

Santiago, 11 de mayo de 2018

REQUERIMIENTOS DE CAPITAL DE LA BANCA Y RESOLUCIÓN BANCARIA

I. INTRODUCCIÓN

Este documento tiene por finalidad sintetizar los requerimientos de capital de las empresas bancarias y los principios generales de la resolución que permita comparar dichos antecedentes con los que contiene el Proyecto de Ley que moderniza la legislación bancaria (Boletín N° 11269-05) en segundo trámite constitucional en el H. Senado.

Con dicho propósito es que se hará referencia a: a). los requerimientos de capital de la banca en el contexto de los mercados internacionales; b). la regulación bancaria en la Unión Europea adoptada como consecuencia de la última crisis económica internacional y que sirve de antecedente fundante de la normativa en trámite y c). El procedimiento de resolución bancaria.

II. REQUERIMIENTOS DE CAPITAL DE LA BANCA

La regulación especial de que es objeto la actividad bancaria tiene como antecedente inmediato el interés público comprometido en su desarrollo, esto es, la seguridad y confianza de los depositantes en que sus acreencias serán reembolsadas y, por tanto, el normal funcionamiento del sistema de pagos de la economía.

El patrimonio de las empresas bancarias se encuentra conformado por el capital aportado por sus accionistas, del dinero que captan del público inversor y del dinero obtenido de los titulares de las obligaciones subordinadas que se encuentran

autorizado a emitir. Por consiguiente, estas empresas operan fundamentalmente con dinero obtenido de terceros.

En la insolvencia de una empresa bancaria, dada la conformación de su patrimonio y la relación de este con su pasivo, que excede varias veces al primero, es previsible que la aplicación de los procedimientos concursales ordinarios resulte ineficiente desde un punto de vista económico y jurídico para la satisfacción aun parcial de sus acreencias; sumado al hecho que la legislación común carece de herramientas propicias para cautelar adecuadamente dichos bienes públicos comprometidos en la actividad bancaria.

Las autoridades regulatorias de la industria bancaria, frente a la insuficiencia de los mecanismos sustancialmente liquidatorios o de intervención administrativa de la legislación sectorial para superar la crisis económica mundial del año 2008 que significó la forzosa intervención de los estados en el rescate de la banca, han dictado nuevas normas en materia de resolución bancaria, es decir, el conjunto de instrumentos que permiten salvaguardar en mayor medida la continuidad de las actividades esenciales de la banca, la confianza de los depositantes y el normal funcionamiento del mercado, y que tienen como propósito final evitar o minimizar los efectos de la insolvencia de una empresa bancaria.

Los riesgos de la actividad bancaria son conocidos y aceptados por los accionistas e inversionistas que gestionan una empresa bancaria, los cuales para adquirir la propiedad o una parte relevante de ella deben someterse a un procedimiento de autorización por la autoridad de supervisión que comprende una evaluación de su solvencia e idoneidad para ejercer el giro reservado.

Dicho conocimiento justifica que los accionistas y algunos de sus principales acreedores sean los primeros interesados en la marcha y conducción correcta de la empresa bancaria; y de lo contrario, deberían asumir primeramente y con cargo a su patrimonio las pérdidas como consecuencia de la insolvencia de un banco o el

peligro de ésta. Evitando además con ello la toma imprudente de decisiones y riesgos.¹

La intermediación de recursos de propiedad del público inversor captadas por las empresas bancarias y otorgadas en crédito a sus clientes o invertidas por ellas caracteriza propiamente la actividad bancaria. Como se enunció, los bancos trabajan esencialmente con dinero ajeno, de ahí la importancia en la confianza de los depositantes en la restitución de sus acreencias en el tiempo, forma y condiciones pactadas al momento de la captación.

