

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA UCA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS



“Estudio y Análisis al Marco Jurídico de las Asociaciones Microfinancieras No Reguladas en Nicaragua”

MONOGRAFIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN
DERECHO

AUTOR
ERICK ORLANDO REYES VALLE
2003000157

TUTOR
MARIELENA ROMAN FRENTZEL

Managua, Nicaragua
Febrero, 2011

DEDICATORIA

Dedico esta Monografía a Dios primero que me ha dado la vida e inteligencia, me ha dado la fuerza y paciencia de culminar mi carrera.

A mis padres, Carmen Valle Contreras y Luis Manuel Briceño, quienes siempre me han brindado su apoyo incondicional y han sido el instrumento de inspiración para alcanzar una de mis grandes metas.

A mis hermanas, Valeska y Karina, cada una de ellas me ha apoyado de diferentes maneras y han sido donde he nutrido mis raíces.

Erick Orlando Reyes Valle

AGRADECIMIENTO

Lleno de gozo y satisfacción agradezco a:

A DIOS por haberme permitido culminar con éste trabajo monográfico, a pesar de los inconvenientes que se me presentaron.

A mi mamá, Carmen Valle Contreras, por todo su amor, cariño y comprensión.

A mi papá, Luis Manuel Briceño, por estar conmigo y apoyarme en todo momento.

A mis hermanas, Valeska y Karina, por apoyarme y nunca dejarme solo.

A mi Tutor, Licda. María Elena Román F., por haber dedicado su valioso tiempo para orientarme en el desarrollo de esta Monografía, por los conocimientos transmitidos, así como las facilidades que me brindó, pero sobre todo por ser una maestra incondicional.

Gracias a todas y cada una de las personas que hicieron posible que terminara con el presente trabajo monográfico.

Erick Orlando Reyes Valle

INDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCION

OBJETIVOS

Objetivo General

Objetivos Específicos

CAPITULO I

NORMAS RELACIONADAS CON LAS ASOCIACIONES DE MICROFINANZAS EN NICARAGUA

A. Nociones Generales

1. Microfinanzas
2. El concepto de microfinanzas
3. Las AMF's como Asociaciones Sin Fines de Lucro
 - 3.1. Asociaciones Sin Fines de Lucro
 - 3.2. El Ánimo de Lucro
 - 3.3. El Híbrido de la Constitución de las AMF's en Nicaragua
- B. De la Constitución Política de la Republica de Nicaragua (Cn)

C. Ley No.147-92 Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro

1. ¿Que es Persona?
2. ¿Que son las Personas Jurídicas?
3. ¿Que son las Asociaciones?
4. ¿Que son las Fundaciones?
5. ¿Que son las Federaciones?
6. ¿Que son las Confederaciones?
- D. Ley No.176-94, Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares

E. Ley No.374-01, Ley de Reformas a la Ley No.176, Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares

1. Introducción

- 1.1. Las Tasas de Interés
- 1.2. La Retroactividad de la Ley
- 1.3. Nulidad del Contrato
- 1.4. Del Apremio Corporal en los Contratos con garantía prendaria
- 1.5. De la nulidad como Acción o Excepción
- 1.6. Del Interés Excesivo
- 1.7. De la Aplicación General Transitoria

2. Recurso por Inconstitucionalidad

CAPÍTULO II

MARCO LEGAL PARA LAS AMF's

- A. Reforma a la Ley General de Bancos y de Otras Instituciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, correspondiente al dos de junio de mil novecientos noventa y siete
- B. Ley De La Superintendencia De Bancos Y De Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), (Ley #316/99)
- C. Banco Central De Nicaragua

D. Con el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS)

E. Código Civil de la República de Nicaragua (C)

D. Código Penal de la República de Nicaragua. (PN)

1. De las acusaciones por Delito de Usura

1.1. Definición

1.2. ¿Quiénes pueden ser sujeto del delito de Usura?

CAPITULO III

SITUACION FISCAL DE LA AMF's

A. Cuestión Impositiva

B. Obligación de declarar

1. Jurisprudencia

1.1. Recurso

1.2. Sentencia

C. Impuesto al Valor Agregado (IVA)

1. Creación. Sujetos Obligados y Traslación

2. Exenciones

D. Gravámenes Municipales

1. Creación

2. Los Impuestos

3. Tasas

E. Impuesto Municipal del 1% sobre Ingresos

CAPITULO IV

LEY ESPECIAL DE ASOCIACIONES DE MICROFINANZAS

A. Antecedentes

B. Observaciones a la de Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas

1. Estructura

2. Comisión Reguladora

3. Registro

4. Estados Financieros

5. Impedimentos para ser Director

6. Del Patrimonio y Reservas

7. Administración

8. Operaciones

9. Tasa de Interés

10. Prohibiciones

11. Régimen Tributario

12. Los Costos de Registro y Supervisión

13. Sanciones

14. Contratos de Crédito

15. Fondo de Garantía

B. Críticas a algunos artículos de la Ley

Ventajas

Desventajas

C. Aspectos Críticos en el Marco Legal Actual para las AMF's

D. Situación Actual

E. “Ley Especial para el Establecimiento de las Condiciones Básicas y de Garantías para la Renegociación de los Adeudos entre las Instituciones microfinancieras Y Deudores en Mora”

1. Observaciones a la Ley

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS

CONSULTAS ELECTRONICAS

LEGISLACION NACIONAL

ESTUDIOS

PUBLICACIONES Y REVISTAS

CÓDIGOS

ABREVIATURAS

AMF:	Asociación de Microfinanzas
AMF's:	Asociaciones de Microfinanzas
ASOMIF:	Asociación Nicaragüense de Instituciones de Microfinanzas
PJSL:	Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro
MIPYMES:	Micros, pequeñas y medianas empresas
BCN:	Banco Central de Nicaragua
C:	Código Civil.
Cc:	Código de Comercio.
Cn:	Constitución Política.
DGI:	Dirección General de Ingresos.
IR:	Impuesto Sobre la Renta.
ISC:	Impuesto Selectivo de Consumo
Pn.:	Código Penal.
REDCAMIF:	Red Centroamericana de Microfinanzas
Art.:	Artículo
BJ:	Boletín Judicial
No.:	Número
Pág.:	Página
Párr.:	Párrafo
Pr.:	Código de Procedimiento Civil de Nicaragua
RUC:	Registro Único de Comerciante
SIBOIF:	Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras

INTRODUCCION

En Nicaragua, el surgimiento de las microfinancieras representó en la década de los noventa, una opción para absorber el desempleo masivo ocasionado por el cambio radical de nuestro sistema, tanto político como económico. La reducción drástica del Estado impuesta por los programas de Ajustes Estructurales, los desmovilizados de guerra y, en suma, el retorno de muchos nicaragüenses a la patria, permitió que este sector absorbiera gran parte del desempleo, y afectara en mayor medida, a la clase media, profesionales y técnicos. El sector de la MIPYMES ha contribuido de manera sustantiva a la generación de empleo y al producto interno bruto en nuestra región.

Los gobiernos reconocen a las microfinanzas como instrumento de alivio de la pobreza, sin embargo, su conocimiento es aún limitado a pesar de que existe consenso en que el desarrollo de las microfinanzas es deseable, especialmente en aquellos entornos donde la actividad económica del país tiene un importante componente de microempresas¹.

En Nicaragua, la desaparición de la Banca de fomento, la falta de intervención del Estado sin definir políticas públicas claras para la intermediación, y una tendencia marcada a regular a las AMF's exclusivamente por el control de la tasa de interés, ha motivado a la Asociación Nicaragüense de Instituciones de Microfinanzas (ASOMIF) a promover el marco legal que, permita algunas bases para formación, desarrollo, y supervisión de intermediarias financieras obligándose de esta manera a ser cada vez más eficientes y profesionales.

Estas normas, de las cuales hablare más adelante, son las únicas que regulan la actividad financiera y otros productos, dejando huérfanas a las AMF's.

¹ Arzbach M., Durán A., Báez B. “Regulación y Supervisión de Cooperativas de Ahorro y Crédito en América latina y el Caribe”.Confederación Alemana de Cooperativas (DGRV). Nov. 2005. Sao Pablo, Brasil. Págs. 89. Disponible en: www.dgrv.org

La falta de una regulación legal específica y de un órgano supervisor especial para este tipo de organizaciones, representa la mayor problemática en cuanto al actuar de las mismas, como a la supervisión y regulación de parte del Estado.

Por tanto, es menester que ante tal labor e importancia, nuestra legislación contenga vacíos, lagunas jurídicas o bien casos de antinomia que puedan impactar de gran manera en la aplicación de la norma. Son diversas las leyes que abarcan un poco de cada tema que puede relacionarse a la actividad microfinanciera en Nicaragua, necesitamos una unificación de las mismas que le de solidez y base para regirse.

En el primer capítulo de mi investigación, presentaré y analizaré distintas disposiciones legales, las cuales, a mi criterio, deberían servir de base para la regulación especial de la actividad microfinanciera en nuestro país.

En lo relativo al segundo capítulo, desarrollaré y me enfocaré en resaltar los aspectos más significativos del marco legal para las Asociaciones Microfinancieras en Nicaragua. Haré un análisis de las disposiciones de nuestro Código Civil y Penal que sirven de normas supletorias para tantos vacíos en temas de microfinanzas que tenemos en nuestra legislación.

El tercer capítulo, contendrá de manera muy completa la situación tributaria para las Asociaciones sin Fines de Lucro que se dedican a ofrecer servicios financieros, sus exenciones, exoneraciones e incluso algunos impuestos a los que están sujetas sin importar que la ley y el mismo Estado les atribuya muchas veces el calificativo de “exoneradas de impuestos”.

En mi cuarto y último capítulo presentaré un análisis total al anteproyecto de Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas² en el cual resaltaré los puntos más importantes y los menos favorables que contiene en su cuerpo legal. De

² Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas. Asamblea General de la República de Nicaragua. Julio 2003. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

igual manera, abordaré la situación actual de las AMF's con los distintos movimientos de deudores en mora.

Así pues, con el presente trabajo se pretende desarrollar una investigación minuciosa que haga posible establecer un orden, una unificación, aunque de momento tácita, que nos permita, ante la carencia de una legislación especial en este tema, tener una guía a la cual acudir y encontrar respuestas en un mismo lugar a las tantas preguntas que nos hacemos día a día respecto de este tema ; tal labor se llevará a cabo a través del estudio de las diferentes disposiciones legales que en su cuerpo refieren un poco acerca de la actividad microfinanciera, así como un análisis del anteproyecto de ley que pretende unificarlas y de una vez por todas regular esta actividad en Nicaragua, sin dejar a un lado un poco el análisis de la situación que actualmente viven estas instituciones.

En el presente trabajo monográfico, no se encontrarán tantas citas de autores que ya hayan abordado el estudio de este tema. Al contrario, se trata de un análisis personal, desde el punto de vista jurídico, de todas las normas que se relacionan de alguna manera con la actividad microfinanciera del país.

OBJETIVOS

Objetivo General

- Analizar el marco legal nacional que rige para la formación, desarrollo y supervisión de las organizaciones de Microfinanzas en Nicaragua.

Objetivos Específicos

- Identificar las normas que regulan el nacimiento, desarrollo, y disolución de las AMF's.
- Analizar los principales aspectos críticos en el Marco Legal para las AMF's no reguladas en Nicaragua.
- Conocer la situación fiscal de las AMF's en el marco jurídico nicaragüense.
- Analizar la Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas y la situación actual del sector.

CAPITULO I

NORMAS RELACIONADAS CON LAS ASOCIACIONES DE MICROFINANZAS EN NICARAGUA

Es de mucha importancia dar a conocer la naturaleza jurídica de las Asociaciones y establecer la relación de las Asociaciones de Microfinanzas con las normas básicas de nuestro sistema jurídico para que los lectores puedan entender un poco mejor la naturaleza de las mismas.

A. Nociones Generales

1. Microfinanzas

El término Microfinanzas se refiere a la provisión de servicios financieros para personas en situación de pobreza, microempresas o clientes de bajos ingresos, incluyendo consumidores y autoempleados. El término también se refiere a la práctica de proveer estos servicios de manera sostenible. El Microcrédito (o préstamos para microempresas) no debe ser confundido con las microfinanzas, las cuales se dirigen a un amplio rango de necesidades financieras de parte de personas en situación de pobreza y, por tanto, abarcan a los microcréditos pero son mucho más que esto.

Préstamos pequeños permiten a las personas que no poseen las garantías reales exigidas por la banca convencional iniciar o ampliar su propio emprendimiento y aumentar sus ingresos.

Los microcréditos son un instrumento efectivo y cada vez más utilizado en los programas para el alivio de la pobreza. La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) estima que existen actualmente en todo el mundo 7.000 instituciones dedicadas a las microfinanzas (AMF's) que brindan microcréditos a 8 millones de personas por un monto total de 7 mil

millones de dólares³. Sin embargo, el número de usuarios potenciales de este tipo de servicios financieros se calcula en alrededor de 500 millones, con una demanda total de crédito por 300 mil millones de dólares.

2. El concepto de microfinanzas

La noción de microfinanzas se refiere a la provisión de servicios financieros como préstamos, ahorro, seguros o transferencias a hogares con bajos ingresos. Entre estas posibilidades, la mayoría de las instituciones del sector se ha dedicado al microcrédito.

Aunque el crédito por sí solo no es suficiente para impulsar el desarrollo económico, permite que los pobres adquieran su activo inicial y utilicen su capital humano y productivo de manera más rentable. Los pobres pueden además emplear los servicios de ahorro y seguro para planificar futuras necesidades de fondos y reducir el riesgo ante posibles variaciones en sus ingresos y gastos.

Los servicios de ahorro y seguro actualmente son operaciones no permitidas para las microfinancieras de nuestro país.

El Grupo Consultivo de Ayuda a la Población más Pobre del Banco Mundial (CGAP), que cuenta con un programa de Microfinanzas, sostiene que el microcrédito es realmente eficaz si existe un nivel mínimo previo de actividad económica que asegure oportunidades de mercado, así como capacidad empresarial y talento gerencial. De lo contrario, los beneficiarios simplemente se endeudarán.

El éxito de los programas de microcrédito puede verse limitado por algunas circunstancias típicas: falta de capital social, que disminuya las posibilidades de utilizar metodologías de crédito sin garantías reales; poblaciones dispersas, que tornan dificultoso alcanzar a los clientes de un modo regular; dependencia

³ Datos de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD).

de una única actividad económica (por ejemplo una sola cosecha); utilización del trueque en lugar de transacciones en efectivo; probabilidad de crisis futura (hiperinflación, violencia civil); inseguridad jurídica o un marco legal que cree barreras para la actividad microempresarial o microfinanciera.

Las instituciones microfinancieras deberían reunir cuatro condiciones: Permanencia, para prestar servicios financieros a largo plazo; escala, a fin de alcanzar a un número suficiente de clientes; focalización, con el objeto de llegar a la población pobre; y sustentabilidad financiera.

La mayoría de las organizaciones no gubernamentales y las AMFs que se dedican al otorgamiento de préstamos no cumplen con los requisitos establecidos por las autoridades financieras, es por eso que en nuestro país ni siquiera son tomadas en cuenta por el sistema financiero formal.

El FONCAP⁴ define a la microempresa como una pequeña unidad de producción, comercio o prestación de servicios de hasta 5 integrantes – incluyendo el dueño-, sea urbana o rural, cuyo capital, trabajo y tecnología son de carácter precario.

3. Las AMF's como Asociaciones Sin Fines de Lucro

3.1. Asociaciones Sin Fines de Lucro

Una Asociación Sin Fines de Lucro (ASFL), organización no lucrativa (ONL), organización sin fines de lucro (OSFL) o entidad sin ánimo de lucro (ESAL), es una entidad cuyo fin no es la consecución de un beneficio económico. Suelen tener la figura jurídica de asociación, fundación, federación, confederación, mutualidad o cooperativa (las cooperativas pueden tener o carecer de ánimo de lucro), y por lo general reinvierten el excedente de su actividad en obra social.

⁴ Fondo de Capital Social (FONCAP), una iniciativa del Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, fue creado formalmente en Argentina en 1997 con el objetivo de brindar ayuda crediticia a más de un millón de microempresas que existen en ese país.

Las Asociaciones Sin Fines de Lucro suelen ser organizaciones no gubernamentales (ONG). La denominación de organización sin ánimo de lucro suele utilizarse en países de influencia anglosajona (Reino Unido, Estados Unidos, Australia).

La característica fundamental de ese tipo de Asociaciones es que realizan una actividad altruista sin que se persiga un beneficio económico.

En Nicaragua, se constituyen, funcionan y regulan mediante la Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro, Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

La ley anteriormente relacionada, no nos presenta una definición de una Persona Jurídica sin Fines de Lucro.

3.2. El Ánimo de Lucro

Se denomina ánimo de lucro, en Derecho, a la intención de una persona de incrementar su patrimonio mediante un acto jurídico legal o ilegal. El ánimo de lucro tiene importancia en muchas esferas del derecho, resaltando la esfera del derecho de contratos y la del derecho penal.

Realizar cualquier acción con el propósito de obtener un beneficio económico a cambio, es decir, con el propósito de lucrarse, es solo una de las acepciones del ánimo de lucro.

Aunque todas las empresas se constituyen con ánimo de lucro, existen algunas organizaciones cuya finalidad es realizar determinada labor social o benéfica, para lo que destinan los beneficios obtenidos, pasándose a denominar *entidades sin ánimo de lucro*, o en el caso de Nicaragua “Asociaciones, Fundaciones, Federaciones o Confederaciones sin Fines de Lucro”.

Otro aspecto a destacar es que existen determinadas actividades en las que la existencia o no de ánimo de lucro es determinante. Por ejemplo, tener droga

para consumo propio se considera una falta que con lleva una sanción administrativa en España⁵, mientras que tenerla para venderla (ánimo de lucro) es un delito penal de tráfico de estupefacientes. Igualmente, copiar material sujeto a derechos de autor (excepto si tenemos el original y la copia es de seguridad) es una falta, pero si vendemos esa copia estamos cometiendo un delito contra la propiedad intelectual.

El ánimo de lucro puede definirse entonces como «intención o voluntad de obtener ganancia, provecho o utilidad de una cosa» o «intención de obtener una ventaja patrimonial directa (un incremento de patrimonio) como correlato del apoderamiento de las cosas ajenas», pudiendo también definirse en sentido amplio como «propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja» incluyendo los supuestos en que se tenga móvil de liberalidad, pura beneficencia o ánimo contemplativo.

Un sector del pensamiento jurídico entiende el ánimo de lucro con laxitud, identificándolo con el propósito de obtener cualquier beneficio de índole material o espiritual, mientras que otro sector doctrinal, más estricto entiende que tal ventaja patrimonial debe consistir en la apropiación de la cosa ajena. La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lo entienden en sentido amplio, como *animus lucri faciendi gratia* es decir, considerándolo como «propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja».

3.3. El Híbrido de la Constitución de las AMF's en Nicaragua

En Nicaragua, el 85% de las microfinancieras existentes se encuentran “legalmente” constituidas bajo el régimen de Asociaciones Civiles Sin Fines de Lucro (al amparo de la Ley 147).

3.3.1. Procedimiento de Constitución y Autorización

Para la constitución de una Asociación Civil Sin Fines de Lucro, se elabora una Escritura Pública de constitución de la asociación por un Notario, ante el que se

⁵ En Nicaragua, tanto poseer drogas como traficarla es un Delito.

presentan cinco personas capaces de obligarse; la escritura debe contener conforme el Art.8. de la Ley 147, lo siguiente:

- La naturaleza, objeto, finalidad y denominación de la Asociación que se constituye, así como el nombre, domicilio, y demás generales de ley de los asociados y fundadores.
- Sede de la Asociación y lugares donde realizará sus actividades.
- El nombre de su Representante o Representantes.
- El plazo de duración de la Persona Jurídica.

