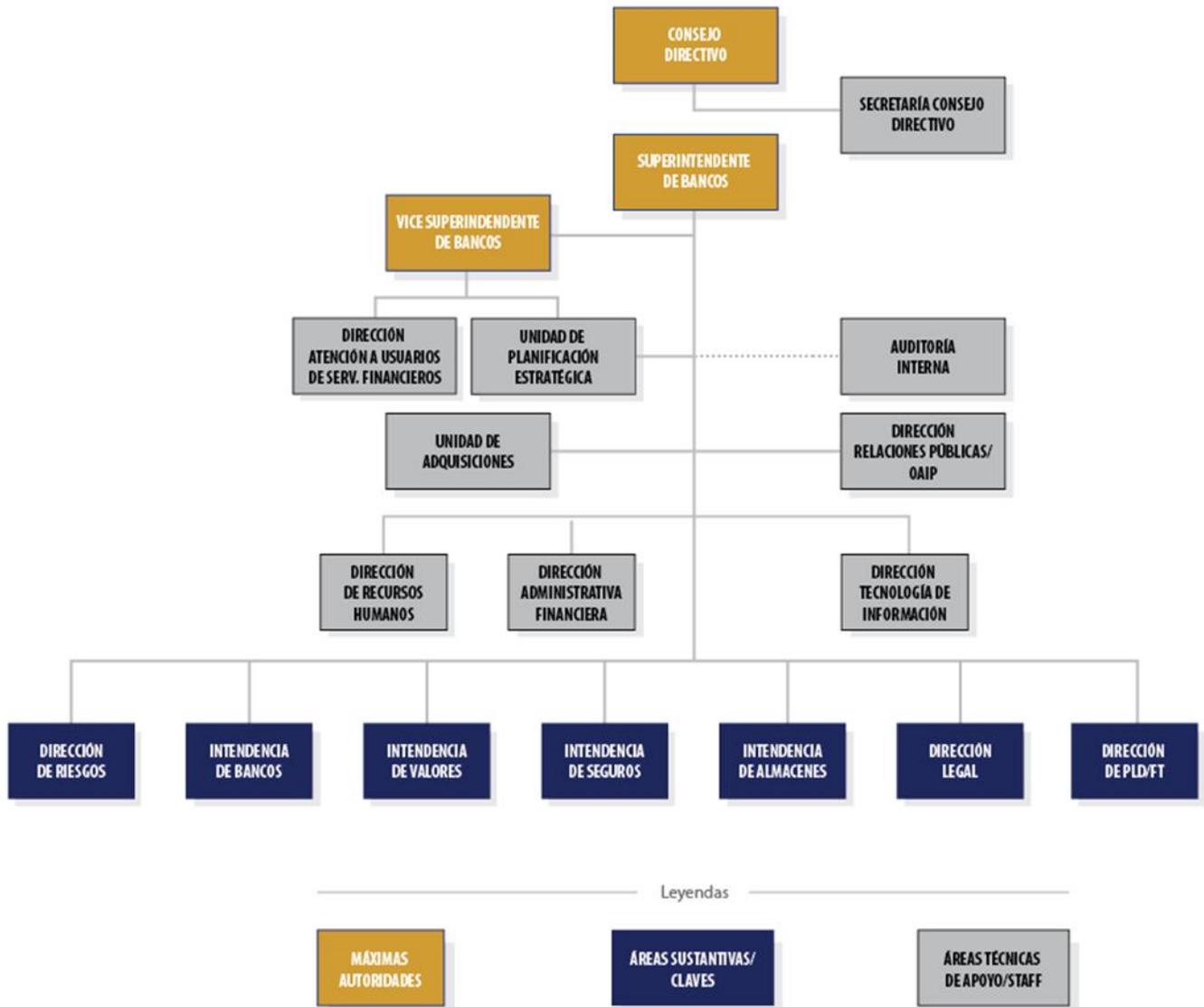
A través del presente, y en esta misma línea de consulta, ¿Podría el Superintendente de Bancos y Otras Instituciones Financieras brindarnos una entrevista sobre la prevención y detección de lavado de activos en la actividad fiduciaria en nicaragua? o que autorice a un funcionario de menor rango para que nos brinde la información a través de la entrevista, Esto debido a que, como ya informé estoy realizando una investigación sobre el tema que se abordaría en la entrevista.

Siempre fraterno,

Pablo David Vidaurre

23.5.3 Anexo 3.

Organigrama de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras



Página web www.superintendencia.gob.ni

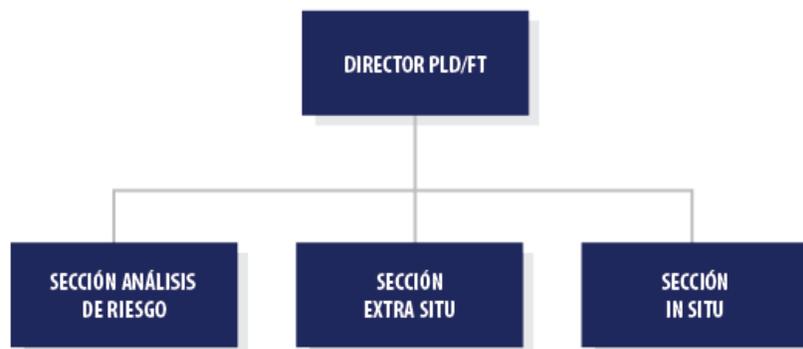
23.5.4 Anexo 4.

Organigrama de la Dirección Para la Prevención de Lavado de Dinero y del Financiamiento al Terrorismo (PLD/FT)



Superintendencia de Bancos y de
Otras Instituciones Financieras

DIRECCIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LAVADO DE DINERO Y DEL FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO (PLD/FT)



Página web www.superintendencia.gob.ni