El desarrollo de mercados financieros cada vez más sofisticados y competitivos; el aumento del intercambio comercial que ha propendido el fenómeno de la internacionalización de la banca; la irrupción de nuevas tecnologías en las transacciones que las hace prácticamente instantáneas sin importar la distancia física de los contratantes; y, la creciente cooperación entre las autoridades reguladoras, han contribuido a establecer los criterios más o menos uniformes y estándares internacionales que permiten a la banca acceder a tales mercados.

Las empresas bancarias deben contar con recursos líquidos en todo momento para hacer al pago de las obligaciones que le son actualmente exigibles; con una adecuada valorización de activos, constitución de reservas y provisiones conforme a prácticas uniformes de contabilidad, y, con una solvencia de capital mínima para afrontar los desembolsos futuros con cierta autonomía del riesgo de mercado de las inversiones que realiza y que se utiliza además como límite al tamaño y crecimiento de una empresa bancaria, entre otros.²

¹ Hasta la crisis económica del 2008 existía una actitud a priori proclive de los Estados a financiar con recursos públicos (*bail-out*) los rescates bancarios. Justificando dichas intervenciones en la necesidad de resguardar como bien superior la estabilidad de la economía nacional. Dicho *approach* consentía para la administración con el ascenso de los accionistas la toma de mayores riesgos en las decisiones de inversión, seguros de la intervención estatal frente a una crisis. La ciencia económica caracterizo dicho fenómeno como “riesgo moral”, concepto que ha tenido una amplia difusión en el derecho bancario.

² Las necesidades de liquidez de una banca, constantemente monitoreadas por las autoridades de supervisión respectiva, se solucionan con cargo a los fondos aprovisionados para tal efecto y que por consenso general deben cubrir estos requerimientos por un plazo no inferior a 30 días, por el acceso de la entidad al financiamiento

El marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios, comúnmente conocido como Principios de Basilea III, del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Basel Committee on Banking Supervision* o BCBS, estableció los requisitos de capital de una empresa bancaria que debe ascender en todo momento al menos al 8% de los activos ponderados por riesgo.^{3 4}

Dicho capital se conforma por capital nivel 1 (Tier 1), que como mínimo debe ascender al 6% de los activos ponderados por riesgo, y que se integra a su vez por el capital Ordinario Nivel 1 principalmente acciones ordinarias, suscritas y pagadas de la empresa bancaria (CTER 1) en una proporción mínima a su vez de 4,5% de los activos ponderados por riesgo, y reservas provenientes generalmente de beneficios no distribuidos. Este capital constituye verdaderamente -y para efectos contables- recursos propios, no es reembolsable salvo en hipótesis de liquidación y de reducción de capital, solo tiene un derecho a participación variable sobre las utilidades de la empresa bancaria y, para los efectos que nos interesa es primeramente llamado a absorber pérdidas por lo que encuentra subordinado a toda otra acreencia.

El capital nivel 2 (Tier 2) se conforma a su vez por instrumentos de deuda emitidos por la empresa bancaria y colocados en los mercados, completamente suscritos y pagados, con un plazo de vencimiento no inferior a cinco años y que se caracterizan por estar subordinado al pago de las acreencias de los depositantes y acreedores generales de la empresa bancaria. Su cómputo para efectos del capital

del mercado interbancario y las líneas de crédito concedidas por la Banca Central en su carácter de prestamista de última instancia.

³ Asimismo, el Comité recomendó la aplicación de un coeficiente mínimo de apalancamiento de 3% de los activos ponderados por riesgo con respecto a los activos totales de la empresa bancaria como una forma de limitar el crecimiento de una empresa bancaria.

⁴ El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea fue creado al amparo del denominado G-10 conformado por [Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos](#), más dos países más que no son miembros de ese grupo, [Luxemburgo y España, sin perjuicio de la participación de los demás países miembros del Banco de Pagos Internacionales \(BPI\)](#) *Bank for International Settlements (BIS)* aunque se tratan formalmente de dos entidades distintas. Véase <https://www.bis.org/bcbs/index.htm?m=3%7C14>

regulatorio en los últimos cinco años previos a su vencimiento se amortiza linealmente.