Constituida la Asociación ante el Notario, las personas interesadas en la concesión de la Personalidad Jurídica, harán ante el Secretario de la Asamblea Nacional una Solicitud y Exposición de Motivo, firmada y presentada por uno o varios Representantes ante la Asamblea Nacional, adjuntando el Testimonio de la Escritura Pública de constitución y dos copias. (Art.7. Ley 147).

La Exposición de Motivos expresará la fundamentación de la persona jurídica que se desea constituir, su importancia y efecto de su existencia para la vida civil o religiosa del país. (Art.9. Ley 147).

Si la Solicitud presentada cumple con los requisitos de la Ley, el Secretario de la Asamblea Nacional dará el trámite señalado por el Estatuto General de la Asamblea Nacional, el cual culmina con un Decreto de Otorgamiento de la Personalidad Jurídica que se manda a publicar en el Diario Oficial, La Gaceta. Deberá inscribirse en el Registro de Personas Jurídicas sin fines de lucro del Ministerio de Gobernación, dentro del plazo de 15 días contados a partir de la fecha de publicación del Decreto de otorgamiento de la Personalidad Jurídica por la Asamblea Nacional.

A toda Persona Jurídica registrada le será extendido un Número Perpetuo identificativo, bajo el cual se le abre un expediente a la Asociación, el que deberá usar en todas sus documentaciones y operaciones legales.

En éste se archivan todos los informes, materiales, publicaciones, certificaciones, avales, etc. de cada Asociación u organismo. Es recomendable enviar información sobre los programas o proyectos que se ejecutan, así como materiales impresos o artículos que salen en los diarios sobre los proyectos para alimentar el expediente de cada Asociación.

En esa misma gestión podrá remitir los Libros de la Asociación; el Libro de Actas, de Asociados, de Contabilidad, para que sean sellados y rubricados por el Responsable del Departamento de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación.

Una vez publicado en La Gaceta, el Decreto de Otorgamiento de la Persona Jurídica por la Asamblea nacional, tendrá 30 días de plazo, a partir de la fecha de publicación, para presentar sus Estatutos al Departamento de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación, para su aprobación.

Aprobados los Estatutos por el Ministerio de Gobernación deberá remitirlos a la Secretaria de la Asamblea Nacional en 2 copias Certificadas del Acta mediante la cual se hayan aprobado los Estatutos de la Asociación, Fundación, Federación o Confederación, para darle el trámite de Ley y mandarlos a publicar en el Diario Oficial, La Gaceta.

3.3.2. Particularidades

En Nicaragua, el 85% de las microfinancieras se encuentran “legalmente” constituidas al amparo de la Ley 147, por lo que gozan de todos los derechos que la Ley le otorga a una Asociación cuyo fin es “social, benéfico y sin ánimo de lucro alguno”.

Uno de los beneficios más representativos de las Asociaciones en Nicaragua es la exención al pago de impuestos.

Por ejemplo, la Ley 453⁶, Ley de Equidad Fiscal, publicada en La Gaceta del 6 de mayo del 2003, en el Art.10, de las exenciones, dispone que estarán exentos del pago del I. R., *“Las... asociaciones, fundaciones... que tengan personalidad jurídica, sin fines de lucro”*.

En el párrafo segundo del mismo ordinal establece una excepción a la exención...*“Cuando estas mismas instituciones realicen actividades remuneradas que impliquen competencia en el mercado de bienes y servicios, la renta proveniente de tales actividades no estarán exentas del pago de este impuesto. Igualmente, no estarán exentas de pago de este impuesto cuando tales personas jurídicas se dediquen a prestar o brindar servicios financiero de cualquier índole y que las mismas estén sujetas o no a la supervisión de la Superintendencia de Bancos...”*⁷.

Con base en las mencionadas disposiciones de la Ley, se podría opinar que las AMF's están obligadas a pagar el Impuesto sobre sus Rentas, pero ello no es así.

A las once y treinta minutos del 30 de octubre del 2002, se recurrió por inconstitucionalidad, en contra de la Ley De Ampliación De La Base Tributaria, ejecutada por la Dirección General de Ingresos (DGI), por cobrar impuestos sobre la renta (IR) a las asociaciones de microfinanzas, argumentando que las asociaciones no tienen renta que percibir ni dividendos que distribuir y, por consiguiente, no se reparten entre las que integran la Asociación, sino que se aplican acorde con sus objetivos. Hay que tener presente que lo dicho en este aspecto para las Asociaciones vale, con mucha mayor razón, para las Fundaciones.

⁶ Ley 453, Ley de Equidad Fiscal, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 6 de mayo del 2003. Managua. Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

⁷ Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teódulo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

Este recurso fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No.141 de las 10:AM del 23 de octubre de 2003 a favor del recurrente, declarando inconstitucional el cobro del IR a las Asociaciones, al establecer una carga impositiva que es propia de quienes generan rentas.

La parte conducente de la sentencia aludida dispone: *“Que las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, no están sujetas al pago del Impuesto Sobre La Renta (IR), por la razón sencilla que no perciben renta, puesto que sus excedentes son destinados a sus objetivos y no son distribuidos. Las fundaciones ni siquiera tienen asociados.”*

A pesar de la sentencia mencionada, la DGI pretende el pago del IR, pero la Asociación Nicaragüense de Instituciones de Microfinanzas (ASOMIF) ha indicado a sus asociados abstenerse de pagarlo. Alega la DGI que la Ley recurrida fue derogada, pero en el considerando II de la sentencia, se plantea la Corte Suprema que aunque la Ley De Ampliación De La Base Tributaria, fue posteriormente derogada por la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal, formalmente estaba derogada pero no materialmente, porque la misma disposición esta incorporada textualmente en la norma derogatoria.

En Nicaragua, la práctica común de toda microfinanciera que pretende iniciar operaciones, es constituirse al amparo de la Ley 147, lo que le confiere gozar de todos los beneficios de los que gozan las Asociaciones sin Fines de Lucro y lo más importante, ser exentos de impuestos.

Pero, ¿acaso no es claro para todos que si bien la intención inicial es constituirse como Asociación para gozar de estos beneficios, lo que les permite crecer, cuadruplicar sus recursos económicos (fondos), sin incurrir en mayores gastos; no se trataría de una especie de trampolín para en un futuro “convertirse” en Sociedad Anónima, negociar sus acciones y repartir utilidades al final de cada año entre todos sus accionistas?

La legislación nicaragüense no establece ninguna prohibición al respecto para todas aquellas microfinancieras que habiendo gozado por muchos años de todos los beneficios y exenciones que establece la Ley 147, un día decidan convertirse en sociedades mercantiles, generar lucro y peor aún, distribuir ganancias entre los socios que inicialmente eran “altruistas” y de carácter social y ahora han decidido convertirse en accionistas.

¿No se estaría hablando entonces del nacimiento de un híbrido, el cual se concibió en el vientre de todos los beneficios que actualmente otorgan las leyes a las Asociaciones y posteriormente decidió crecer y desarrollarse como una Sociedad Mercantil cuyo fin ya no es el mismo que vio nacer a la Asociación de carácter social?

Por tanto, es menester de los órganos de control de este tipo de entidades regular estas prácticas y no permitir que se sigan constituyendo al amparo de la Ley 147 Asociaciones cuya finalidad es la intermediación de recursos financieros para el otorgamiento de préstamos. Por lo que se deberá impulsar la aprobación de una Ley Especial que regule la creación, autorización, funcionamiento y control de microfinancieras.

Actualmente, la Asamblea Nacional no está dando trámite de otorgamiento de Personalidad Jurídica a ninguna Asociación cuyo objeto sea la intermediación de recursos financieros para el otorgamiento de préstamos.

B. De la Constitución Política de la República de Nicaragua (Cn)

El presente estudio realiza una enumeración de cada norma Constitucional que contiene un principio jurídico, de como debe ser el fundamento a una legislación específica para las Microfinanzas.

El Art. 27 Cn⁸ consagra el principio de igualdad ante la ley: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimientos, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social. Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.”*

Nicaragua desde 1990 ha vivido una continua transición, se han promulgado muchísimas leyes y cambiado códigos. Sin embargo, ninguno de los gobiernos ha proveído políticas públicas para el sector informal excluyendo declaraciones públicas sin trascendencia real. Hasta ahora no se han creado instrumentos jurídicos que contribuyan a dinamizarlo, toda vez que este constituye el más amplio de la economía nacional, atendido únicamente por las AMF's.

Muchas de las transformaciones legislativas han sido promovidas por los organismos internacionales como refuerzo a la implementación de los ajustes estructurales y condición para la condonación de la deuda externa. En el periodo postrevolucionario se reformó el orden jurídico relativo a la Banca en varias ocasiones, otorgándole nuevos privilegios a los existentes con cada reforma.⁹ En cambio, al sector de la AMF's, la escasa legislación nueva ha sido únicamente para estigmatizar la actividad y denigrarla, violentando con ello, a mi juicio, el principio de igualdad ante la Ley por el trato no solo desigual, sino que constituye una barrera que atenta contra la libre competencia, pues lo que se prohíbe a unos se autoriza a otros.

El Art. 32.Cn. consagra el Principio de Legalidad, que dispone *“ninguna persona esta obligada a hacer lo que a ley no mande ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe”*.

⁸ Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas de 1995. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional de Nicaragua. 2^{da}. Edición, Agosto de 1995. (Ley No.192, 1^o.de Febrero 1995).

⁹ Carlla A., Hernández A., Pi León J. “Investigación en el Sector Cooperativo de Ahorro y Crédito en el sur de América latina”. Julio, 2003. DRGV & FUCAC.

Ante la inexistencia de una legislación para las microfinanzas, este principio constitucional permite que las relaciones jurídicas entre las AMF's y el sector al que brindaban servicios financieros tuviesen como marco jurídico las contrataciones, que son ley entre las partes contratantes y básicamente es lo que rige en la contratación. El contrato proveyó el principal marco jurídico de actuación a las AMF's.

Prevé el Art. 41 Cn., que: *“Nadie será sometido por deudas..., Es deber de cualquier ciudadano nacional o extranjero pagar lo que adeuda”*.

Este principio marca en Nicaragua un hito importante en la reforma a la incultura del “no pago”. Las AMF's surgen en un contexto de transición de una economía estatizada, en la que existía una incultura de no pago, a una de libre mercado donde se tiene que honrar las obligaciones.¹⁰

El segundo párrafo del Art. 48 Cn establece que: *“Es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los Nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país”*.

La actual legislación en lugar de eliminar obstáculos, ha impuesto barreras al desarrollo, y crecimiento de las AMF's y al derecho de ejercer los objetivos legítimos para lo cual fueron creadas de acuerdo a las leyes de Nicaragua y, además, en condiciones de desventajas con respecto a la banca formal en algunos temas que la norma debe ser igual.

Art. 49 Cn garantiza el derecho de los ciudadanos de constituir organizaciones con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios

¹⁰ Los prestatarios estaban acostumbrados a que el Estado les condonara las deudas. Las AMF's surgieron incluso antes que la banca privada en un contexto difícil, una economía destruida, la infraestructura social pobre y sin apoyo del gobierno ni un marco jurídico propio.

intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Textualmente dice:

“En Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad.

Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines. “

Respecto a la Economía Nacional, el Art.99, entre otras cosas, dispone:

... “Es responsabilidad del Estado proteger, fomentar y promover las formas de propiedad y de gestión económica y empresarial privada, estatal, cooperativa, asociativa, comunitaria y mixta para garantizar la democracia social y económica ...Se reconoce el rol protagónico de la iniciativa privada, la cual comprende, en su sentido amplio a grandes, medianas y pequeñas empresas, microempresas, empresas cooperativas, asociativas y otras. ... Los bancos estatales y otras instituciones financieras del Estado serán instrumentos financieros de fomento, inversión y desarrollo y diversificarán sus créditos con énfasis en los pequeños y medianos productores. Le corresponde al Estado garantizar su existencia y funcionamiento de manera irrenunciable... El Estado garantiza la libertad de establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que se regirán conforme las leyes de la materia...

Como expresé en la introducción, el poco conocimiento del área de las microfinanzas no ha permitido al Estado legislar para impulsar el desarrollo de las microfinanzas, ya que no solo representa un instrumento para alivio de la pobreza, sino también una oportunidad de inversión para el sector privado. Hasta ahora, los órganos del Estado, especialmente el legislativo, han tratado

de descalificar a las AMF's sin reconocer que son un mecanismo importante en la economía Nacional.

Las instituciones de microfinanzas prestan una función social que el Estado no ha reconocido.

El Art. 103 Cn dispone:

“El Estado garantizará la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social”

El origen de la formación de la mayoría de las AMF's, como organismos no gubernamentales, ha implicado casi una persecución del Estado, ello ha causado la discriminación en el sistema financiero y mientras la banca formal constituida como sociedades del ámbito mercantil obtiene privilegios, las AMF's por ser asociaciones o fundaciones sin ánimo lucrativo, son calificados como evasores de impuestos a pesar de que legalmente están exentos y calificados de usureros, restringiendo su crecimiento al establecer un “precio” para sus productos, por debajo de las reglas del mercado.

Este artículo, (reformado en 1995) establece el principio de igualdad al disponer:

“Las empresas que se organicen bajo cualesquiera de las formas de propiedad establecidas en esta Constitución, gozan de igualdad ante la ley y las políticas económicas del Estado. La Iniciativa económica es libre. Se garantiza el pleno ejercicio de las actividades económicas sin más limitaciones que, por motivos sociales o de interés nacional, imponga las leyes. ”.

Fácil se colige de tal disposición que al limitar las tasas de interés para las AMF's, incluyendo microfinancieras mercantiles y otras empresas, existe violación al principio constitucional de igualdad ante la ley. La tasa de interés es de libre contratación para la banca solo determinada por las reglas del mercado. En cambio si las otras entidades cobran tasas de mercado son reos del delito de usura.

Las leyes existentes han sido promulgadas en coyunturas políticas para favorecer a un nicho de electores, sin tomar en cuenta la función social y el vacío que han llenado las microfinancieras dejado por la desaparición de la banca de fomento.

En el contenido de los siguientes artículos de la Constitución: 138, inciso 21; Art. 5; Art. 98, 99, 103 y el 150, inciso 13; se garantiza el derecho a la participación de las distintas organizaciones en los asuntos económicos, políticos y sociales del país, la obligación del Estado de promover la gestión de las organizaciones privadas para garantizar la democracia económica y social. (Art.99 Cn.)¹¹

Lo anterior consagra el derecho constitucional de las Asociaciones Civiles y Fundaciones de participar y ser escuchados por el Gobierno, Cooperación Internacional y Organismos Internacionales en las reuniones, foros y espacios de concertación nacional en los cuales se consideren los planteamientos antes de tomar decisiones sobre los asuntos políticos, económicos y sociales.

También contempla el Art.187 Cn., el Recurso por Inconstitucionalidad, *contra toda Ley, Decreto o Reglamento que se oponga a lo prescrito por la Constitución Política, el cual podrá ser interpuesto por cualquier ciudadano.* Este principio constituye una defensa para el sector al que va dirigido una determinada Ley si se demuestra que dicha ley viola principios constitucionales.

C. Ley No.147-92 Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro¹²

Antes de abordar en detalles la Ley, es necesario que se den a conocer algunos conceptos que se estarán utilizando.

¹¹ Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas de 1995. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional de Nicaragua. 2^{da}. Edición, Agosto de 1995. (Ley No.192, 1^o.de Febrero 1995).

¹² Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

1. ¿Que es Persona?

Persona es todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. (Art. 1. Código Civil).¹³

Las personas son físicas o naturales; todos los individuos de la especie, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición (Art.2 C);¹⁴

2. ¿Que son las Personas Jurídicas?

Se entiende por persona jurídica (o persona moral) a un sujeto de derechos y obligaciones que existe físicamente pero no como individuo humano sino como institución y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un papel. En otras palabras, persona jurídica es todo ente con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y que no sea una Persona física.

“Son las Asociaciones o Corporaciones temporales o para siempre, fundadas por algún fin o motivo de utilidad pública y particular conjuntamente y que en sus relaciones civiles representan una “individualidad jurídica”, o sea, una persona distinta de las personas naturales que la crearon o formaron. (Ver Art.3 C)

Cuando el FDL, FINDE, o ACODEP celebran convenios con acreedores internacionales, con donantes o contratan créditos con sus clientes lo hacen como personas jurídicas distintas de las personas naturales que son sus asociados o miembros.

Los derechos y obligaciones de la persona jurídica “Fondo de Desarrollo Local”, Fondo del Instituto Nicaragüense de Desarrollo” o “ACODEP”, son propios de estas organizaciones sin fines de lucro y muy distintos de los derechos y obligaciones de sus asociados como personas naturales.

¹³ Art. 1 C. “Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas”.

¹⁴ Art. 2 C. “Son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

3. ¿Que son las Asociaciones?

Son las personas jurídicas que nacen de la voluntad de un grupo de personas naturales para la realización de sus intereses con alguna utilidad pública.

4. ¿Que son las Fundaciones?

Son personas jurídicas no ligadas a la existencia de socios, sino que sus elementos esenciales consisten en un patrimonio destinado a servir una finalidad de bien público y una administración reglamentada.

5. ¿Que son las Federaciones?

Dos o más asociaciones, fundaciones, podrán constituir o formar una Federación que tendrá su personalidad jurídica independiente.

6. ¿Que son las Confederaciones?

Las Federaciones pueden a su vez constituir Confederaciones en las mismas condiciones o con los mismos requisitos, con su personalidad jurídica propia.

7. Análisis de la Ley

Esta ley regula la constitución, autorización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas civiles y religiosas que, sin fines de lucro, existen en el país y de las que en el futuro se organicen. (Art.1)¹⁵. Regula su origen, características o elementos esenciales, condiciones y manera de constituirse.

La ley es diminuta e incongruente, a diferencia de otros sistemas jurídicos, no se han agotado los temas a legislar en esta materia por ello existen enormes vacíos jurídicos. A estas entidades, el estado no les concede mayor importancia a la función social y rol que juegan en la economía; solo las percibe como evasoras de impuestos.

¹⁵ Art. 1 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992: “Esta ley regula la constitución, autorización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas civiles y religiosas que, sin fines de lucro, existen en el país y de las que en el futuro se organicen. Regula su origen, características o elementos esenciales, condiciones y manera de constituirse”.

Para este estudio, lo más importante es que la Asamblea Nacional es la entidad facultada para otorgar o cancelar la personalidad jurídica a las Asociaciones¹⁶, Fundaciones, Federaciones y Confederaciones mediante un largo procedimiento.

La tarea de control de las Asociaciones, está asignada al Ministerio de Gobernación, mediante su Departamento de Registro y Control de Asociaciones¹⁷, pues aquellas tienen ciertos deberes que cumplir con dicha institución mediante el suministro de informaciones periódicas y, en caso de incumplimiento, tiene facultades para multar e incluso intervenirlas, pero no podrá cancelar la personalidad pues en todo caso debe ser la Asamblea Nacional, previa consulta con el mencionado Ministerio.

En realidad regula a las Asociaciones, al igual que las federaciones y confederaciones y, además, a las fundaciones, las cuales tienen su origen en un acto de liberalidad.

La fundación, señala la ley, debe tener su “origen en un acto autentico de liberalidad de su fundador o fundadores y según la finalidad por ellos asignadas ... no ligadas a la existencia de socios, cuyos elementos esenciales consisten en un patrimonio destinado a servir una finalidad de bien publico y una administración reglamentada”¹⁸. (Art. 3 y 4.)

No obstante, en la realidad existen Fundaciones a quienes la Asamblea Nacional ha otorgado personalidad jurídica y que se dedican al micro crédito desnaturalizando. La persona jurídica es una creación exclusiva de la ley y su capacidad esta determinada por lo expresamente autorizado y un acto de liberalidad sin socios que aporten *un patrimonio destinado a servir una finalidad*

¹⁶ Art. 6 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

¹⁷ Art. 14 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

¹⁸ Art. 3 y 4 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

de bien público, no puede dedicarse a la concesión de créditos ni a la intermediación financiera.

A las Asociaciones no las define la ley pero remite, en lo no previsto, a las disposiciones del Código Civil¹⁹, Título I, Capítulo XIII, correspondientes a los artículos 76 y siguientes. Dispone en dicho Capítulo denominado: “De las Personas Jurídicas”, que: “Ninguna asociación o corporación tiene entidad jurídica, si no ha sido creada o autorizada por la Ley”.²⁰ (Art.76 C.).

De todas maneras, tanto la fundación como la Asociación, deben seguir el engorroso procedimiento previsto en la Ley No.147-92, pues es similar para ambas.

La creación debe ser otorgada en escritura pública con el concurso mínimo de cinco personas capaces y presentar ante la Secretaría de la Asamblea Nacional, solicitud escrita con una exposición de motivos, suscrita y presentada por uno o varios miembros diputados de la Asamblea Nacional, adjuntando el testimonio de la escritura de constitución con dos copias. La exposición de motivos debe contener la fundamentación de la persona jurídica que se desea constituir, su importancia y efecto de su existencia para la vida civil del país.²¹

La inscripción da derecho para obtener su número perpetuo de identificación “*que deberá usar en todas sus documentaciones y operaciones legales*”. Este número perpetuo es importante porque la ley exige a todas sus dependencias, incluyendo los Registros Públicos, no tramitar solicitud alguna si la fundación o asociación no demuestra estar inscrita en el Registro de Gobernación ya señalado y presentar su número perpetuo.²² El procedimiento es extremadamente engorroso.

¹⁹ Código Civil de la República de Nicaragua, Tomos I y II, Segunda Edición Facsimilar Actualizada, 31 de Julio de 1976. Editorial Universitaria, UNAN, León.

²⁰ Art. 76 C: “Ninguna asociación o corporación tiene entidad jurídica, si no ha sido creada o autorizada por la Ley”.

²¹ Art. 7 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

²² Marco Jurídico que Regula Las Organizaciones Sin Fines de Lucro en Centroamérica. Cap.VII. Nicaragua. Dr. Yamil Zúniga Montenegro. Publicación de la Fundación Arias Para la Paz y El Progreso Humano. 1998.

Indudablemente, en la Ley General de Personas Jurídicas Sin Fines De Lucro, el legislador no paró mientes en que daría origen a empresas financieras que conseguirían un alto desarrollo e importancia económica y social.

Tal disposición, no las excluye de un régimen legal determinado, establece las normas jurídicas que las regulan especialmente, y por la cual adquieren capacidad para contratar, de conformidad a la legislación vigente en Nicaragua, en consecuencia pueden ejercer todos los actos jurídicos necesarios para la consecución de sus objetivos.²³

El término sin “animo de lucro”, ha dado lugar a serias confusiones, cuando se ha pretendido realizar contrataciones de naturaleza mercantil.

La ley ha sido de gran utilidad, a pesar que no tiene referencia alguna a la intermediación financiera para el establecimiento de la microfinancieras, pero ha quedado rezagada debido al impulso que ha desarrollado tal actividad. En tal virtud se hace imperiosa la necesidad de que se dicte una norma general para las microfinanzas.

7.1. Aspectos de la Ley

Es el principal cuerpo de normas que regula a las microfinancieras, ya que el proyecto pendiente en la asamblea esta dirigido precisamente a las AMF's que están organizadas con base a esta ley, pero como ya se expuso anteriormente, representa un enorme error, puesto que las microfinancieras en Nicaragua no deberían constituirse bajo la figura de Asociaciones sin fines de lucro por la peligrosidad que ello representa a futuro.

No es un secreto para nadie que, si bien es cierto, en un principio las microfinancieras de constituyen como Asociaciones alegando estar destinadas o enfocar sus fines a los sectores mas desfavorecidos del país y olvidados por

²³ Marco Jurídico Que Regula Las Organizaciones Sin Fines de Lucro en Centroamérica. Cap.VII. Nicaragua. Dr. Yamil Zúniga Montenegro. Publicación de la Fundación Arias Para la Paz y El Progreso Humano. 1998.

el sistema financiero formal, este aspecto con el paso de los años y con el incremento de capital de la misma Asociación hace que los asociados piensen de una forma distinta y opten por convertirse en sociedades mercantiles para obtener utilidades.

Las microfinancieras nicaragüenses, en su mayoría, inician operaciones con un capital donado por personas naturales u organismos internacionales con carácter social. Dicho capital, es entregado con el fin de otorgar préstamos “micros” a los microempresarios del país con una tasa de interés favorable, una comisión considerable y sin mayores recargos ni gastos adicionales. El capital cumple con todas las características de un fondo revolvente²⁴ mismo que al irse recuperando deberá ser de nuevo otorgado en préstamo y expandir el alcance de mercado.

Hasta este punto se puede entender entonces que la constitución de las microfinancieras como Asociaciones sin fines de lucro se encuentra inspirada en una labor de carácter social, “echándole una mano” al más desfavorecido, con tasas justas, y reinvertiendo lo recuperado en el otorgamiento de nuevos préstamos a más personas necesitadas en otros sectores del país; y no como una actividad de carácter comercial en la que persigue la generación de ganancias a toda costa y no se admite que se produzcan pérdidas.

Pero, ¿qué sucede, o más bien, qué se debe pensar cuando las tasas de interés impuestas por las microfinancieras no son justas y son inclusive más altas que las de los bancos?, ¿qué se debe pensar cuando en lugar de reinvertir completamente todo el capital, los directivos mensualmente y al final del año se recetan “dietas” y “bonos” entre US\$ 3,000 a US\$ 6,000?, ¿o cuando estos mismos directivos figuran, por Estatutos de la misma Asociación, como miembros asociados o socios?

²⁴ Fondo Revolvente: Importe o monto que se autoriza para que se destine a cubrir los pagos por necesidades operativas, mismo que se regulariza a través de la solicitud de reembolso mediante la documentación comprobatoria del gasto.

Como se puede observar, ante este tipo de situaciones cabe preguntarse dónde queda el carácter social con el que fueron constituidas, bajo el régimen de Asociación, estas microfinancieras.

Las microfinancieras de Nicaragua nunca presentan pérdidas en sus estados financieros. Año con año están incrementando su capital, otorgando préstamos con montos más altos que los que para el sector se consideran aceptables, gravando garantías inmobiliarias, adjudicándose bienes inmuebles y otro sin número de prácticas muy ajenas a las prácticas de carácter social.

¿no es comercial acaso el hecho de que una “Asociación” microfinanciera otorgue un préstamo por US\$ 3,500 con garantía hipotecaria, tasa de interés del 33% anual, interés moratorio del 12%, recargos por demora al tercer día de retraso en el pago de las cuotas del préstamo hasta por US\$ 10, comisión por desembolso de 3% calculado sobre monto desembolsado, gastos legales de formalización e inscripción de garantía y gastos documentales? ¿No es acaso más comercial el hecho de que si el deudor incurre en mora mayor a 120 días se lleve el caso a cobro judicial y la microfinanciera se termine adjudicando el bien inmueble y hogar de una persona de escasos recursos, comerciante del mercado, más los gastos legales de cobranza extrajudicial y judicial? Entonces... ¿dónde queda el carácter social de Asociación Sin Fines de Lucro?, ¿dónde quedan todos los impuestos que el fisco deja de cobrar a estas instituciones por ser de “carácter social”?

La débil legislación regulatoria en cuanto a lo que estas prácticas se refiere es lo que ha permitido que una Asociación creada con carácter social, destinada a apoyar a los más pobres y olvidados por el sistema financiero formal, al crecer, económica, institucional y mentalmente, se olvide de su función social, busque inyecciones de capital en acreedores internacionales y en un abrir y cerrar de ojos registre un capital tan alto con el que le sea más atractivo convertirse en Banco para tratar con “clientes corporativos” y olvidarse de la microempresaria del mercado municipal.

De manera pues que es imprescindible la creación, impulso y aprobación de legislación regulatoria de estas prácticas y definitiva en el aspecto que prohíba la constitución de una microfinanciera bajo el régimen de Asociación sin Fines de Lucro.

D. Ley No.176-94, Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares

Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 112 del 16 de junio de 1994

En Nicaragua no existe ley especial vigente que regule el sector de las AMF's, pues solamente ha existido, desde hace muchos años, disposiciones que regulaban los préstamos otorgados por personas naturales, ejemplo claro, la Ley No.176-94, LEY REGULADORA de PRESTAMOS ENTRE PARTICULARES, del 16 de junio de 1994.²⁵

Esta normativa tenía por objeto, en su origen, regular los préstamos otorgado entre personas naturales (particulares) y destinadas a combatir la usura en tales actividades.

Uno de los requisitos para ser prestamista legal sujeto de aplicación de esta Ley, era declararse como tal en escritura pública, e inscribirse en el correspondiente Registro Público y contener, entre otros, *“1.- Nombres, apellidos, generales de ley, datos de identificación”*.²⁶ Indudablemente las personas jurídicas no tienen apellidos, ni generales de ley. Excluye de su aplicación *“a los bancos y demás instituciones financieras autorizadas por la ley de la materia para otorgar préstamos a particulares.”*, es decir, no es aplicable a personas jurídicas. Los bancos acorde con la Ley General de Bancos están

²⁵ Ley No.176-94, Ley Reguladora De Préstamos Entre Particulares, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 16 de junio de 1994. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni. Esta norma, fue reformada por la Ley No.374-94, “LEY de REFORMAS A LA LEY No.176. LEY REGULADORA DE PRESTAMOS ENTRE PARTICULARES, DEL 16 DE ABRIL DE 2001”, que vino a ser, para su desventaja, de aplicación obligatoria a las AMF'S.

²⁶ Art. 1 Ley No.176-94, Ley Reguladora De Prestamos Entre Particulares, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 16 de junio de 1994.

autorizados, así como las demás instituciones financieras, para contratar la tasa de interés que estimen convenientes, sin cometer el delito de usura.

Si la Asamblea Nacional al otorgar la personalidad jurídica a una Asociación y entre sus objetivos autorizó la concesión de créditos, por simple deducción la autorizaba por la ley de la materia, es decir, Ley No.147/1992, -Ley General Sobre Personas Jurídicas sin fines de Lucro, puede dedicarse a tal actividad y, por consiguiente, no es aplicable la Ley Reguladora de Préstamos Entre Particulares.

Los préstamos contratados entre particulares tienen como finalidad el lucro y, por ello, están sujetos a dicha ley, la cual era inaplicable a las Asociaciones, ya que éstas no persiguen lucro ni son personas naturales; esa era la especial distinción entre las entidades jurídicas y las personas naturales, además, su personalidad jurídica la otorga, mediante decreto, la Asamblea Nacional. En cambio, a las sociedades la personalidad la otorga el hecho de inscribirse en el competente Registro Público Mercantil y son otras las disposiciones aplicables a las sociedades.

Como puede apreciarse hay diferencias de objetivos y de personalidades; no debe pues confundirse el “ánimo de lucro”, utilidades, con “la obtención de excedentes”, aquellos se reparten entre los dueños o accionistas –el lucro- y estos destinan los excedentes a nuevos financiamientos y a la capacitación de los mismos usuarios y al fortalecimiento institucional, conforme sus objetivos.

En su origen, conforme el Art. 2, de la Ley N°176 que comente al inicio, antes de su reforma la tasa máxima que podían cobrar los particulares era el interés más alto que cobrasen los bancos más un porcentaje adicional no mayor del cincuenta por ciento de dicha tasa. Y con estos productos financieros trabajaban cómodamente las Asociaciones.

Tal disposición tuvo su origen en la **Ley de Interés**, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, del 4 de noviembre de 1940, la cual disponía:

“Prestamos no bancarios. Interés. Art. 1.- En los contratos de mutuo o de prestamos, en general que no fueren otorgados por instituciones bancarias, la

tasa de interés pactada no podrá ser superior a la que, en la misma fecha, las instituciones bancarias puedan cobrar en sus operaciones de préstamos de acuerdo con lo establecido en el Art. 128 de la Ley del Banco Nacional de Nicaragua, más de la mitad de esta tasa”²⁷

Con la creación del Banco Central de Nicaragua, en septiembre de 1960, la facultad de regular la tasa de interés pasó a esta institución (Art.19, No.6.)

La disposición de 1940, fue recogida por el Art. 2, de la Ley No.176-94, Ley Reguladora de Préstamos Entre Particulares, señalando la tasa máxima que será: *“el interés más alto que cobren los bancos comerciales... en la fecha de la contratación del préstamo, más un porcentaje adicional no mayor del 50% de dicha tasa”*.

Otra disposición de carácter penal de esta ley No.176-94, es el Art. 3, al disponer: *“Se considera autor del **delito de usura** a la persona que exigiere de sus deudores, **en cualquier forma**, un tipo de interés superior al establecido...”*. Aquí esta disposición nos remite al Código Penal.²⁸

La reforma a la ley redujo drásticamente la tasa de interés y demás cargas financieras, vino a crear una crisis entre las Asociaciones puesto que la reforma ocasionaría graves pérdidas en sus operaciones. Hay que tener en cuenta que se consiguió que algunos artículos de la Ley de reforma fueran vetados por el Presidente de la República, pero no los fundamentales que afectaban a las Asociaciones dedicadas a la Microfinanzas, desafortunadamente se estaba en un periodo electoral.

E. Ley No.374-01, Ley de Reformas a la Ley No.176, Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares

Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 70 del 16 de Abril de 2001.

²⁷ Ley de Interés, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 4 de noviembre de 1940. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

²⁸ Marco Jurídico que Regula Las Organizaciones Sin Fines de Lucro en Centroamérica. Cap.VII. Nicaragua. Dr. Yamil Zúñiga Montenegro. Publicación de la Fundación Arias Para la Paz y El Progreso Humano. 1998.

1. Introducción

La Ley No.374-01, de Reformas a la Ley N° 176, "Ley Reguladora de Prestamos entre Particulares", afectó de forma directa y profunda la propia existencia de las Asociaciones microfinancieras.

La reformadora Ley 374-01, trajo repercusiones negativas tanto para las microfinancieras como a los microempresarios, pues repercutió en la sostenibilidad y con ello trajo como consecuencia una reducción en su capacidad de prestar y de cobertura.

Los principales temas de esta Ley reformadora que afectaron a las Microfinancieras son los relacionados con:

- Las Tasas de Interés.
- La Retroactividad de la Ley.
- Nulidad del Contrato.
- En materia Procesal el Apremio Corporal en los contratos con garantía prendaria.
- De las Acciones y Excepciones.
- Del Interés Excesivo.
- De la Aplicación General Transitoria

A continuación, presento un pequeño análisis de cada uno de los temas anteriormente enumerados:

1.1. Las Tasas de Interés

Dispone la Ley No. 374-01, en su Art. 2.

*“El interés anual máximo con que se pueden pactar los préstamo entre particulares objeto de esta Ley, será la tasa de interés promedio ponderado que cobren los bancos comerciales... en la fecha de contratación del préstamo, en cada rubro. Los intereses **que se deben y los que se causen** en lo*

*sucesivo al entrar en vigencia la presente reforma, quedarán sujetos a lo dispuestos en este artículo”.*²⁹

Esta disposición es imprecisa pues deja a voluntad del Banco Central de Nicaragua la forma en que hará la ponderación de la tasa de interés, pues no señala la base de cálculo de la ponderación.

El Banco Central de Nicaragua (BCN) es la institución encargada de publicar mensualmente la tasa de interés promedio ponderado que es la que actualmente es la base que no deben exceder las microfinancieras para establecer las tasas de interés de todas sus operaciones financieras. Ninguna microfinanciera debe pactar un interés mayor al que se haya publicado, como tasa promedio ponderado, por el Banco Central de Nicaragua para ese mes. Lo anterior trae como consecuencia que mes a mes varíen las tasas de interés de las microfinancieras en relación a la publicada por el Banco Central.

Recientemente, durante todo el año 2010, la tasa promedio ponderado publicada de manera mensual por el Banco Central ha venido en decadencia, llegando a pasar de un 18% anual (inicio del año) a un 13.6% anual (octubre 2010) y 16.30% anual (noviembre y diciembre 2010). Lo anterior acarrea consigo consecuencias y prácticas “ilegales” practicadas por las microfinancieras.

Al encontrarse una microfinanciera con una disposición legal que le obliga a no contratar préstamos con tasas de interés mayores a 13.6%, por citar un ejemplo, algunas aducen que cobrando tal tasa de interés no cubrirán muchos de sus gastos operativos al final del mes, por lo que se han visto “obligados” a “disfrazar” bajo la modalidad de “convertir mágicamente” ese 13.6% en un 28 ó 30% total.

²⁹ Ley No.374-01, de Reformas a la Ley N° 176, "Ley Reguladora de Prestamos entre Particulares". Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 70 del 16 de Abril de 2001. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

El efecto inmediato al disponer que: *“Los intereses **que se deben y los que se causen** en lo sucesivo al entrar en vigencia la presente reforma, quedarán sujetos a lo dispuestos en este artículo”*, era la obligación de liquidar toda la cartera de préstamos al momento de la vigencia de la ley, conforme la primera tasa ponderada que publicase el Banco Central; sí la tasa contratada lleva el 50% adicional, con la nueva disposición los intereses serán menores, incluso a los estipulados por los bancos y ello legalmente significaba una profunda repercusión negativa en los estados financieros de las Asociaciones microfinancieras y una disminución significativa en sus ingresos. Los intereses devengados y no percibidos debieron ser revertidos acorde con la primera tasa publicada por el BCN.

La tasa de interés para los bancos, quienes están exentos de esta ley, es libre, pueden pactar la que convengan con el deudor³⁰, en cambio, para las microfinanzas, las tasas a cobrar son mucho menores a la que perciben los bancos.

En los préstamos a mediano o largo plazo la tasa se convierte en variable, pues las inversiones en estos casos demandan varios desembolsos dependiendo de la inversión. El financiamiento del préstamo en su ejecución, por cada desembolso se cobrará la tasa vigente en dicho momento.

Hay un mercado libre para la tasa de interés pero solamente para los bancos. A las microfinancieras las limita la Ley.

No es recomendable que la tasa de interés para las microfinancieras sea libre, puesto que si aún estando controlada (regulada) legalmente, teniendo como tasa tope la promedio ponderada que publique el Banco Central, éstas han encontrado la manera de evadir tal disposición legal, mediante una fiesta de disfraces de comisiones administrativas, gastos administrativos, comisión por

³⁰ RESOLUCIÓN CD-BCN-XXVII-1-07 de fecha 11 de julio de 2007.- Normas Financieras, Art. 46. Banco Central de Nicaragua. Descargada de www.bcn.com.ni

desembolso, recargos, etc., el aprobarse una libertad para pactar libremente las tasas significaría legalizar tales acciones y prácticas incorrectas que con el paso de los años han venido implementando las microfinancieras.

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo antes mencionado esta en contra de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación ya que nuestra legislación civil tiene establecido el principio de plena libertad de los contratantes para regular sus obligaciones, siempre que no vayan contra la ley, el orden público y las buenas costumbres. A, tal efecto el Art. 2479, C., prescribe:

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*³¹

¿Hay alguna causa legal para invalidar los contratos que son leyes entre las partes al legislar sobre la tasa contratada? Los legisladores que propusieron las reformas aun tienen nostalgia de la remisión de obligaciones. Es más conveniente que haya crédito, aunque sea caro, que no haya quien financie al pequeño y micro empresario.

1.2. La Retroactividad de la Ley

A tenor de lo dispuesto en la ley, los intereses legalmente ya contratados y los que se generen después de entrada en vigencia la ley reformadora, están sujetos a la modificación que sufrirá el valor de la tasa al ser sustituida por la primera ponderada que publicará el Banco Central, la cual, fue mucho menor que la contratada.