Basilea III incorporó también la creación de un colchón de conservación de capital, *capital conservation buffer*, cuyo objetivo es garantizar que las empresas bancarias acumulen capital de reserva fuera de periodos de tensión y que puedan ser utilizados para cubrir pérdidas y seguir cumpliendo los requisitos mínimos de capital. Dicho colchón asciende al 2,5% de los activos ponderados por riesgo de la actividad de que se trate y se conforma por capital ordinario nivel 1. Una vez utilizados en escenarios de tensión los bancos se verán impedidos de realizar distribuciones de beneficios o reparto de dividendos, como, asimismo, recomprar acciones de su propia emisión o realizar el pago de bonificaciones a empleados.

Además, se contempla la existencia una reserva de riesgo sistémico, *systemic risk buffer*, de entre el 0 y 2,5% de los activos ponderados por riesgos destinados a garantizar los requerimientos de capital de las entidades de crédito de importancia sistémica. La determinación específica para la conformación del colchón es de competencia de la autoridad de supervisión en consideración a las condiciones macroeconómicas del mercado y la acumulación de riesgo sistémico por aumento del crédito en cada una de las entidades.⁵

III. LA UNIÓN BANCARIA EUROPEA

La crisis financiera del año 2008, que pronto devino también en una crisis de deuda soberana por la intervención y rescate de diversas entidades de crédito que con cargo a recursos públicos debieron realizar algunos Estados, reveló la insuficiencia de la regulación bancaria, en lo referente a los requerimientos de capital de esas empresas para hacer frente a la absorción de pérdidas originadas en la

⁵ Dicho requerimiento se sitúa entre 1 y 3% de los activos ponderados por riesgo tratándose de entidades europeas

disminución del valor de sus activos, como consecuencia a su vez del deterioro de las condiciones macroeconómicas del mercado; la disparidad de criterios técnicos de las diferentes autoridades nacionales de supervisión; la falta de normas referente a los bancos de importancia sistémica y los grupos bancarios que operan en varios estados de la Unión o fuera de los confines de ésta, y, la carencia más absoluta de mecanismos eficientes y uniformes que permitieran la reestructuración o liquidación ordenada de una empresa bancaria insolvente o en riesgo de serlo.

Las circunstancias mencionadas, que guardan directa relación con la estabilidad de la moneda única y del mercado bancario como del desarrollo del mercado interno de la Unión Europea, motivaron como reacción a la crisis la creación de una nueva arquitectura regulatoria o *governance*: la unión bancaria europea. La unión persigue el propósito de uniformar e homogenizar las reglas de vigilancia prudencial de la banca ampliando también las facultades del regulador y la tutela de los depositantes.

Los pilares o pilastras sobre los que descansa la unión bancaria son i). el Mecanismo Único de Supervisión (MUS); ii). los Sistemas de Garantía de Depósitos; y, iii). el Mecanismo Único de Resolución.

El Mecanismo Único de Supervisión (MUS), *Single Supervisory Mechanism* (SSM), está conformado por el Banco Central Europeo (BCE), las Autoridades Nacionales de Vigilancia designado por cada uno de los estados miembros, y por la Autoridad Bancaria Europea (ABE), *European Banking Authority* (EBA).

los sistemas de garantía de depósitos se encuentran regulados por la Directiva 2014/49/UE de 16 de abril de 2014 que unificó, entre otros, las normas nacionales de cada Estado miembro para reconocer y reglar la operación de dichos sistemas, los depósitos cubiertos por los mismos, aquéllos excluidos de esa protección, los límites máximos de cobertura y los deberes de cooperación de los Estados miembros,

quedando pendiente en esta materia la compleja y gradual constitución de un Fondo Europeo de Seguro de Depósitos, *Deposit Insurance Fund*.