Como puede observarse, la ley reformadora que aludí en acápites anteriores, tiene efecto retroactivo, pues si los intereses corrientes devengados y no satisfechos deben ser pagados conforme la tasa nueva que debe publicar el

³¹ Código Civil de la República de Nicaragua, Tomos I y II, Segunda Edición Facsimilar Actualizada, 31 de Julio de 1976. Editorial Universitaria, UNAN, León.

Banco Central, su efecto es, a todas luces, de retroactividad máxima ya que deja sin efecto un contrato válido suscrito conforme la ley anterior.

La Constitución Política en su Art. 38, dispone: *“La ley no tienen efecto retroactivo, excepto en materia penal cuando favorezca al reo”*.³²

La violación de ese principio constitucional por la Ley No.374-01, es flagrante.

Lo anterior pudo haber tenido como consecuencia que tal impericia de los legisladores pudo verse expuesta a un sinnúmero de recursos por inconstitucionalidad interpuestos por las microfinancieras en contra de dicho artículo de la Ley y que al final de cuentas se creara un ambiente de inestabilidad e inseguridad jurídica en el país.

1.3. Nulidad del Contrato

Manda el Art. 6, que: **“La nulidad por intereses excesivos** podrá ser alegada como **acción** o como **excepción**, siendo en ambos casos improcedentes dictar apremio corporal contra el **presunto deudor** sin antes haber resuelto el fondo del asunto. En caso ya se hubiese dictado apremio corporal contra el **presunto deudor**, el juez de la causa ordenará sin más trámite el inmediato levantamiento del mismo”. Esta disposición marcó un precedente histórico en Nicaragua, hasta el punto que fue tomada como referencia en nuestro nuevo Código Penal en el cual se prohíbe el apremio corporal por motivos de deudas, y únicamente permitido en casos de desacato a una orden judicial de poner de manifiesto los bienes pignorados, o bien bajo otro delito (Desvío de Prenda).

Como se puede observar, no se consigna si la nulidad es solo para los intereses y no para el contrato total; de todas maneras y en cualquier caso siempre acarrea como consecuencia, el procesamiento del prestamista ante el Juez de lo Penal por el delito de usura.

³² Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas de 1995. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional de Nicaragua. 2^{da}. Edición, Agosto de 1995. (Ley No.192, 1^{ro}.de Febrero 1995). Disponible en: www.asamblea.gob.ni

Asimismo, faculta al deudor para que la nulidad de obligaciones a interés excesivo pueda ser alegada como acción o como excepción y, siempre es improcedente que el juez dicte apremio.

La nulidad absoluta conforme el Art. 2210 del Código Civil³³ puede oponerse siempre sólo como excepción y, es lógico que así sea, porque cuando el acreedor quiera ejercer sus derechos el deudor debe oponer la excepción de nulidad. Pero en este caso el deudor puede tomar la iniciativa y demandar al acreedor la nulidad de los intereses pero no así del contrato.

1.4. Del Apremio Corporal en los Contratos con garantía prendaria

El apremio lo dicta el juez a petición de parte y una vez que fue requerido por éste para la entrega de los bienes pignorados y no con la sola presentación de la demanda por el acreedor; es necesario que el depositario de la prenda desacate la orden judicial de ponerla de manifiesto, (Art. 13, Ley de Prenda. Comercial publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 60 del 27 de Marzo de 1992). Este apremio esta sujeto a lo dispuesto en el Código civil.

Conforme el Art. 39³⁴ de la Ley de Prenda Agraria o Industrial, son considerados como reos de estafa, los que defraudaren al acreedor prendario, vendiendo, destruyendo, inutilizando, gravando, etc., el bien prendado que esta bajo su deposito. El Apremio se decreta por ser considerado el deudor

³³ Art. 2210C: “La nulidad ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción”.

³⁴ Artículo 39 Ley de Prenda Agraria o Industrial: “Serán considerados como reos de estafa los que defraudaren al acreedor prendario, en cualquiera de los casos siguientes:

- a)- El deudor que destruya la prenda total o parcialmente; la inutilice en cualquier forma o permita su destrucción o inutilización;
- b)- El deudor que diere en prenda las cosas gravadas como sino lo estuvieran, o las enajenare sin llenar los requisitos señalados en el artículo 27;
- c)- El deudor que no invirtiere, en el objeto convenido en el contrato las sumas prestadas o no llevare a cabo los cultivos estipulados;
- d)- El deudor que voluntariamente abandone las cosas que constituyen la prenda, siempre que tal abandono cause daño en la garantía del acreedor;
- e)- Los que comparen los objetos dados en prenda con conocimiento del contrato existente y en contravención del artículo 27, y no los devolvieren al acreedor una vez requeridos para ello;
- f)- El deudor que en contravención a lo dispuesto en el artículo 19, trasladare los bienes pignorados fuera del lugar de explotación donde se encontraban al constituirse la prenda;
- g)- El deudor que constituya prenda sobre bienes ajenos como si fueren propios.”

prendario como estafador al incurrir en las causas o circunstancias establecidas en la ley (delito de Desvío de Prenda).

Recientemente, el 26 de marzo de 2009, fue publicada en La Gaceta, Diario Oficial la Ley No. 676, “Ley Aclaratoria sobre la aplicación del Apremio Corporal por Créditos con Garantía Personal y Reforma al Artículo 13 de la Ley No. 146 Ley de Prenda Comercial”. Dicha Ley dejó sin valor legal ni efecto jurídico cualquier auto o resolución judicial emitida con el fin de decretar apremio corporal y la consecuente restricción de la libertad contra cualquier deudor o fiador, como consecuencia directa de la existencia de una obligación insoluta y de plazo vencido. Establece que cometerá el delito de Prevaricato el Juez o Magistrado que actúe en contravención a lo establecido en dicha Ley. Por lo que actualmente en Nicaragua no es permitido el apremio corporal por deudas, bajo ninguna circunstancia.

1.5. De la nulidad como Acción o Excepción

Un presunto deudor, como lo consigna la reforma, no puede acudir ante el judicial a ejercer una acción o alegar una excepción, solamente puede hacerlo quien está obligado, es decir, el deudor real. Una vez resuelto el fondo del asunto y suponiendo que la obligación está constituida a intereses legales, hasta ese momento se podrá solicitar el apremio por el desacato a la autoridad judicial o por considerarlo como reo de estafa y trabar nuevo embargo.

El deudor conserva a nombre del acreedor la posesión del bien pignorado y tiene respecto a dichos bienes los deberes y responsabilidades de los depositarios conforme el Art. 18, Ley de Prenda Agraria e Industrial³⁵. Tal disposición afecta a los prestamistas que contratan el mutuo garantizado con prenda que es por la cual se puede solicitar el apremio corporal.

³⁵ Artículo 18 Ley de Prenda Agraria o Industrial: “El deudor conservará, a nombre del acreedor, la posesión de los bienes pignorados; podrá usar de ellos, sin menoscabo de su valor; estará obligado a realizar por su cuenta los trabajos y gastos necesarios para su conservación, reparación y administración, así como para la recolección, en su caso; y tendrá, respecto a dichos bienes, los deberes y responsabilidades de los depositarios, sin perjuicio de las penas que esta ley impone.”

Probablemente, bajo esta premisa, la garantía de prenda sin desplazamiento de la posesión del deudor dejará de tener su actual importancia y se tendrá que retroceder al “pignus”³⁶ romano, es decir, que el deudor deberá dejar el bien pignorado en posesión de su acreedor.

Establece el Art. 41, constitucional. “Nadie será detenido por deudas.” Este principio lo confunden los legisladores porque el apremio no se dicta si no se solicita y el Juez lo decreta no por la deuda y contra el obligado, sino en contra del depositario al considerarlo reo de estafa por el incumplimiento en presentación o manifestación de la garantía.

Por otro lado, con relación a la prenda, deroga disposiciones del Código Civil, Código de Procedimiento Civil, de la Ley de prenda Agraria e Industrial y de ley de Prenda Comercial. Es una derogación tácita con base en que la nueva norma viene a derogar la anterior, aunque la Ley sujeto de análisis no tiene ninguna disposición derogatoria.

1.6. Del Interés Excesivo

La disposición del Art. 13, estipula:

*“Cuando de acuerdo con esta ley se declare la nulidad del **interés excesivo**, el acreedor podrá exigir de su deudor el capital y los intereses, de acuerdo con la tasa publicada por el Banco Central al momento de contraerse la obligación, en los mismos términos de tiempo y forma de pago pactadas en el contrato original.”*

Nuestro Código Civil en su Art. 2204³⁷, estipula que la nulidad absoluta, como en éste caso, no puede subsanarse por la confirmación o la ratificación de las partes y si el contrato principal es nulo, también lo son las garantías por ser

³⁶ ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, “Instituciones de Derecho Civil, Editorial Porrúa. 3era edición. México 1999. Tomo I, Pág. 147.

³⁷ Art. 2219 C: “La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, y debe, cuando conste en autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso menor que el que se exige para la prescripción ordinaria.”

contratos accesorios a uno principal. Por consiguiente, es una nulidad absoluta y la declarada por sentencia firme, da derecho al deudor a ser restituido al mismo estado en que se hallaría sino hubiere existido el contrato nulo. Por consiguiente, es de difícil inteligencia que un contrato declarado nulo por sentencia tenga efectos como si no hubiese habido tal declaración.

De haber sentencia declarando la nulidad por causa del cobro de intereses excesivos, lo que existe es un delito de usura y, en consecuencia, el deudor no debe, mediante pago, extinguir la obligación pues esta queda cancelada por la nulidad del contrato. (Art. 2219 C). La consecuencia de *cobrar intereses excesivos*, es la nulidad del contrato porque el prestamista es reo del delito de usura, pues la misma ley consigna que el juzgador debe ponerlo en conocimiento del juez penal competente.

Quizá nuestros legisladores solamente pretendieron que la nulidad no sea del contrato total sino sólo parcialmente.

1.7. De la Aplicación General Transitoria

El Art. 5. Transitorio, dispone que:

“Tanto las disposiciones contempladas en la Ley 176, Ley Reguladora de Préstamos entre particulares como las contentivas de la presente reforma, le continuarán siendo aplicables a todas aquellas Instituciones Micro Financieras, sean estas constituidas bajo la figura de Sociedades Mercantiles o Asociación Civil sin Fines de Lucro, que tengan como objetivo principal o accesorio brindar servicios financieros al público, mientras no exista en vigencia un marco legal regulatorio para estas Institución de Micro Finanzas.”.

Se puede comprender que este artículo se llama transitorio porque es norma que tendrá una vida corta de aplicación, cuando dice: “la presente reforma, le continuarán siendo aplicables... mientras no exista en vigencia un marco legal para estas instituciones de microempresas”. Así es que cuando se publique el marco legal, la Ley No.176-94, Ley Reguladora de Prestamos Entre Particulares, del 16 de junio de 1994, y su reforma, la Ley No.374-94, no tendrá

validez para las Microfinancieras pero, volverá a tener vigencia para los particulares.

El contenido del Art.5 es inexacto, por no darle otro calificativo, cuando afirma:

1a.- *las disposiciones contempladas en la Ley 176, Ley Reguladora de Préstamos entre particulares como las contentivas de la presente reforma, le continuarán siendo aplicables a todas aquellas Instituciones Micro Financieras sean estas constituidas bajo la figura de Sociedades Mercantiles o Asociación Civil sin Fines de Lucro.* Como expliqué anteriormente, la Ley 176 no era aplicable a personas jurídicas sino solamente a personas naturales.

2a.- las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro jamás estuvieron sujetas a tal disposición, pues no hay una sola que estuviese o esta inscrita como prestamista en el Registro público competente. Da el mismo tratamiento tanto a las entidades mercantiles como a las asociaciones sin fines de lucro.

A pesar del entorno creado por la Ley, para paliar la situación se han creado operaciones encubiertas y contratos simulados que han producido el resultado deseado y sin contratiempos significativos. Lo cual no excluye el riesgo de las sanciones que señalamos antes y contenido en el Art. 3. de la Ley No176/94, cuando define una materia que le es ajena, al tipificar al autor del delito de **usura**, porque ya esta regulado por el Código Penal.

Las microfinancieras arguyen que solo cobrando comisiones en los mutuos, además de la tasa de interés, pueden alcanzar las metas en el rendimiento de cartera, lo cual puede acarrear eventuales repercusiones penales. Estos temas los examinaremos cuando más adelante me de a la tarea de analizar las disposiciones sancionadoras del Código Penal, las cuales están relacionadas con disposiciones procesales.

Las asociaciones han sufrido y experimentado legalmente una crisis financiera producida con la reforma y la manera definitiva para corregirla es mediante una nueva ley a la que alude el Art.5, transitorio. A tal efecto, la Asociación

Nicaragüense de Instituciones de Microfinanzas (ASOMIF), presentó un anteproyecto de Ley, denominado Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas.

Dicho anteproyecto de Ley, después de intervenir varios actores, fue aprobado en lo general por la Asamblea Nacional en el año dos mil tres y, desde esa fecha, se está a la espera de la discusión en lo particular para crear el marco regulador de la actividad de las microfinancieras. Esta ley requirió años de discusiones para tratar de llegar a consenso, tanto con representantes del gobierno apoyado por consultores, como de la Superintendencia de Bancos y de Otras instituciones, al igual que con bancadas de los partidos políticos de la Asamblea Nacional. Más adelante examinaremos el contenido de la Ley y los temas álgidos.

2. Recurso por Inconstitucionalidad

La Ley No.374-94, Ley de Reformas a La Ley No.176, fue recurrida por inconstitucionalidad, recurso que fue presentado a las diez y treinta minutos de la mañana del 10 de julio del 2001.

Desde hace casi nueve años el recurso guarda sueño injusto en las gavetas de la Corte Suprema de Justicia.

A esta situación le sobran los comentarios y es decidora de la poquísima importancia que tiene para el Estado, el desarrollo de las microfinanzas

CAPÍTULO II

MARCO LEGAL PARA LAS AMF's

A principios de la década de los años 90, existían tres bancos estatales. Con la pérdida del poder del Frente Sandinista en las elecciones del 1990, se estableció una política de liberalización financiera que condujo al cierre de uno de ellos, la privatización de otro y posteriormente la intervención del tercero; tal liberalización facilitó la apertura de una docena de bancos privados y algunas financieras.

En el año 2001 cerraron varios bancos con costo social altísimo debido a que el Estado, sin tener responsabilidad, pagó los depósitos a los acreedores de los bancos fallidos.

La función fundamental del Estado en las actividades de intermediación financiera con recursos provenientes del público, es velar por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a entidades financieras legalmente autorizadas, así como reforzar la seguridad y confianza del público en dichas entidades, promoviendo una adecuada supervisión que procure su liquidez y solvencia en la intermediación de tales recursos.

Actualmente, dicha supervisión no es extensiva a las AMF's puesto que no captan ahorros del público y la supervisión y control de estas corresponde al Departamento de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación.³⁸

³⁸ Art. 14 Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.

A. Reforma a la Ley General de Bancos y de Otras Instituciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, correspondiente al dos de junio de mil novecientos noventa y siete

Por reciente reforma de la Ley General de Bancos y de Otras Instituciones, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, correspondiente al dos de junio de mil novecientos noventa y siete, se creó una nueva categoría de instituciones financieras, denominadas según el Artículo 2 de la reforma, “Entidades Financieras No Bancarias Sin Fines de Lucro”. En virtud de ello se crea el Título II de la Ley citada y se reforman los Artículos 257, 258, y 259 de la misma.

La particularidad de tales entidades consiste en que las mismas son constituidas como una persona jurídica sin fines de lucro, bajo la cobertura de Asociación Civil Sin Fines de Lucro³⁹ (ASFL), de acuerdo a los procedimientos establecidos en la Ley 147.

Una vez constituida y otorgada la personalidad Jurídica por la Asamblea Nacional y registrada en el Ministerio de Gobernación, la entidad debe obtener la autorización para operar de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones, mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley General de Bancos reformada.

La característica fundamental de las Entidades Financieras No Bancarias Sin Fines de Lucro, es que las mismas, **“... se dediquen exclusivamente al otorgamiento de créditos en forma habitual y masiva, a los sectores de la pequeña y mediana industria, producción y comercio...”**

En el desarrollo de todas y cada una de sus actividades, las ASFL, quedan sujetas al cumplimiento de las normas prudenciales y sistemas de contabilidad y auditoría interna, que al efecto dicte la Superintendencia de Bancos y a los controles y supervisión estricta de este organismo.

³⁹ ASFL: Asociación Sin Fines de Lucro.

La razón de creación de estas entidades, es precisamente, y según la Superintendencia de Bancos, la de ordenar y supervisar las operaciones de otorgamiento de créditos y captación de ahorros del público que realizan algunas ASFL, sin mayores controles. Cabe señalar que es requisito para estas entidades y para la supervisión de la Superintendencia que la ASFL sea creada exclusivamente para otorgar crédito y captar ahorro del público.

De lo expuesto anteriormente, se aclara que hoy en día es una disposición legal completamente inaplicable.

Las Asociaciones microfinancieras que ya operan en Nicaragua no tienen supervisión alguna por la Superintendencia de Bancos. No le remiten reportes de absolutamente ninguna operación que realizan y no son sometidas por este órgano a auditorias sorpresivas ni mucho menos.

A lo largo de la presente investigación, se tuvo la suerte de involucrarse en el proceso de constitución y creación de una Asociación sin Fines de Lucro que pronto abrirá sus puertas al mercado PYME nicaragüense con servicios de intermediación financiera. (Por asuntos de convenios de confidencialidad firmados se omite el nombre de la Asociación).

A lo largo de ese proceso, se pudo constatar muy de cerca que los representantes de la Asociación siguieron los procedimientos establecidos en la Ley de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, dejaron muy en claro en su Acta Constitutiva y Estatutos cuales eran los fines de la Asociación y que iba a operar como microfinanciera, inscribieron la Asociación en el Departamento de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación, incluso gestionaron número de Registro Único del Contribuyente (RUC) y se matricularon en la Alcaldía Municipal. En ningún momento realizaron trámites ante la Superintendencia de Bancos ni ante el Banco Central de Nicaragua ni ningún otro ente regulador del mercado financiero formal.

Como se puede observar, y por suerte se tuvo la suerte de constatarlo personalmente, a esta disposición que presenta la Reforma reciente a la Ley General de Bancos, ninguna microfinanciera ya existente e incluso ninguna de las que hoy en día se están constituyendo la esta acatando. En todo caso, la Superintendencia entraría a supervisar y controlar la constitución de este tipo de organizaciones hasta la publicación de la Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas.

Todo lo expuesto anteriormente tiene lógica común. La reforma a la Ley General de Bancos nomina o les da un nombre a este tipo de Asociaciones Microfinancieras (“Entidades Financieras No Bancarias Sin Fines de Lucro”). Sin embargo, no establece en su cuerpo normativo sanciones o ¿qué sucede si las Asociaciones no cumplen con lo dispuesto por la reforma?. Esto trae como consecuencia que las Asociaciones al momento de constituirse y prepararse para entrar a la rama de las microfinanzas, no piensen en ningún momento en reportarse con la Superintendencia de Bancos, pues no sucede nada con el hecho de omitirlo.

Lo único que la ley mandata es que para los casos en que las microfinancieras vayan a captar ahorros del público, estas operaciones deberán ser supervisadas por la Superintendencia de bancos.

Actualmente existen varias ASFL, que además de otras actividades principales, tienen programas de otorgamiento de créditos sin captar ahorro del público, en estos casos, tales ASFL no estarían reguladas por estas nuevas disposiciones legales, pudiendo en estos casos y de forma voluntaria, solicitar la supervisión de la Superintendencia (práctica que en ningún momento van a realizar debido al sinnúmero de operaciones ocultas que están llevando a cabo para cubrir las tasas de interés con comisiones, gastos administrativos, etc.).

De tal manera que a partir de esta Ley, cualquier grupo de personas que desee crear una ASFL, **para otorgar créditos y captar ahorros**, está obligada a

hacerlo de conformidad con las disposiciones de la Ley General de Bancos. Una ASFL, con tales objetivos, aún cuando obtenga su personalidad jurídica de parte de la Asamblea Nacional, no puede operar sin la subsecuente autorización de la Superintendencia de Bancos.

B. Ley De La Superintendencia De Bancos Y De Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), (Ley #316/99)

La Superintendencia es la entidad que vela por los intereses de los depositantes y preserva la seguridad y confianza del público en dichas instituciones, promoviendo adecuada supervisión que procure su solvencia y liquidez en la intermediación de los recursos confiados⁴⁰. (Ley N°316, Art.2.).

En la Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas, esta prohibido la captación de ahorros ni siquiera de los propios usuarios de financiamientos⁴¹, pero como está pendiente su discusión en lo particular, podría haber autorizaron, pero la Superintendencia ha dejado muy en claro su oposición al respecto.

En el desarrollo de la Superintendencia se distinguen cuatro etapas, a saber:

En la primera: dependencia del BCN (1960/1979). La superintendencia nació formando parte de la Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua, Decreto No. 525, publicado en La Gaceta No. 211 del 26 de septiembre de 1960.

⁴⁰Art. 2 Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No.196 del 14, Octubre 1999; disponible en: www.asamblea.gob.ni: “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.”

⁴¹ Art. 20 Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas: “Prohibiciones.- Las Asociaciones de Microfinanzas no podrán: a) Captar depósitos del público, bajo cualquier modalidad...”

En la década de los 60`s y parte de los 70`s, el Banco Central de Nicaragua mantuvo disciplina y solvencia del Sistema Financiero.

En la segunda etapa: (1979/1991), la nacionalización del Sistema Financiero, por Decreto No. 25 del 26 de julio de 1979, y los Decretos posteriores, prácticamente liquidó la Intermediación Financiera. La oferta y demanda pública de recursos financieros no podía concebirse en un régimen en que la creación y absorción de dinero, respondía a las reglas de una economía centralizada.

La tercera etapa: (1991/1999), es la creación de la Superintendencia. La ley 125/91, publicada en La Gaceta No. 64 del 10 de abril de 1991, de Creación de la Superintendencia, permite la formación de bancos privados, a pesar de los formales impedimentos plasmados en el Art. 100 de la Constitución de 1987, que no fue reformada como correspondía.

La mencionada ley, introdujo nuevos elementos que dieron a la Superintendencia la condición de ente supervisor con autonomía funcional, pues trasladó a la Superintendencia todas las facultades y obligaciones que, en otras leyes, se atribuían al Banco Central de Nicaragua y a la Contraloría de la República.

La cuarta etapa: (1999), Ley De La Superintendencia De Bancos⁴². La Ley N° 316-99, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, La Gaceta, Diario Oficial, N° 196 del 14 de abril de 1999, rige actualmente esta institución, corresponde al actual marco jurídico en el que se desarrolla la Sistema Financiero formal

⁴² Ley N° 316-99, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, La Gaceta, Diario Oficial, N° 196 del 14 de abril de 1999. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

Además de las actividades de control que lleva a cabo la Superintendencia, cada Banco debe tener su propio vigilante mediante su auditor interno⁴³.

1. Consideraciones

La Superintendencia es un Órgano creado para el control de las instituciones financieras formales del Sistema Nacional que opera en condiciones de privilegios y en un mercado diametralmente opuesto a las organizaciones que operan en el sistema microfinanciero, y cuyo surgimiento es anterior a la banca privada, es necesario que se analicen los pro y contra de una Ley que viene a regular un mercado del cual las AMF's tienen mayor experiencia.

Después del cambio de las reglas de una economía centralizada a una de libre mercado, las AMF's han aprendido a lidiar con entornos hostiles y únicamente teniendo como reglas las normas que impone el mercado, a diferencia de la banca privada que surgió con el apoyo incluso de organismos internacionales.

Es importante hacer la reflexión siguiente: En caso la nueva ley Especial de Microfinancieras mantenga la prohibición de captar ahorros del público, ¿es indispensable la intervención de la Superintendencia?

Existen analistas financieros que opinan que la superintendencia actuó, en declaraciones de quiebra de algunos bancos, por intereses personales de políticos en el gobierno. La crisis política que vive el país ha debilitado la credibilidad en las instituciones del estado. La Superintendencia de Bancos, por la desaparición entre privatizaciones y quiebras de nueve bancos, ha recibido diversas críticas y, el Superintendente tuvo que comparecer ante los tribunales comunes a rendir declaraciones. Esta Institución no ha podido sustraerse al clima de inseguridad jurídica que vive el país.

⁴³ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, Gaceta No. 232, Octubre 2005. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

En la etapa actual la situación es más crítica en la relación microfinanciera-deudores, no obstante, se puede presumir que la SIBOIF, carece de la experiencia y recursos necesarios para vigilar las actividades de las microfinancieras en caso de que la Ley Especial de Microfinanzas sea aprobada y tenga que ejercer tal función, pues tendría que crear una Intendencia de Microfinancieras y buscar los recursos necesarios a lo que tendrán que contribuir económicamente las entidades microfinancieras. La Comisión Reguladora para control de las Asociaciones que se abordará más adelante integrada por la SIBOIF más dos ministerios ajenos al crédito, es tarea ardua.

Por tanto, la SIBOIF sin tener experiencia, ni conocimiento, y las AMF's no recibirán depósitos del público, entonces su papel se va a limitar a ser un contralor de las mismas, la pregunta que queda pendiente es ¿con que criterios?

C. Banco Central De Nicaragua

El Banco Central de Nicaragua fue creado de acuerdo con el Art. 148 inc, 19 de la Constitución Política de 1950⁴⁴ y mediante Decreto Legislativo No. 525 del 25 de Agosto de 1960. Sus operaciones las inició el 1 de Enero de 1961, como institución del Estado con autonomía funcional, duración indefinida, patrimonio propio y personalidad jurídica.

La base legal para cumplir las funciones del Banco Central está contenida en la Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua, Ley No. 317, La Gaceta número 197 del 15 de octubre de 1999.

⁴⁴ Arto. 148 Constitución Política de Nicaragua de 1950. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 235 del 06 de Noviembre de 1950; disponible en: www.asamblea.gob.ni; “Art. 148: ...19) Corresponde al Congreso en Cámaras separadas: 19)- Autorizar la fundación de Bancos de Emisión y el establecimiento de Montepíos...”

1. Antecedentes Constitucionales

El artículo 99 de la Constitución Política de Nicaragua establece en su párrafo tercero:

“el Banco Central es el ente estatal regulador del Sistema monetario. Los bancos estatales y otras instituciones financieras del Estado serán instrumentos financieros de fomento, inversión y desarrollo y diversificarán sus créditos con énfasis en los pequeños y medianos productores. Le corresponde al Estado garantizar su existencia y funcionamiento de manera irrenunciables. El Estado garantiza la libertad de empresa y el establecimiento de bancos y otras instituciones financieras, privadas y estatales que se regirán conforme las leyes de la materia...”⁴⁵

Tal disposición no es aplicable para las microfinancieras pero la esperanza está planeada con la Ley Especial pendiente, que se espera que en este tema termine la situación discriminatoria hacia las microfinancieras.

2. Tasa Promedio Ponderada

Dispone la Ley No. 374-01⁴⁶, en su Art. 2.

*“El interés anual máximo con que se pueden pactar los préstamo entre particulares objeto de esta Ley, **será la tasa de interés promedio ponderado que cobren los bancos comerciales... en la fecha de contratación del préstamo, en cada rubro.** Los intereses que se deben y los que se causen en lo sucesivo al entrar en vigencia la presente reforma, quedarán sujetos a lo dispuestos en este artículo”.*

⁴⁵ El Banco central en este momento determina la tasa de Interés de los créditos que conceden las AFM'S, por facultarlo la Ley que regula los préstamos entre particulares. El consejo Directivo esta facultado para Dictar la política de Tasas de Interés, la que es aplicable a los títulos que emite, De Acuerdo al Arto 39 de la Ley General de Bancos: *“La tasa de interés de las operaciones activas y pasivas de las entidades financieras será determinada libremente por las partes”.*

⁴⁶ Ley No.374-01, de Reformas a la Ley N° 176, "Ley Reguladora de Prestamos entre Particulares". Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 70 del 16 de Abril de 2001. Disponible en: www.asamblea.gob.ni.

El Banco Central de Nicaragua (BCN) es la institución encargada de publicar mensualmente la tasa de interés promedio ponderado que es la que actualmente es la base que no deben exceder las microfinancieras para establecer las tasas de interés de todas sus operaciones financieras. Ninguna microfinanciera debe pactar un interés mayor al que se haya publicado, como tasa promedio ponderado, por el Banco Central de Nicaragua para ese mes. Lo anterior trae como consecuencia que mes a mes varíen las tasas de interés de las microfinancieras en relación a la publicada por el Banco Central.

D. Con el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS)

Las disposiciones legales que regulan las relaciones entre las Asociaciones sin Fines de Lucro y el INSS son:

La Ley de Seguridad Social (Decreto No.974 de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, publicado en la Gaceta Diario Oficial No. 49 del 1^{ro}. de marzo de 1982) y, el Reglamento General de la Ley de Seguridad Social (Decreto No. 975 publicado en La Gaceta Diario, Oficial No.49 del 1^{ro}. de marzo de 1982 y, sus modificaciones. La Ley en el Cap. II, Campo de Aplicación (Personas Protegidas) establece:

“Arto.5.-Son sujetos de aseguramiento obligatorio:

- a) Las personas que se encuentran vinculadas a otra, sea esta natural o jurídica, independientemente del tipo de relación laboral o de servicio que los vincule, lo mismo que la personalidad jurídica o la naturaleza económica del empleador, empresa o institución pública o privada que utilice sus servicios.
- b) Todos los integrantes o beneficiarios de los programas de Reforma Agraria...
- c) Los miembros de asociaciones gremiales de profesionales, ministros de cualquier culto, religiosas, o demás trabajadores que se encuentren debidamente organizados.

d) Los miembros de cooperativas de producción debidamente reconocidas.

Estas normas de los años 80, se encuentran vigentes por tanto no han sido derogadas; el Estado Sandinista, obligaba a asegurar a todos los beneficiarios de Programas de Reforma Agraria, miembros de cooperativas de producción, sacerdotes, pastores, religiosos y cualquier trabajador independiente organizado.

Estas disposiciones no se aplicaron rigurosamente en la década de los 80; mucho menos en la década del 90 debido a que no es compatible con las políticas neoliberales, ni con las posibilidades económicas del país.

Sin embargo, es necesario destacar que la disposición del Art. 5. inciso a), ha sido interpretada y/o aplicada DISCRECIONALMENTE por auditores del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, aduciendo que las Asociaciones sin Fines de Lucro, tienen que retener/asegurar obligatoriamente a todos los trabajadores independientes que se contrate para una reparación o servicios, (fontaneros, electricistas, albañiles, carpinteros, etc.) aunque sea por obra de 3 horas o 1 día o servicios específicos.

Realizando consulta al Manual de obligaciones jurídicas básicas de las Asociaciones Jurídicas Sin Fines de Lucro preparado por el doctor Mauricio Zúñiga García, se encontró la siguiente consulta que éste hizo al **Despacho Fiscal Financiero “BAEZ CORTES Y ASOCIADOS”**. La consulta le fue evacuada en una carta aclaratoria que por su importancia a continuación transcribo⁴⁷:

Managua, martes 30 de junio de 1998

⁴⁷ Carta de Báez Cortés y Compañía, Despacho Jurídico- Fiscal- Financiero, consulta sobre aplicación de Ley y Reglamento del INSS, de fecha 30 de Junio de 1988.

Doctor Mauricio Zúniga

Sub Director Ejecutivo (Asociación)

Su Despacho

Estimado Dr. Zúniga:

Hacemos referencia a consulta respecto si (Asociación) (XXXX), debe o no retenerle, en concepto de seguro obligatorio del INSS, a los profesionales y demás trabajadores independientes que le presten algún servicio, aunque no sean asalariados, todo según lo expresado por auditores del INSS. Al respecto tenemos a bien dictaminar a usted que (Asociación) no tiene obligación de inscribir ni retener en concepto de seguro obligatorio a los profesionales y trabajadores independientes, ya que ellos pueden inscribirse en el Seguro Facultativo; lo anterior en base a las razones jurídico-técnicas siguientes:

1. **El INSS supuestamente sustenta la afirmación de que deben inscribirse y retener por el seguro obligatorio, citando el Arto. 5, inciso a) de la Ley de Seguridad Social, y el Arto. 1 literal a) del Reglamento.**

2. El Arto. 1, literal a) del Reglamento, textualmente dice:

“Empleador: es toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que por cuenta propia o ajena tiene a su cargo una empresa o actividad económica de cualquier naturaleza o importancia, persiga o no fines de lucro, en que trabaje un número cualquiera de trabajadores, bajo su dependencia directa o indirecta, en virtud de una relación de trabajo o se servicio que los vincule”.

Los servicios brindados por profesionales a (Asociación), no pueden ser ubicados como realizados por empleados o trabajadores, al tenor de lo expresado en el párrafo anterior, ya que trabajadores son quienes tienen una relación de dependencia y subordinación respecto al empleador.

3. En consonancia a lo antes indicado, al Arto. 8 de la Ley de Seguridad Social dice:

“Los empleadores a que se refiere la letra a) del Arto. 5 tienen la obligación de inscribirse e inscribir a sus trabajadores en el Instituto, así como de comunicar los cambios en su personal y en las remuneraciones dentro de los plazos y términos que establezcan los reglamentos.

Los trabajadores están obligados a suministrar a los empleadores los datos necesarios para los cumplimientos de las obligaciones establecidas en este artículo. La falta de cumplimiento de las disposiciones de este artículo será sancionada conforme las disposiciones de la presente Ley”.

Es obvio que la obligatoriedad estipulada en el Arto. 8 se refiere de manera exclusiva a trabajadores con carácter de dependencia como se demostró anteriormente.

4. Del Seguro Facultativo.

El Arto. 6 de la Ley de Seguridad Social y el Arto 24 del Reglamento, determinan de manera taxativa quiénes podrán inscribirse en el Seguro Facultativo. El literal a) de ambos artículos señala en primer lugar a los profesionales y trabajadores independientes.

Particularmente además, la especificación de Trabajador Independiente, que dicta el inciso c), del Arto.1 del Reglamento, precisamente incluye a los trabajadores independientes como los profesionales y técnicos, que no son empleados, por lo que no se les puede pretender incluir en el concepto de Trabajador que refiere el inciso b) del mismo Arto.1 del reglamento; ya que si pretendiera incluir en el concepto de Trabajadores/empleados con relación de dependencia con el empleador a los profesionales y trabajadores independientes,... para qué entonces la Ley y el Reglamento hacen esta diferenciación??

Es evidente que al existir en la Ley de Seguridad Social y en su Reglamento, normativas taxativas respecto a los profesionales, técnicos y demás trabajadores independientes (que NO SON EMPLEADOS CON UNA RELACION DE SUBORDINACION A UN EMPLEADOR) se cometería una extralimitación en tal absurda interpretación de la Ley.

Estimado Doctor Zúniga, tal como hemos analizado y por todos los argumentos jurídico-técnicos antes desarrollados, podemos afirmar que en cumplimiento y respeto a la Ley y Reglamento de Seguridad Social, no existe obligación de (Asociación) de inscribir ni retener en concepto de Seguro Obligatorio a quienes presten servicios profesionales o independientes, a favor de (Asociación).

Sin más por el momento, nos despedimos con las muestras de nuestra estima quedando a sus órdenes para cualquier ampliación al respecto.

**Théodulo Báez Cortés
(Firma)**

Como se puede observar, las Asociaciones sin Fines de Lucro, género jurídico al que pertenecen las Asociaciones microfinancieras sujetas del presente estudio, no se encuentran en la obligación de tener que inscribir ni retener, en concepto de seguro obligatorio, a quienes les presten servicios profesionales e independientes.

La situación anteriormente analizada es muy común en el actuar administrativo de las microfinancieras. Acarrea consigo muchas interpretaciones y dolores de cabeza para contadores y personal de administración y recursos humanos de estas instituciones al momento de hacer efectivo el pago por este tipo de servicios; es de ahí que nació la importancia para abordar el tema.

En las Asociaciones microfinancieras trabajan, tanto personas que han sido contratadas bajo la modalidad de contratos laborales por tiempo determinado e indeterminado, como personas que son contratadas para prestar servicios específicos, llámese: mensajería, cobros especiales, conductores, mantenimiento esporádicos, etc.

Con el análisis anteriormente abordado, ha quedado más que claro que este tipo de servicios prestados a las microfinancieras no son objeto de retención ni es obligación de la institución el inscribirles, como se ha querido imponer en la práctica.

E. Código Civil de la República de Nicaragua (C)

La Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro, (Ley 147/92), determina como ley supletoria, en lo no previsto, el Código Civil, especialmente el Libro I, Título I, Capítulo XIII, De las Personas Jurídicas, artículo 76 y siguientes. Estas disposiciones son aplicables tanto a las asociaciones como a las fundaciones⁴⁸.

Las asociaciones se distinguen de las sociedades porque su fin es distinto, especialmente en: a.- no perseguir lucro en provecho personal para los asociados y b.- el patrimonio no pertenece en todo o en parte a ninguno de sus miembros, ni pueden ser afectados por las obligaciones salvo que sean

⁴⁸ Art. 27 Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro: “En todo lo que no estuviere previsto en la presente Ley y no se oponga a ella, se estará a lo dispuesto en el Libro I, Título I, Capítulo XIII del Código Civil.”

constituidas personalmente. Si se extingue la personalidad jurídica el patrimonio es destinado acorde con lo dispuesto en sus estatutos, caso contrario, pasará a ser propiedad del Estado (Art.191 C.).

D. Código Penal de la República de Nicaragua. (PN)

El Art. 6 de la Ley No.176-94 (Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares) vigente se lee: "Los Jueces civiles en las causas que llegasen a su conocimiento, deberán declarar de oficio en la sentencia la nulidad de los contratos, cuando estén estipulados intereses que excedan de lo establecido por la ley." Y en el Art. 7. "La nulidad podrá ser alegada como acción o como excepción".

Este precepto, relacionado con el Art.3 de la Ley No176/94⁴⁹, que *"considera autor del delito de usura a la persona que exija de sus deudores, en cualquier forma, un tipo de interés superior al establecido en el artículo anterior"*. El artículo anterior es el Art.2, que fija la tasa ponderada de Interés y deja claro que solamente se deben cobrar los intereses que mensualmente calcula y publica el Banco Central.

1. De las acusaciones por Delito de Usura

Dentro del nuevo Código Penal está incorporado en el Capítulo XII la figura del delito de Usura bajo el Art. 263 PN, cuya ámbito de aplicación, abarca a las personas que actúan como representantes legales, apoderados, administradores y directivos de una Entidad Jurídica; razón por la cual y a través de este estudio pretendo en forma breve y resumida definir paso a paso la acusación por delito de usura a la que están expuestas las Asociaciones sin Fines de Lucro y su personal.

⁴⁹ Ley No. 176-94, Ley Reguladora de Préstamos entre Particulares. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial, del 16 de junio de 1994.

1.1. Definición

De acuerdo al diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales⁵⁰ del tratadista español Manuel Osorio, la Usura es “el interés” que se lleva por el dinero o el género en el contrato de mutuo o préstamo. Es decir el interés excesivo en un préstamo. En esta segunda acepción, algunos legisladores, como es nuestro caso, llegan a configurarla como hecho delictivo.

Pero en materia civil, la Usura como tal constituye un vicio que da lugar a la nulidad del acto jurídico tachada de usurario.