IV. RESOLUCIÓN BANCARIA

La resolución bancaria es el procedimiento al que se encuentran sometidas las empresas bancarias insolventes o en riesgo de serlo, consistente en la aplicación, una vez verificadas las condiciones contempladas para ello, de uno o varios de los instrumentos de resolución con los objetos de mantener la continuidad de sus funciones esenciales; evitar las repercusiones negativas de la insolvencia de estas entidades en la estabilidad financiera, la infraestructura del mercado y manteniendo su disciplina sorteando con ello el riesgo de contagio; la protección los fondos públicos minimizando la dependencia de ayudas financieras públicas extraordinarias; y, la protección de los depositantes cubiertos y los fondos y activos de los clientes. Con tal propósito, al proceder a la resolución de la banca la autoridad debe especialmente procurar minimizar el coste de la resolución y evitar toda destrucción de riqueza, a menos que no sea necesaria para la consecución de los objetivos de la resolución.^{6 7}

Son condiciones de resolución: i). la constatación de la autoridad de supervisión, previa consulta a la autoridad de resolución, que la entidad es insolvente o existe probabilidad que lo vaya a ser; ii). que no existan perspectivas razonables de soluciones privadas, tales como reestructuración de pasivos o financiamiento del grupo al que pertenece la entidad; o, soluciones de supervisión, como sería la aplicación de alguna de las medidas de actuación temprana o la recapitalización interna; y, iii) que la resolución sea necesaria para el interés público. La aplicación de una medida de resolución reviste el carácter de interés público si

⁶ Artículos 2º y 31 de la Directiva (UE) No 59/2014.

⁷ La falta de un vínculo de destinación del patrimonio deudor a satisfacer las deudas contraídas con sus acreedores según su grado de prelación, creando con ello un verdadero patrimonio separado, impide calificar a la resolución -que persigue como se enunció fines bastante diversos- propiamente como un procedimiento concursal.

resulta necesaria para alcanzar uno o varios objetivos de la resolución en tanto éstos no se puedan alcanzar con la utilización de los procedimientos de insolvencia ordinarios.⁸

A su vez, una empresa bancaria es insolvente o existen probabilidades que lo sea cuando: a). infrinja o existan indicios que infringirá en un futuro cercado los requisitos para conservar su autorización, como por ejemplo haya experimentado pérdidas que agotarían o mermarían sustancialmente sus fondos propios, b). cuando su activo sea inferior a su pasivo, c). la imposibilidad de hacer frente al pago de sus deudas o demás pasivos a su vencimiento, o, d). necesite ayuda financiera pública extraordinaria salvo cuando ésta adopte la forma la de garantía estatal de los instrumentos de liquidez concedidos por los bancos centrales, una garantía estatal a los pasivos de nueva emisión o la inyección de fondos propios o adquisición de instrumentos de capital con respecto a limitaciones de las ayudas de Estado.

La resolución supone necesariamente la fase de preparación de esta por la autoridad de supervisión con la cooperación de las autoridades de resolución y las autoridades nacionales respectivas con base en la información proporcionada por la propia entidad; eventualmente, puede estar precedida por la reestructuración o la adopción de medidas de actuación temprana en caso deterioro rápido de su situación financiera. Entre las medidas que se pueden adoptar en la fase inmediatamente precedente a la resolución, la autoridad de vigilancia respectiva puede imponer a la empresa bancaria de que se trate: la obligación de presentar un plan de reestructuración y un calendario de ejecución del mismo; el cambio de estructuras jurídicas, operativas, de estrategia empresarial o requerimientos de información adicionales. Puede también in extremis sustituir la alta dirección u órgano de dirección de la empresa por uno o más administradores provisionales (*temporary administrator*), o bien nominarlos como colaboradores de los primeros o

⁸ Artículos 31 de la Directiva (UE) No 59/2014, y 18 del Reglamento (UE) 806/2014

encomendarles funciones de control de la administración como por ejemplo su autorización previa para realizar ciertos actos.^{9 10 11}