En cambio para nuestra Legislación Penal, el nuevo Código Penal⁵¹ en su Art. 263 define como delito de usura:

“Quienes a cambio de préstamo u otra obligación jurídica en cualquier forma, por sí o para otros, COBRE INTERESES u otras ventajas pecuniarias o haga otorgar Recaudos o Garantías superiores a las tasas de Interés establecidas en la Ley Reguladora de Préstamos entre particulares (Ley 176/94) y sus reformas, Ley 374/01, y otras leyes de la materia, será penado con prisión de uno a cuatro años y de cien a mil días multa.”

El concepto anterior y la imposición de la pena se hace extensivo al que adquiera, transfiera o haga valer un crédito usurario y al que exija a sus deudores en cualquier forma, un interés superior al indicado en el párrafo anterior, aún cuando los intereses se encubran o disimulen bajo otras denominaciones. Y a quien capitalice “intereses con el fin de cobrar intereses sobre intereses”.

Pero cabe señalar que este último concepto va dirigido al prestamista individual o habitual, porque la pena es mayor ya que la agravante de encubrir o disimular el acto de prestar bajo otras denominaciones incluso incrementa la pena.

⁵⁰ OSORIO MANUEL, “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. 1ª edición. Editorial Haria México 1993, Pág. 339.

⁵¹ Ley No. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 83,84,85, 86 y 87, los días 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo de 2008. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

Por establecer un supuesto: las microfinancieras no pueden facilitar un préstamo y simular una garantía con una Dación en Pago, una compra-venta, una retroventa, etc., porque distorsionarían su propia naturaleza, es por tal razón que la parte infine del Art. 263 CP establece una pena mayor y dice : “la pena será de quinientos a mil días multa, y de 2 a 5 años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período de la condena, para ejercer, cargo, profesión u oficio, si el autor fuere “prestamista habitual”, que no es el caso de las microfinancieras ya que éstas son *personas jurídicas y no prestamistas, porque prestamista es la persona natural que habitualmente presta.*

Para el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, es importante que a la hora de ventilar o enfrentar este tipo de delito, se tenga claro argumentar la legitimidad del cobro, el origen de la acción, y, la base legal y el fundamento. No es lo mismo acusar del delito de Usura a una persona jurídica cuya actividad está normada por leyes, controlada y supervisada por un ente del Gobierno, y sobre todo autorizada debidamente para ejercer la actividad de prestar a los pequeños negocios, sobre los cuales descansa en gran medida la economía de la Nación; que acusar por el mismo delito a una persona natural, cuyo objeto y fin último es el lucro, la ganancia, y en la mayoría de los casos son préstamos onerosos y razón por la cual se justifica que la pena sea mayor.

De manera que cuando se trate de debatir el concepto de usura, hay que tomar en cuenta estas diferencias, pero también las Asociaciones Microfinancieras deben tener cuidado a la hora de redactar los contratos, que estos estén elaborados y fundamentados en la ley y la Constitución.

1.2. ¿Quiénes pueden ser sujeto del delito de Usura?

Según el Código Penal en su Art. 45 define la Usura como el actuar en nombre de otros⁵².

⁵² Art. 45, Ley 641, Código Penal de la República de Nicaragua: “La persona que actuando como Directivo Administrativo de Hecho o de Derecho u órgano de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho salvo en la calidad del autor subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente

Es decir que todas las personas que actúen en cuales quiera de las calidades o condiciones antes descritas, para nuestra legislación penal, son personalmente responsables por los delitos y faltas según lo define el nuevo Código Penal.

De estas definiciones se colige, que un simple apoderado, por el hecho de representar a este tipo de Asociaciones microfinancieras, pueden en cualquier momento ser consideradas sujetos activos de la comisión del Delito de Usura, lo cual constituye una abierta violación en particular a los Derechos Constitucionales de todos los profesionales del Derecho, que para este efecto solo representan a la institución financiera de conformidad a la competencia que les da la Legislación Civil en materia de Mandato (Título XVI-CC), cuyos actos jurídicos, judiciales o extrajudiciales están especificados en cada Mandato, entiéndase todo tipo de Poder, por cuanto el mandatario no tiene mayor responsabilidad que los que confiere su mandante, y que están revestidos de toda legalidad por su fundamento.⁵³

Como se puede identificar, no es lo mismo la Usura que proviene de un particular cuyo ánimo es el lucro excesivo, que imputarle el delito de Usura a una Asociación microfinanciera que está debidamente autorizada por la Asamblea Nacional, mediante Decreto, para dedicarse a ese tipo de actividad.

Como se puede observar se corren riesgos que están pendientes y que en cualquier momento si alguien presenta su demanda y la correspondiente

de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona que cuyo nombre o representación actúe.”

⁵³ Respuesta brindada por la Dra. Sandra Cubhas, quien ha impartido para ASOMIF varios seminarios sobre asuntos penales, cuando le consulté respecto del tema: “Esto implica que un mandatario no puede ser penalmente responsable por los actos, acciones o decisiones de su mandante, como lo plantea el nuevo Código Penal en su Arto. 45, que se contradice con el Arto. 34 del mismo cuerpo de ley, de las Eximentes de Responsabilidad Penal, que en su numeral 7 considera como eximente al que *“actúa en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*. Este concepto define clara y jurídicamente que tanto los profesionales del Derecho, como los representantes legales de las empresas o instituciones, no pueden ser responsables penalmente por actuar en nombre de otro, entiéndase como apoderado.”

acusación penal, los directores o responsables de la entidad, pueden ser objeto de aplicación de las penas mencionadas, pero los argumentos legales para contestar ante este tipo de acusaciones han sido abarcados a cabalidad en el presente capítulo.

CAPITULO III

SITUACION FISCAL DE LA AMF's

Esta es la situación tributaria para las Asociaciones sin Fines de Lucro que se dedican a ofrecer servicios financieros, sus exenciones, exoneraciones e incluso algunos impuestos a los que están sujetas sin importar que la ley y el mismo Estado les atribuya muchas veces el calificativo de “exoneradas de impuestos”.

A. Cuestión Impositiva

En cuanto a cuestiones impositivas hay que diferenciar entre: gravámenes nacionales y gravámenes municipales.

La importancia de la cuestión impositiva es por la especialidad del régimen que se establece en Nicaragua para las Asociaciones, que los exime del pago de impuesto sobre la Renta (IR). Esto es importante, porque debe tomarse en cuenta para determinar de acuerdo a la Ley los nuevos costos de operación de las microfinancieras al amparo de la nueva ley. En su momento, La Ley 257 LEY DE JUSTICIA TRIBUTARIA Y COMERCIAL (ya derogada) en el Art. 15 ordinal 5 establecía: “Están exentos del pago de impuestos... Las Asociaciones, Fundaciones, Federaciones y Confederaciones civiles sin fines de lucro, que tengan personalidad jurídica reconocida, únicamente en lo que se refiere a su patrimonio e ingresos relacionados exclusivamente con el cumplimiento de sus fines propios”. Sin embargo, en la Ley 453⁵⁴, Ley de Equidad Fiscal, publicada en la gaceta del 6 de mayo del 2003, en el Arto.10, de las exenciones, dispone que estarán *exentos* del pago del I. R., “*Las... asociaciones, fundaciones... que tengan personalidad jurídica, sin fines de lucro*”.

⁵⁴ Ley 453, Ley de Equidad Fiscal, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 6 de mayo del 2003. Managua. Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

En el párrafo segundo del mismo ordinal establece una excepción a la exención...”*Cuando estas mismas instituciones realicen actividades remuneradas que impliquen competencia en el mercado de bienes y servicios, la renta proveniente de tales actividades no estarán exentas del pago de este impuesto. Igualmente, no estarán exentas de pago de este impuesto cuando tales personas jurídicas se dediquen a prestar o brindar servicios financiero de cualquier índole y que las mismas estén sujetas o no a la supervisión de la Superintendencia de Bancos...*⁵⁵.

Con base en las mencionadas disposiciones de la Ley, se podría opinar que las AMF’s están obligadas a pagar el Impuesto sobre sus Rentas, pero ello no es así como se explicará más adelante.

B. Obligación de declarar

Por otra parte, el Art. 22, establece que: “...*toda persona jurídica cualquiera que sea la cuantía de su renta bruta aun cuando esté exenta por la ley, deberá presentar ante la Dirección General de ingresos, una declaración bajo advertencia del delito de falsedad en materia civil y penal de sus rentas obtenidas durante el año gravable con los requisitos establecidos en el Reglamento ...*”.

1. Jurisprudencia

1.1. Recurso

A las once y treinta minutos del 30 de octubre del 2002, se recurrió por inconstitucionalidad, en contra de la Ley De Ampliación De La Base Tributaria, ejecutada por la Dirección General de Ingresos (DGI), por cobrar impuestos sobre la renta (IR) a las asociaciones de microfinanzas, argumentando que las asociaciones no tienen renta que percibir ni dividendos que distribuir y, por consiguiente, no se reparten entre las que integran la Asociación, sino que se aplican acorde con sus objetivos. Hay que tener presente que lo dicho en este

⁵⁵ Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teóduo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

aspecto para las Asociaciones vale, con mucha mayor razón, para las Fundaciones.

1.2. Sentencia

Este recurso fue resuelto favorablemente por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No.141 de las 10:AM del 23 de octubre de 2003 a favor del recurrente, declarando inconstitucional el cobro del IR a las asociaciones, al establecer una carga impositiva que es propia de quienes generan rentas.

La parte conducente de la sentencia aludida dispone: “Que las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, no están sujetas al pago del Impuesto Sobre La Renta (IR), por la razón sencilla que no perciben renta, puesto que sus excedentes son destinados a sus objetivos y no son distribuidos. Las fundaciones ni siquiera tienen asociados.”

A pesar de la sentencia mencionada, la DGI pretende el pago del IR, pero la Asociación Nicaragüense de Instituciones de Microfinanzas (ASOMIF) ha indicado a sus asociados abstenerse de pagarlo. Alega la DGI que la Ley recurrida fue derogada, pero en el considerando II de la sentencia, se plantea la Corte Suprema que aunque la Ley De Ampliación De La Base Tributaria, fue posteriormente derogada por la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal, formalmente estaba derogada pero no materialmente, porque la misma disposición esta incorporada textualmente en la norma derogatoria.

ACODEP, una Asociación microfinanciera, presentó ante la Corte Suprema de Justicia, otro recurso de amparo contra la Dirección General de Ingresos por intentar cobrar el IR. Tal recurso está pendiente de Resolución

De manera pues que las Asociaciones tienen obligación legal de presentar ante la Dirección General de Ingresos, declaración de sus excedentes obtenidos durante el año gravable, a pesar de estar exenta del pago del IR.

C. Impuesto al Valor Agregado (IVA)

1. Creación. Sujetos Obligados y Traslación

En su Art, 3, la Ley No.453-03, dispone: *“Crease .el Impuesto al Valor Agregado (IVA), que grava los actos realizados en territorio nacional sobre las actividades siguientes: 1.- Enajenación de bienes. 2.- Prestación de servicio. 3.- importación e Internación de bienes. El IVA no formará parte de su misma base Imponible, y no será considerado ingreso a los efectos del Impuesto sobre la Renta o tributos de carácter municipal”.*

2. Exenciones

En el Art. 20., la ley de manera general exonera del pago del IVA a *las “fundaciones religiosas que tengan personalidad jurídica...”.*

Respecto a los *Servicios*, están exentos *“Los intereses de prestamos otorgados por las instituciones financieras y las asociaciones y fundaciones civiles con o sin fines de lucro, autorizadas, sujetas o no a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos*

Este impuesto tiene que ser trasladado a la persona que recibe el servicio, hace la enajenación o importación o interacción de bienes. Lo importante de lo establecido en el Art.54, 9) es la exención para los *“Los intereses de prestamos otorgados por las... fundaciones civiles sin fines de lucro,”*⁵⁶

En caso la Asociación demande uno de esos servicios, realice una enajenación, importación o internación de bienes, deberá pagar el impuesto correspondiente, pues le será cobrado por el responsable recaudador, a menos que se obtenga una constancia de la DGI de estar exento⁵⁷.

⁵⁶ Nicaragua: Índice de Leyes y Decretos (1990-1996). Julio Francisco Báez Cortés/Teódulo Báez Cortes, 1^{ra}. Edición, Imprimatur, Julio 1997.

⁵⁷ Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teódulo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

D. Gravámenes Municipales

1. Creación

Estos gravámenes se rigen por: **a.-** el Decreto No.455-89, “Plan de Arbitrios Municipal”⁵⁸; **b.-** el Decreto No.3-95, “Impuesto Sobre Bienes Inmuebles”⁵⁹, (IBI) **c.-** la Ley No.452-03, “Ley de Solvencia Municipal”⁶⁰, que es complementaria del Decreto No.455-89. y **d.-** Ley De Régimen Presupuestario Municipal, Ley No.376-01, La Gaceta No.67 del 4 de abril del 2001.⁶¹

2. Los Impuestos

Son las obligaciones en dinero a favor de la municipalidad para las personas que se identifican con las situaciones consignadas en los Planes de Arbitrios o en la Ley, para el sostenimiento del gobierno local.⁶²

Los impuestos son los siguientes: Matriculas y licencias.- Sobre Ingresos, sobre ventas, sobre ventas y servicios, sobre rodamiento, bienes inmuebles y otros.

3. Tasas

Son las obligaciones que en dinero establecen las Alcaldías para las personas que reciben un servicio, usan bienes municipales públicos o se benefician de alguna actividad edilicia. Las Tasas pueden ser por aprovechamiento o por servicios.⁶³

Las microfinancieras están exentas de varios impuestos y tasas y, en algunos casos los impuestos municipales se pueden negociar con las Alcaldías.

⁵⁸ Decreto No. 455-99. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 144 del 31 de Julio de de 1989. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/Decreto_455-89.htm

⁵⁹ Decreto No. 3-95, Aprobado el 31 de Enero de 1995. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 21 del 31 de Enero de 1995. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/Decreto3-95.htm

⁶⁰ Ley No. 452. Ley de Solvencia Municipal. Aprobada el 9 de Abril del 2003. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 90 del 16 de Mayo del 2003. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/Ley452.htm.

⁶¹ Ley De Régimen Presupuestario Municipal, Ley No.376-01, La Gaceta, Diario Oficial No.67 del 4 de abril del 2001. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/

⁶² Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teódulo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

⁶³ Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teódulo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

La relevancia en cuanto a la tributación, esta referida a la exención por los impuestos sobre la renta. En sus actividades y transacciones las microfinancieras están sujetas a la legislación tributaria vigente

E. Impuesto Municipal del 1% sobre Ingresos

El Art. 4 del Plan de Arbitrios de Managua, Decreto 10-91; establece que están exentas de este impuesto sobre ingresos las Instituciones indicadas en el art. 15, de la Legislación Tributaria Común.

Por su parte, el citado art. 15, de la Legislación Tributaria Común, Decreto No.713; precisamente en su numeral 5), exonera del pago de impuestos a las Asociaciones, Fundaciones, Federaciones y Confederaciones Civiles sin fines de lucro, por los ingresos relacionados a sus fines.

En consecuencia, la exoneración es taxativa.

Conviene aclarar que la ley No.257, Ley de Justicia Tributaria y Comercial, aprobada por el actual Gobierno, precisamente ratifica dicha exoneración, al indicar que quedan vigentes las exoneraciones previstas en la Legislación Tributaria Común, según lo indicado en el art. 30, numeral 7), de la Ley de Justicia Tributaria y Comercial.

CAPITULO IV

LEY ESPECIAL DE ASOCIACIONES DE MICROFINANZAS

Capítulo dedicado al análisis de la Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas, su incidencia en el sector y la situación actual.

A. Antecedentes

Desde principios del 2002 existe en la Asamblea Nacional un proyecto dominado: “Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas”, auspiciado por ASOMIF, el cual se convirtió en ley hasta en abril de 2003, que fue discutida y aprobada en lo general. Tal Ley Especial no ha sido promulgada puesto que falta su discusión y aprobación en lo particular por la Asamblea, la sanción del Presidente de la República y la publicación.

La principal preocupación que ha generado en círculos de Gobierno, Superintendencia y ante algunas misiones del Banco Mundial, es que se autorice la captación de ahorro público desde instituciones no reguladas y esta Ley establece entre las prohibiciones contenidas en el Arto.20 , inciso a), *Captar depósitos del Público, bajo cualquier modalidad.*

El ahorro significa, un costo financiero mas bajo por el lado de la captación de fondos sujetos a un interés determinado por el mercado, pero también implica un costo administrativo por el manejo de muchas pequeñas cuentas de alta rotación, con el consecuente costo de aprendizaje para muchas asociaciones desconocedoras de este tipo de operaciones.

B. Observaciones a la de Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas

La Ley tiene por objeto regular la organización, registro y funcionamiento de las microfinancieras creadas bajo las figuras de asociaciones y fundaciones civiles sin fines de lucro, cuya finalidad principal es otorgar pequeños préstamos a

personas naturales y jurídicas, urbanas o rurales, que realizan actividades de producción, comercialización, servicios y otras.

Esta ley beneficia a otras personas jurídicas o naturales dedicadas a la misma actividad, con la disposición derogatoria contenida en su Art. 40⁶⁴, que prescribe:

‘Esta Ley deroga el artículo 5 de la Ley de Reforma a la Ley de Préstamos entre Particulares, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, del 16 de abril de 2001 y cualquier otra disposición legal que se le oponga:

De conformidad al Art. 19 de la Ley Especial, la Tasas de Interés se fijará *“En los contratos que las AMF celebren con sus clientes, éstas podrán pactar la tasa de interés en la forma dispuesta en el Artículo 46 de la Ley General de Bancos, Otras Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros. En caso de mora podrán cobrar, en adición al interés corriente pactado, una tasa moratoria no mayor a una cuarta parte de aquellos”*.

El Artículo referido de la Ley General de Bancos⁶⁵, dice: *“Artículo 46.-En los contratos que los bancos celebren con sus clientes, éstos podrán pactar libremente las tasas de interés. Por consiguiente, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a este artículo.”*

De mantenerse este mandato será de gran beneficio para la industria en general, pues desaparece la tasa de interés ponderada a que alude el artículo derogado. La Ley no pretende regular en general la prestación de servicios de microfinanzas, sino el funcionamiento de un tipo de instituciones dedicadas a estos servicios: Las otras Personas Jurídicas sin fines de lucro o mercantiles podrán, desde sus propias actas constitutivas, acogerse a tal disposición, pues

⁶⁴ Propuesta: Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas. Asamblea General de la República de Nicaragua. Julio 2003. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

⁶⁵ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 232, Octubre 2005. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

entraría en vigencia el Art.2 de la Ley 176-94, que fija la tasa en el interés más alto que cobran los bancos más el 50% de esa tasa.

1. Estructura

La Ley está compuesta de diez capítulos y 41 artículos y esta dirigida su aplicación a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, haciendo una distinción entre las entidades ya constituidas y las que se constituirán en el futuro.

2. Comisión Reguladora

La ley crea la Comisión Reguladora de Entidades de Microfinanzas⁶⁶, integrada por la Superintendencia de Bancos, quien la preside, el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio y el Ministerio de Gobernación, a cuyo cargo estará el Registro de las mismas emitiendo certificación mediante la cual autoriza el funcionamiento de la microempresa de reciente creación después de haber cumplidos los requisitos exigidos.

Para las AMF's existentes, la certificación la emitirá la Superintendencia. Sus facultades son vigilar el cumplimiento y observación de las normas, estatutos y reglamentos aprobados para las asociaciones de microfinanzas.⁶⁷

3. Registro

El Art. 3 exige a las microfinancieras registrarse puesto que afirma: *“una vez constituidas, **deberán** solicitar su registro en la Superintendencia de Bancos...”*.

⁶⁶ Art. 23 Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas: “La Comisión Reguladora: Se crea la Comisión Reguladora de Entidades de Microfinanzas, adscrita a la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, con facultades de vigilar el cumplimiento y observación de las normas, estatutos y reglamentos aprobados para las Asociaciones de Microfinanzas ; la que estará integrada por tres miembros: el Superintendente de Bancos, o su delegado, quien la presidirá, un delegado del Ministerio de Fomento Industria y Comercio (MIFIC) y un representante del Ministerio de Gobernación.”

⁶⁷ Además de esas facultades la Comisión Reguladora tiene otras funciones y atribuciones, como es aprobar las normas prudenciales, contables, de registro y funcionamiento aplicables a las AMFs (Asociaciones Microfinancieras).

¿Qué sucederá con aquellas que no puedan cumplir con los requisitos exigidos para ser registrados? Se estima que deberán acogerse a la Ley Reguladora de Prestamos entre Particulares, porque ya fue aplicada a personas jurídicas, caso contrario estarían al margen.

4. Estados Financieros

La Ley establece que las AMF's formularán estados financieros de manera mensual y al cierre del ejercicio anual (31 de diciembre de cada año); al mismo tiempo establece que se remitirá copia de los mismos a la Comisión Reguladora dentro de los veintiún días posteriores.

El mismo artículo, en su segundo párrafo, establece que la Asamblea General de la AMF deberá celebrar Sesión Ordinaria para conocer y resolver sobre los Estados Financieros del cierre del ejercicio, mismos que deberán ser auditados por una firma de auditoría interna autorizada por la Comisión Reguladora, debiendo remitir a ésta un ejemplar de los mismos, con sus notas y anexos, a más tardar el 30 de abril de cada año.

Como primera observación se tiene que las AMF's, como Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, tienen la obligación, de conformidad con el Artículo 13 de la Ley No. 147, Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, de remitir al Ministerio de Gobernación (Departamento de Registro y Control de Asociaciones), sus balances contables al finalizar el año fiscal. Lo anterior significa que las AMF's deberán remitir sus estados financieros tanto a Gobernación, como habitualmente han venido haciéndolo por disposición de la Ley, y además deberán remitirlos 21 días posteriores al cierre del ejercicio anual a la Comisión Reguladora. Como se puede observar, en este y en otros aspectos, se evidencia una doble regulación.

Como segundo aspecto tenemos que en el mismo artículo se establece que la Asamblea General de la AMF deberá celebrar Sesión Ordinaria para conocer y resolver sobre los Estados Financieros del cierre del ejercicio, mismos que

deberán ser auditados por una firma de auditoría interna autorizada por la Comisión Reguladora, debiendo remitir a ésta un ejemplar de los mismos, con sus notas y anexos, a más tardar el 30 de abril de cada año. Lo anterior significa que en la reforma de la Escritura de Constitución y de Estatutos que toda Asociación ya existente obligatoriamente deberá realizar para ser inscrita y posteriormente autorizada para operar como AMF que plantea el artículo 5, inciso b), de esta Ley, se deberá consignar que la Asamblea General Ordinaria de la Asociación deberá efectuarse cada año entre el mes de enero y el mes de abril obligatoriamente; la anterior afirmación basándonos en que el artículo establece que la Asamblea General deberá conocer y resolver respecto de los estados financieros del cierre del ejercicio (31 de diciembre de cada año, de conformidad con el mismo artículo 10) y remitir un ejemplar de los mismo a la Comisión con sus notas y anexos, a más tardar el 30 de abril de cada año. Lo expuesto anteriormente es una interpretación que hemos hecho a raíz de lo que plantea el artículo 10 de la Ley. Al no establecer la misma Ley de manera taxativa que de esta manera es que se pretende que se lleve a cabo cada año, cabe la posibilidad de que surjan diversas interpretaciones al respecto y que no se remita tal ejemplar en tiempo y forma. Lo anterior, partiendo del hecho de que cada Asociación ya existente tiene estatutariamente establecido el día o el mes en que debe celebrar su Asamblea General Ordinaria. Al establecerse en dicho artículo la obligación de que cada AMF deberá celebrar una Asamblea General Ordinaria para conocer y resolver los estados financieros del cierre anual y remitir un ejemplar de estos a la Comisión a más tardar al 30 de abril de cada año, se está obligando tácitamente a las Asociaciones a que todas (las que someterán a esta Ley para efectos de prestar servicios financieros) celebren su Asamblea General durante ese periodo.

Como es sencillo identificar, existen ciertos vacíos en los artículos de esta ley; vacíos que permiten que surjan muchas formas de interpretación. Lo ideal en este sentido sería establecer en un artículo taxativamente cuales con los requerimientos específicos que cada Asociación ya existente debe reformar de su Acta Constitutiva y/o Estatutos para ser sujetos y cumplir con todos los

requerimientos que establece la Ley. Al mismo tiempo, es recomendable que en el caso del artículo que presenta los requisitos de las Asociaciones recién constituidas y que solicitan registro ante la Comisión Reguladora, se establezca que la Escritura de Constitución y Estatutos de este tipo de Asociaciones deberán establecer obligatoriamente que su Asamblea General Ordinaria deberá efectuarse entre el mes de enero y el mes de abril de cada año. Lo anterior a efectos de evitar que una Asociación recién constituida una vez sometándose a todo lo dispuesto en esta ley tenga que reformar obligatoriamente sus Estatutos cuando identifiquen que la ley imperativamente establece que antes del 30 de abril deben remitir un ejemplar de los estados financieros, ya discutidos y aprobados por la Asamblea General, a la Comisión Reguladora, y estos, por Estatutos, hayan establecido la fecha de celebración de su Asamblea General Ordinaria Anual en el mes de Agosto, por citar un ejemplo.

5. Impedimentos para ser Director

Este artículo de la Ley establece un listado bastante taxativo de quienes son las personas impedidas para ser miembros de la Junta Directiva de una AMF.

Ante la posibilidad de que en los Estatutos de una Asociación ya existente no se haya contemplado uno de los supuestos de impedimentos establecido en este artículo y se haya permitido a lo largo de los años de funcionamiento de dicha Asociación ser miembros de la junta directiva a Asociados directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otra Asociación de Microfinanzas o de la Banca Comercial; es lógico pensar que al entrar en vigencia esta Ley y someterse la AMF a las disposiciones de la misma, esta se trataría de una situación que no puede continuarse suscitando. Sin embargo, también es lógico decir y aclarar en la misma Ley que cuando las Asociaciones reformen sus estatutos deberán hacerlo tomando en consideración todos y cada uno de los puntos de la presente Ley que se contradigan con lo que ya tienen establecido en sus Estatutos. Al establecer la Ley en el artículo 5, inciso b), únicamente que: *“Las fundaciones y asociaciones civiles sin fines de lucro ya existentes, que realizan actividades de microfinanzas, **deberán para ello***

ser sujetos de la presente Ley, presentando ante la Comisión Reguladora una solicitud de registro acompañada de los documentos siguientes: ... b) Copia de la Escritura de Constitución y/o Estatuto reformados”; deja muy a la deriva cuales son los aspectos que específicamente deben reformarse y que, de no reformarlos, van a ocasionar contradicciones con las disposiciones de la Ley. Dicho lo anterior, tal y como expusimos en las observaciones realizadas al artículo anterior (artículo 10), recomendamos que se establezca en un artículo taxativamente cuales con los requerimientos específicos que cada Asociación ya existente debe reformar de su Acta Constitutiva y/o Estatutos para ser sujetos y cumplir con todos los requerimientos que establece la Ley.

6. Del Patrimonio y Reservas

Este tema fue objeto de discusión sobre diversas cifras porque hay microempresas que no disponen del capital social mínimo de DOSCIENTOS MIL DOLARES, establecidos en la ley. Además, concede plazo de dos años para integrarlo a quienes no lo tengan.

Dispone la creación de reservas y la prohibición de distribuir los excedentes sociales.

7. Administración

Los nombramientos de los miembros de junta directiva, deben ser notificados a la Superintendencia, al igual que el ejecutivo principal y Auditor Interno.⁶⁸

8. Operaciones

El Art. 17 limitó tanto las operaciones activas como las pasivas. Con relación a las activas no fueron autorizadas las operaciones que se demandaron, tales como arrendamiento financiero, factoreo, fideicomiso, etc.

⁶⁸ Hay que recordar que la Superintendencia tiene la facultad de vetar cualquiera de esos nombramientos.

9. Tasa de Interés

El Art.19 de la Ley en este aspecto remite al Art. 46 de la Ley General de Bancos, el cual prescribe: *“En los contratos... .. podrán pactar libremente las tasas de interés”*

10. Prohibiciones

Además de la de captar depósito del público bajo cualquier modalidad, también prohíbe efectuar otras operaciones activas o pasivas no contempladas en la presente ley.

11. Régimen Tributario

Las actividades de las AMF's, se regirán conforme a la legislación tributaria que ya fue expuesta en capítulos anteriores.

12. Los Costos de Registro y Supervisión

La Comisión Reguladora tendrá una Secretaría cuya supervisión y operación serán por cuenta de las AMF's registradas. Para determinar tales costos la Comisión establecerá un parámetro o método de asignación de los mismos. A pesar que las AMF están inscritas en el Ministerio de Gobernación deberán hacerlo en la SIB.

13. Sanciones

El Art. 27 establece sanciones que van, desde amonestaciones pasando por multas un mil dólares por presentación tardía de los estados financieros, hasta multas de carácter personal entre cinco mil a quince mil dólares (US\$15,000.00), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que amerite el caso.⁶⁹

⁶⁹ La Ley no establece la facultad de poder recurrir en contra de esas sanciones, en cambio los bancos sí pueden hacerlo.

14. Contratos de Crédito

Manda el Art. 29 que el contenido de los contratos deben ser expresados claramente, especialmente la tasa de interés y su forma de cálculo. Autoriza a cobrar comisiones administrativas.

15. Fondo de Garantía

Autoriza establecer en los contratos de préstamos, que el deudor durante el plazo del mismo, constituya un fondo de garantía hasta por el 15% del monto financiado, excepto cuando este garantizado con prenda o hipoteca, el cual será restituido con más los intereses y mantenimiento de valor al cancelar el préstamo.⁷⁰

B. Críticas a algunos artículos de la Ley

1. Artículo 14: Representación: El segundo párrafo de este artículo establece que **los poderes** otorgados por la Junta Directiva o el Principal Ejecutivo, deberán ser inscritos en el Libro Tercero de Poderes del Registro Público Mercantil correspondiente, con excepción de los mandatos judiciales.

Observaciones: El citado artículo se considera muy fuera de lugar por las siguientes razones: la primera, los costos. Si se está hablando de reducir costos en cuanto al Registro Público (recordemos que el artículo 37 de la misma Ley establece que las inscripciones en el Registro Público **de los contratos de préstamos otorgados o recibidos por AMF**, gozarán de un descuento del 50% de los aranceles registrales), no puede ser posible ahora que **CADA** poder que otorgue la Junta Directiva o el Principal Ejecutivo tenga que registrarse en el Libro de Poderes del Registro Público Mercantil.

La Ley generaliza cuando únicamente establece “los poderes”. Lo anterior se traduce en que un Poder Especial otorgado por el Principal Ejecutivo a cualquier empleado para gestiones en el Registro de Tránsito de la Policía Nacional, por citar un ejemplo, deberá ser inscrito en el Registro Mercantil; y si

⁷⁰ Esto puede entenderse como ahorro forzoso al reconocer al depositante intereses y mantenimiento de valor; en realidad solamente se exige cuando el financiamiento se concede sólo con garantías personales, pues en caso de garantías reales no se demanda tal depósito en garantía.

al día siguiente a la asistente administrativa del gerente general le solicitan en cualquier empresa un Poder para poder realizar cualquier gestión, compra o pago en nombre la Asociación, también deberá inscribirse dicho Poder en el Registro Mercantil. De manera pues que tal disposición representa mayores costos, procedimientos burocráticos y no una medida económica para las AMF's.

El Artículo 13 del Código de Comercio de Nicaragua establece claramente que en la cabecera de cada departamento se llevará un Registro Público de Comercio compuesto de cuatro libros independientes. En el tercer libro se inscribirán: ... g) Los poderes que los comerciantes otorguen a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios mercantiles y sus revocaciones o sustituciones, y los Poderes Generales y Generalísimo que otorguen y sus revocaciones.

Como se logra identificar claramente, ni a los comerciantes se les obliga por disposición legal a inscribir Poderes Especiales que otorguen a cualquier empleado para cualquier gestión.

2. Artículo 20: Prohibiciones: Este Artículo presenta el listado de prohibiciones para las Asociaciones de Microfinanzas.

Observaciones: Se debe recordar que el Arto 17, establece cuales son tanto las operaciones activas como las pasivas que las AMF pueden realizar. Con relación a las activas no fueron autorizadas las operaciones que actualmente las AMF demandan, tales como arrendamiento financiero, factoreo, fideicomiso, etc.; por lo que se considera que se restringe demasiado campo de acción y de productos financieros que puede ofrecer una AMF.

3. Artículo 21: Sigilo de las Operaciones: Este Artículo establece que las AMF's no podrán dar información de las operaciones que celebren con sus deudores, acreedores y donantes, salvo cuando lo autorice expresamente el cliente o el acreedor o el donante, o cuando lo pidiese la autoridad judicial en

virtud de providencia dictada conforme la ley. Quedando exentas de esta disposición la información solicitada por instituciones financieras reguladas, las publicaciones que por cualquier medio de comunicación realicen las AMF de los nombres de clientes en mora, la información solicitada por sus proveedores de fondos y la información de carácter general solicitada por instituciones gubernamentales, universidades, organismos internacionales y agencias de cooperación, asociaciones y empresas, con el propósito de realizar estudios sobre las actividades del sector.

Observaciones: Como se logra observar, en las excepciones contenidas en dicho artículo, no se encuentra por ninguna parte la de la **DOCUMENTACION** que soliciten los mismos deudores o personas involucradas en el crédito. Significa entonces que lo anterior puede traducirse en que si un deudor, fiador solidario o fiador hipotecario en su debido momento solicita copia de algún documento a la AMF relacionada con algunos aspectos de su mismo crédito, la AMF podrá ampararse en “Sigilo Institucional” basándose en que al legislador se le escapó incluir a los deudores o personas partes de la relación de crédito en el listado de excepciones del artículo 21? . Según las disposiciones de este artículo, es una de las muchas interpretaciones que podrían surgir.

Como práctica de las AMF se acostumbra no entregar copias del contrato de Mutuo a los deudores (práctica ilegal por violar las disposiciones de la Ley del Notariado) e inclusive copia de ningún documento del expediente de crédito, alegando “Sigilo Institucional”. Si el artículo en cuestión se ratifica de esta manera, se legalizan todas estas prácticas. El artículo únicamente se refiere a “Información”, dejando totalmente por fuera a los documentos.

4. Artículo 23: La Comisión Reguladora: Dicho Artículo de la Ley establece la conformación de la Comisión Reguladora. Establece que es una comisión adscrita a la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, con facultades de vigilar el cumplimiento y observación de las normas, estatutos y reglamentos aprobados por las AMF’s.

Observaciones: En el citado artículo, además, se establece que dicha comisión estará compuesta por el Superintendente de Bancos, *o su delegado*,

quien la presidirá, *un delegado* del Ministerio de Fomento Industria y Comercio (MIFIC) y *un representante* del Ministerio de Gobernación. Al parecer todo se encuentra claro y muy bien definido por la Ley, pero no es así. ¿Dónde se establece el mecanismo para designar a estos “delegados”, o en el caso del Ministerio de Gobernación “representante”? ¿En que parte de la Ley se dice que el Consejo Directivo de la SOBOIF, MIFIC, o MIGOB celebrará una sesión en la que aprobará la designación de X funcionario como delegado de dicha institución para la Comisión Reguladora de Entidades de Microfinanzas, y que dicha resolución deberá consignarse en Acta suscrita por todos los miembros del Consejo, misma que deberá ser Certificada por Notario y circulada su copia entre todos los representantes de las AMF’s, o bien, publicada en un diario de circulación nacional, para que de esta manera todos los Asociados, representantes, directivos, funcionarios y empleados, de una AMF puedan conocer los nombres de las personas que están al frente de la Comisión que los regula?

Como se puede constatar, la Ley deja muy a la deriva este asunto de los “delegados” y “representantes”. No podría acaso haber la posibilidad de que la Comisión determine a lo interno que esta delegación o representación se hará mediante una carta suscrita por el titular designando a X funcionario para comparecer a X sesión? Lo anterior no ocasionaría cierta inseguridad al no poder conocer a ciencia cierta quien es la persona específica que ocupa el cargo dentro de la Comisión? ¿Acaso los miembros de la comisión no podrían variar de sesión en sesión y esto perjudicar el seguimiento de temas en la toma de decisiones importantes y definitivas? El único caso expreso en la Ley es el del Superintendente de Bancos, en los demás podría ser cualquiera que trabaje en el MIFIC o en el MIGOB según esta Ley.⁷¹

¿No debería existir en la Ley un mecanismo expreso para establecer a los delegados por cada institución por un período específico y un procedimiento de nombramiento, por ejemplo 1 año y el perfil para el cargo?

⁷¹ La supervisión y regulación de las microfinancieras, no se llevará a cabo por medio de un organismo especializado capaz, pues el Ministerio de Fomento, Industria y Comercio (MIFIC), el Ministerio de Gobernación, ni la misma Superintendencia, (Comisión Reguladora), cuentan con experiencia en estos menesteres.

El costo de mantenimiento de la Comisión Reguladora y de operación de su Secretaría será por cuenta de las AMF's.

La Comisión Reguladora tendrá una Secretaría cuya supervisión y operación serán por cuenta de las AMF's registradas. Para determinar tales costos la Comisión establecerá un parámetro o método de asignación de los mismos. A pesar que las AMF's están inscritas en el Ministerio de Gobernación deberán hacerlo en la SIB.

Los costos se asociaron a la preocupación de la ley:

La experiencia adquirida en otros países parece demostrar que como la industria de las microfinanzas crece, la legislación y la supervisión llega a ser casi imprescindible.

La primera pregunta es ¿cuando y cómo regularla y supervisar? La segunda pregunta, dependiendo de cómo se contesta la primera pregunta, es quién o qué regular (la actividad o los ciertos tipos de AMF?).

5. Artículo 31: Fondo de Garantía: Las AMF podrán establecer en los contratos de préstamo, la obligación del prestatario de constituir, durante el plazo del crédito y en cuotas proporcionales, un Fondo de Garantía por una suma de hasta un quince por ciento (15%) del monto del préstamo que se le otorgue, **excepto cuando sean Prendarias o Hipotecarias**. Dicho Fondo deberá ser liquidado al vencimiento del plazo del préstamo que lo originó **con sus intereses respectivos devengados hasta momento de su liquidación**, salvo que respalde líneas de crédito o repeticiones de préstamos. Los saldos del Fondo de Garantía gozarán de mantenimiento de valor de la moneda y serán inembargables por terceros.

Observaciones: Autoriza establecer en los contratos de préstamos, que el deudor durante el plazo del mismo, constituya un fondo de garantía hasta por el 15% del monto financiado, excepto cuando este garantizado con prenda o hipoteca, el cual será restituido con más los intereses y mantenimiento de valor al cancelar el préstamo.

Esto puede entenderse como ahorro forzoso al reconocer al depositante intereses y mantenimiento de valor; en realidad solamente se exige cuando el financiamiento se concede sólo con garantías personales, pues en caso de garantías reales no se demanda tal depósito en garantía.

6. Artículo 32: Pignoración de Títulos de Reforma Agraria: El artículo establece que Las AMF, por los préstamos otorgados a sus clientes del sector agropecuario, **podrán** recibir en garantía hipotecaria los inmuebles amparados por títulos de Reforma Agraria y tales títulos de crédito serán inscritos por el Registrador en el Registro Público competente.

Observaciones: Podrán? La Ley parece autorizar una práctica que a lo largo de los años siempre han podido realizar las AMF a su propio riesgo. O es que debe entenderse que por quedar consignado en esta Ley el Estado otorgará algún tipo de protección especial a las AMF's que intenten recuperar vía judicial un inmueble con tales características?

De manera pues que a continuación se presenta el siguiente resumen de las ventajas y desventajas que, de ser aprobada sin modificación, traerá la nueva Ley Especial de Microfinanzas.

Ventajas

- Dispone la creación de reservas y la prohibición de distribuir los excedentes sociales.
- La Junta Directiva de una AMF puede estar integrada por Sociedades.
- La tasa de interés se puede pactar libremente al derogar las disposiciones restrictivas de la LEY No374-01, reformadora de la Ley No.176-94.
- Establece la vigilancia mediante auditoria externa y la supervisión por auditores registrados en la Comisión Reguladora de la SIB.
- Otorga identidad propia con la denominación de Asociación de Microfinanzas.

Desventajas

- Mantiene la naturaleza jurídica como Entidades sin fines de lucro.
- La ley no requiere a las AMF's declarar sus tipos de interés eficaces y entregar la lista a la Comisión Reguladora.
- Se mantiene la prohibición de captar ahorros de los clientes a pesar de que serán supervisadas por la SIBOIF.
- La Ley deja muchos aspectos a la interpretación de las partes, no establece ciertos aspectos que, de aprobarse de esta manera, en un futuro existirán contradicciones abismales.
- Las AMF's asumen todo el costo de mantenimiento de la Comisión Reguladora y de operación de su Secretaría, sin incluir algún tipo de apoyo de parte del Estado a través del presupuesto.
- Las sanciones para directivos son demasiado rigurosas. Se establecen sanciones penales para los directores y principal ejecutivo.
- Se restringen servicios no financieros e incluso la suscripción de ciertos contratos como el arrendamiento financiero, el factoreo, etc.

En resumen, la Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas, tiene restricciones y beneficios, los cuales, deben ser influenciados para mejorar la Ley.

C. Aspectos Críticos en el Marco Legal Actual para las AMF's

Por lo expuesto y fundamentado, se puede concluir que con la forzada derogación parcial de la Ley No.176-94, mediante la reformadora Ley No.374-01, ésta acarreó consigo diversas consecuencias negativas para el desempeño de las microfinancieras, afectando a la población más pobre y sin acceso a otras fuentes de financiamientos.

Tales repercusiones negativas se pueden resumir en las siguientes: **a.-** reducción en la sostenibilidad de las AMF's al percibir menos ingresos; **b.-** disminución de la capacidad de prestar; **c.-** simulación en los contratos de préstamos; **d.-** invertir en otros sectores más seguros y de mayores volúmenes;

e.- Recuperaciones con mayores dificultades; **f.-** Encarecimiento del crédito rural; **g.-** escasa transparencia en los costos por servicios; **h.-** reducción de los prestamos a largo plazo por la baja rotación; inversiones más rentables e **i.-** riesgo grave de aplicación de las sanciones contenidas en el Código Penal.

El impacto social y económico adverso con la reforma mencionada, no ha sido tomado en cuenta con seriedad por los legisladores, puesto que las microfinancieras tienen presencia en todos los municipios del país y crean puestos de trabajo que son generados por los créditos otorgados por las AMF's.

El proyecto de ley aprobado en lo general desde 2003, traerá un poco de alivio a la angustiosa situación de hoy y todo dependerá de la utilidad práctica en su aplicación y de su pronta entrada en vigencia.

Sin embargo, se sigue considerando muy crítico y poco ético que las microfinancieras continúen operando bajo la figura de Asociaciones Sin Fines de Lucro.

Es pues fundamental crear un marco legal con normas estables y claras que permitan el desarrollo sostenido de las microempresas y, así, poder extender sus servicios financieros a lo largo y ancho del país.

Por otra parte, no hay ninguna medida de protección para las microfinancieras, no hay posibilidades de incidir en la formación de la normativa y tampoco contempla medidas procesales, recursos, para interponer en caso de sanciones. Asimismo no señala, si van a ser los mismos que las dictadas por la Superintendencia para los bancos; la interposición de estos recursos significaran altos costos de transacción solo por el pago de servicios profesionales especializados.

D. Situación Actual

En el mes de enero 2009, el Presidente de la República en uno de sus discursos al norte del país, instó a los productores a que no cancelarían las deudas que tenían con las microfinancieras y que “se tomaran” las sucursales de estas hasta que su situación de endeudamiento fuese resuelta. Este discurso fue uno de los peores errores que ha cometido el presidente Ortega al frente del país. Meses seguidos intento retractarse, pero el daño ya estaba hecho.

Los productores del norte del país se agruparon para darle nacimiento a un movimiento autodenominado “NO PAGO” o Movimiento de Productores del Norte, o bien, de Las Segovias. Dicho movimiento tiene como fin común impulsar una ley que condone parte significativa de la deuda que tienen con las microfinancieras (intereses corrientes y moratorios) y que se suspenda toda acción legal de adjudicación de propiedades que en este momento estén impulsando las microfinancieras en su contra.

A raíz de esa propuesta grupal, los productores del norte y muchos otros clientes que se han sumado a la propuesta alegando que ya han cancelado hasta 3 veces el monto que inicialmente se les financió y catalogando a las microfinancieras de entidades “usureras” han dejado de abonar las correspondientes cuotas a sus deudas.

Tal situación trajo como consecuencia pérdidas significativas para el sector microfinanciero del país y por consiguiente que las Asociaciones microfinancieras no otorguen nuevos créditos por temor a que sus clientes en un futuro no muy lejano se unan al mencionado movimiento y de igual manera con temor de no poder recuperar el capital financiado ni con las garantías inicialmente ofrecidas por el cliente ya que el movimiento de NO PAGO no permite ni una sola adjudicación de propiedad de parte de las microfinancieras.

De manera pues que lo expuesto anteriormente representa únicamente una pincelada de la crisis que actualmente se vive en el país entre los deudores insatisfechos y las Asociaciones microfinancieras. El ambiente se ha tornado entre político y social; político desde el punto de vista del cabildeo que se vive día a día para que dicha Ley de Moratoria sea aprobada y les conceda extensos periodos de gracia a los deudores que traiga como consecuencia la quiebra de varias de estas instituciones por falta de liquidez, y social desde el punto de vista de no dejar sin un techo a miles de familias nicaragüenses que a raíz de tales deudas están al borde de perder sus propiedades.

E. “Ley Especial para el Establecimiento de las Condiciones Básicas y de Garantías para la Renegociación de los Adeudos entre las Instituciones microfinancieras Y Deudores en Mora”

El día martes 13 de Abril de 2010 fue publicada en La Gaceta, Diario Oficial, la Ley No. 716, “Ley Especial para el Establecimiento de las Condiciones Básicas y de Garantías para la Renegociación de los Adeudos entre las Instituciones microfinancieras y Deudores en Mora”.⁷²

Los municipios del norte del país, los más afectados por los cobros de las microfinancieras serán de los más beneficiados por la Ley 716, Ley especial para el establecimiento de condiciones básicas y de garantías para la renegociación de adeudos entre las instituciones microfinancieras y deudores en mora, entró en vigencia a raíz de su publicación en la Gaceta, Diario Oficial del 13 de abril.

⁷² Ley No. 716, “Ley Especial para el Establecimiento de las Condiciones Básicas y de Garantías para la Renegociación de los Adeudos entre las Instituciones microfinancieras Y Deudores en Mora” publicada en La Gaceta, Diario Oficial del martes 13 de abril de 2010.

A raíz de la publicación de la Ley, los distintos movimientos de deudores en mora iniciaron negociaciones con las microfinancieras. Sin embargo, están concientes, de que las microfinancieras tratarán de maniobrar con el tiempo que establece la ley para luego volver a los embargos y ejecuciones.

1. Observaciones a la Ley

El inciso 2 del artículo 3 de la citada ley señala que: Este proceso de renegociación deberá realizarse caso por caso, en atención a las particularidades de cada crédito otorgado, la naturaleza o tipo de actividad económica que ha sido financiada y la capacidad de pago que presente cada deudor.

La Ley 716 establece que en el caso de los adeudos menores de diez mil dólares o su equivalente en córdobas, tendrán un plazo de hasta cuatro años, contados a partir de la renegociación particular de su caso, para la cancelación total de su adeudo, incluyendo un periodo de gracia no menor de seis meses.

En el caso de adeudos mayores a los diez mil dólares o su equivalente en córdobas, tendrán un plazo de hasta cinco años, contados a partir de la culminación de la renegociación de su caso particular, incluyendo seis meses de gracia, para su cancelación.

La Ley 716 establece que el interés máximo a cobrar, como consecuencia de la reestructuración de las deudas al amparo de la presente ley, no será mayor al 16 %anual. Sobre el acuerdo de reestructuración no podrán recaer otros costos financieros que incrementen de manera directa o indirecta el costo del crédito reestructurado.

A todos los adeudos reestructurados como consecuencia de la aplicación de la ley, se les dispensará de manera total los intereses moratorios acumulados. Asimismo se dispensarán los gastos legales y de cobranza en que hubiesen

incurrido las microfinancieras para la recuperación del crédito no pagado y cualquier otro cargo que del crédito original se derive.

En el caso de los deudores que al momento de acogerse al proceso de negociación en el tiempo y condiciones establecidas en la ley, declaren su interés de realizar pago anticipado o pronto pago que implique la cancelación del adeudo, se les dispensará el cien por ciento de los intereses moratorios acumulados, el total de los gastos legales y de cobranza y se les aplicará una reducción no menor al 30 % de intereses corrientes acumulados. Queda prohibida cualquier imposición de penalidad por pago anticipado o pronto pago.

Las reestructuraciones de los deudores que se realicen en base a la aplicación de lo establecido en la ley, serán respaldadas con las mismas garantías presentadas originalmente por los deudores a las microfinancieras. En caso que las garantías no puedan ser presentadas por el deudor, éste se obligará a restituirlas o presentar otra por igual valor.

La ley establece la suspensión por un período de 120 días, a partir de la entrada en vigencia de la ley, de todos los juicios promovidos o que pudiesen promover las microfinancieras, en contra de los clientes agropecuarios y comerciales que tengan adeudos al 30 de junio del 2009, siempre y cuando estos deudores inicien y se dispongan a negociar sus adeudos con dichas instituciones en el plazo y bajo las garantías de la ley.

La suspensión es extensiva a todas las medidas pre judiciales o judiciales derivadas de los procesos de recuperación de adeudos tales como: apremio corporal, embargos, secuestros, entre otros; así como las ejecuciones de sentencias que hubiesen dictado en los tribunales correspondientes.

La Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (SIBOIF), es la encargada de la aplicación de la ley cumplimiento de las condiciones de la ley.

Las microfinancieras constituidas como asociación civil sin fines de lucro, que incumplan cualquiera de las condiciones básicas y de garantías establecidas en la ley 716, previa constancia de tales hechos emitida por la SIBOIF, se le aplicará por cada caso una multa equivalente al 50 % del valor del crédito y quedará sujeta al proceso de cancelación de la personalidad jurídica.

En caso que el incumplimiento provenga de una institución microfinanciera regulada por la SIBOIF, esta podrá imponer la sanción correspondiente por la inobservancia de una disposición legal expresa. La SIBOIF deberá aprobar una norma prudencial de aplicación general para estos casos.

Para las microfinancieras no reguladas por la SIBOIF, la Dirección de Defensa del Consumidor del Ministerio de Fomento, Industria y Comercio será el organismo encargado de la aplicación de la ley.

Al día de hoy, esta Ley no cumplió con las expectativas esperadas. La situación de las ejecuciones judiciales se suspendió por un tiempo, pero a esta fecha se han vuelto a implementar de manera normal. Los plantones y reclamos de parte de los diferentes movimientos continúan y los deudores se rehúsan a pagar sus deudas.

CONCLUSIONES

Para concluir con la presente investigación, se dejó muy en claro que la falta de una regulación legal específica y de un órgano supervisor especial para este tipo de organizaciones, representa la mayor problemática en cuanto al actuar de las mismas, como a la supervisión y regulación de parte del Estado.

A lo largo de este estudio, se desarrolló de manera minuciosa las disposiciones legales que permiten establecer un orden, una unificación, aunque de momento tácita, ante la carencia de una legislación especial en este tema, tener una guía a la cual acudir y encontrar respuestas en un mismo lugar a las tantas preguntas que se hacen día a día respecto de este tema ; así como un análisis del anteproyecto de ley que pretende unificarlas y de una vez por todas regular esta actividad en Nicaragua, sin dejar a un lado un poco el análisis de la situación que actualmente viven estas instituciones.

Al mismo tiempo, se criticó de manera extensa el hecho de que las microfinancieras de Nicaragua se constituyan bajo la figura jurídica de Asociaciones sin Fines de Lucro y se concluyó en que, si bien es cierto, al iniciar operaciones éstas tengan tal fin (social), con el paso de los años y el incremento de capital los intereses cambian.

RECOMENDACIONES

Las Asociaciones de Microfinanzas en su conjunto deben crear una agenda mínima para el apoyo al sector con el objeto de:

- Incentivar en la región, las actividades para lograr una legislación justa y equilibrada que contribuyan al desarrollo de las microfinanzas.
- El establecimiento de reglas para su constitución, funcionamiento, desarrollo y supervisión deben estar dirigidas hacia su fortalecimiento y, por ende, al del sistema de ahorro y crédito existente en el país, en la medida que se les dote de un adecuado control, fiscalización y seguimiento para garantía de los depositantes y, la solvencia del sistema financiero.
- Motivar a los gobiernos para que definan políticas públicas que contribuyan al sector y reconozcan el rol en la economía, y se apropien del modelo como una herramienta en la lucha contra la pobreza.
- Que la formalización, mediante un sistema normativo, contribuye para acceder a nuevas y variadas fuentes de financiamiento y a la captación de ahorro.
- Creación de incentivos (fiscales) que motiven a empresarios privados a invertir en el sector.
- Procurar la homologación de los marcos jurídicos de la región, mediante su inclusión en las agendas que se discutirán en las reuniones de los Presidentes de las repúblicas centroamericanas.
- Las Asociaciones microfinancieras, internamente, podrían crear fondos especiales para el desarrollo de tecnologías de crédito adecuadas para

el otorgamiento de pequeños créditos a sectores de la población tradicionalmente excluidos de la prestación de servicios financieros.

- Es importante prevenir el riesgo para atenuar o minimizar el impacto negativo que tendrá la nueva Ley Especial. Si fuera una ley de carácter general debería incentivar el capital de riesgo otorgando dividendos a probables inversionistas.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS

1. Arzbach M., Durán A., Báez B. “Regulación y Supervisión de Cooperativas de Ahorro y Crédito en América latina y el Caribe”. Confederación Alemana de Cooperativas (DGRV). Nov. 2005. Sao Pablo, Brasil. Págs. 89.
2. ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL, “Instituciones de Derecho Civil, Editorial Porrúa. 3era edición. México 1999. Tomo I, Pág. 147.
3. Carlla A., Hernández A., Pi León J. “Investigación en el Sector Cooperativo de Ahorro y Crédito en el sur de América latina”. Julio, 2003.
4. OSORIO MANUEL, “Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales”. 1ª edición. Editorial Haria México 1993, Pág. 339.
5. SOLORZANO ANIBAL, Glosas al Código de Comercio de Nicaragua, Concordancias y Jurisprudencia, II edición, Managua, Nicaragua. 1974.
6. Todo Sobre Impuestos en Nicaragua. Teódulo Báez Cortes/Julio Francisco Báez Cortez. 2^{da}. Edición Actualizada, Imprimatur, Septiembre 1995.

CONSULTAS ELECTRONICAS

1. Arzbach M., Durán A., Báez B. “Regulación y Supervisión de Cooperativas de Ahorro y Crédito en América latina y el Caribe”. Confederación Alemana de Cooperativas (DGRV). Nov. 2005. Sao Pablo, Brasil. Págs. 89 (Consultado el día jueves 29 de octubre 2009).

2. www.asamblea.gob.ni. Días y número de consultas indefinido.
3. www.bcn.com.ni. 26 de mayo 2009.
4. www.transmuni.gob.ni/docs. 8 de noviembre 2009, 12 de marzo 2010, 16 de julio 2010.

LEGISLACION NACIONAL

1. Constitución Política de Nicaragua y sus Reformas de 1995. Publicación Oficial de la Asamblea Nacional de Nicaragua. 2^{da}. Edición, Agosto de 1995. (Ley No.192, 1^o.de Febrero 1995).
2. Decreto No. 455-99. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 144 del 31 de Julio de de 1989. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/Decreto
3. Decreto No. 3-95, Aprobado el 31 de Enero de 1995. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 21 del 31 de Enero de 1995. Managua, Nicaragua; disponible en [www.transmuni.gob.ni/docs/ Decreto3-95.htm](http://www.transmuni.gob.ni/docs/Decreto3-95.htm)
4. Ley General Sobre Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro.- Ley 147, publicada en La Gaceta, Diario Oficial, No.102 del 29 de mayo de 1992.
5. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, Gaceta No. 232, Octubre 2005. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
6. Ley No.176-94, Ley Reguladora De Préstamos Entre Particulares, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 16 de junio de 1994. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

7. Ley de Interés, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 4 de noviembre de 1940. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
8. Ley No.374-01, de Reformas a la Ley N° 176, "Ley Reguladora de Prestamos entre Particulares". Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 70 del 16 de Abril de 2001. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
9. Ley No. 641, Código Penal de la República de Nicaragua, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 83,84,85, 86 y 87, los días 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo de 2008. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
10. Ley 679, Ley Aclaratoria sobre la aplicación del Apremio Corporal por créditos con garantía personal y reforma al artículo 13 de la Ley 146, Ley de Prenda Comercial. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 59 del 26 de marzo de 2009. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
11. Ley 453, Ley de Equidad Fiscal, publicada en La Gaceta, Diario Oficial del 6 de mayo del 2003. Managua. Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni
12. Ley No. 452. Ley de Solvencia Municipal. Aprobada el 9 de Abril del 2003. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 90 del 16 de Mayo del 2003. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/Ley452.htm.
13. Ley De Régimen Presupuestario Municipal, Ley No.376-01, La Gaceta, Diario Oficial No.67 del 4 de abril del 2001. Managua, Nicaragua; disponible en www.transmuni.gob.ni/docs/

14. RESOLUCIÓN CD-BCN-XXVII-1-07 de fecha 11 de julio de 2007.- Normas Financieras, Art. 46. Banco Central de Nicaragua. Descargada de www.bcn.com.ni

15. Propuesta: Ley Especial de Asociaciones de Microfinanzas. Asamblea General de la República de Nicaragua. Julio 2003. Managua, Nicaragua. Disponible en: www.asamblea.gob.ni

ESTUDIOS

1. Marco Jurídico que Regula Las Organizaciones Sin Fines de Lucro en Centroamérica. Cap.VII. Nicaragua. Dr. Yamil Zúniga Montenegro. Publicación de la Fundación Arias Para la Paz y El Progreso Humano. 1998.
2. Régimen Jurídico de las Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro en Nicaragua. (Folleto elaborado por: Dora C. Zablah Cuadra, Juan C. Ampié V, y Cinthia Arguello Lacayo. Managua, Octubre 1995.).

PUBLICACIONES Y REVISTAS

1. Revistas de datos de ASOMIF.

CÓDIGOS

1. Código Civil de la República de Nicaragua, Tomos I y II, Segunda Edición Facsimilar Actualizada, 31 de Julio de 1976. Editorial Universitaria, UNAN, León.
2. Código Penal de la República de Nicaragua.- Ley No. 641, publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 83, 84, 85, 86 y 87, los días 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo de 2008. Managua, Nicaragua.

3. Código de Comercio de la República de Nicaragua, Segunda Edición.
Editorial BITECSA. Managua, Nicaragua.