Los principales principios generales de la resolución, son: i) los accionistas de la entidad objeto de resolución asumen en primer lugar las pérdidas, ii) a continuación serán los acreedores los que asuman dichas pérdidas conforme al orden de prelación contemplado en los procedimientos de liquidación ordinarios, iii) Por regla general serán sustituido el órgano de administración y alta dirección de la empresa objeto de la resolución, iv) los acreedores de la misma categoría serán tratados de una forma equitativa conforme al principio de la *par conditio creditorum*; v) asunción de responsabilidad de personas naturales y jurídicas por la responsabilidad en que incurran por la inviabilidad de la entidad, vi) que los depósitos cubiertos estén plenamente protegidos y vii) que los acreedores no incurran en más pérdidas que aquellas que habrían sufrido si la entidad o sociedad con arreglo a los procedimientos de insolvencia ordinarios, siguiendo el criterio *no creditor worse off*.¹²

Son instrumentos de resolución:

a). Venta del negocio: consistente en la cesión o transferencia a un comprador, que no revista el carácter de una entidad puente, de acciones u otros instrumentos de capital emitidos por la entidad objeto de resolución, o, de todos sus activos, derechos o pasivos o cualquiera de ellos.

La venta deberá realizarse en condiciones de mercado, debidamente valorados conforme a la disciplina a la que se hará referencia y los beneficios obtenidas por la venta de las acciones o las diversas clases de activos corresponden

⁹ Artículo 27 de la Directiva (UE) No 59/2014

¹⁰ Artículos 29 de la Directiva (UE) No 59/2014.

¹¹ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 de la de la Directiva (UE) No 59/2014, los órganos de administración superior de una empresa bancaria sujetan a resolución serán sustituidos por un administrador especial nominado por la autoridad de resolución.

¹² Artículos 34 de la Directiva (UE) No 59/2014 y artículo 15 del Reglamento (UE) 806/2014.

a los propietarios de las acciones o la entidad respectivamente, sin perjuicio de lo que se dirá con respecto a la aplicación del mecanismo de recapitalización interna o bail-in.

Debe tenerse presente que, al momento de decretar la venta del negocio, la autoridad de resolución debe considerar especialmente la rapidez con que se concretará la transferencia; el respeto a la igualdad de trato, competencia e información a los eventuales compradores y esforzarse por maximizar el precio de venta.

b). Constitución de una entidad puente (*bridge bank*). Un ente con personalidad jurídica que pertenezca total o parcialmente a una o más autoridades públicas, controlada por la autoridad de resolución.

Una entidad puente se constituye con el propósito de recibir y mantener todas o una parte de las acciones u otros instrumentos de capital emitidos por una o más entidades sujetas a resolución o todos o parte de sus activos, derechos y pasivos con miras a continuar algunas o parte de las funciones esenciales, servicios y actividades.

La entidad puente podrá fusionarse con alguna entidad de crédito o incluso otra entidad puente, pudiendo también vender los activos que le hayan sido aportados. La banca o la entidad puente objeto de resolución tiene el derecho de readquirir alguno de esos activos cedidos en caso en que se haya contemplado expresamente esa posibilidad.

c). La segregación de activos (*separation of asset tool*). Realizada por una persona jurídica denominada entidad de gestión de activos que pertenezca total o parcialmente a una o más autoridades públicas, controlada por la autoridad de resolución y que haya sido constituida con el propósito de recibir la totalidad o parte de los activos, derechos y pasivos de una o varias entidades objeto de resolución o de una entidad puente. Se identifica esta alternativa normalmente como el esquema de resolución banco bueno/banco malo (*bad bank*).

A diferencia de la constitución de una entidad puente, la segregación de activos persigue recibir desde una o más entidades bancarias sujetas a resolución la totalidad o partes de sus activos deteriorados o de difícil valoración, que finalmente serán liquidados por la entidad que las gestiona, permitiendo la continuidad de la actividad de la banca ya con un balance depurado.

d). recapitalización interna o *bail-in*. La aplicación del instrumento de recapitalización interna o *bail-in* permite a la autoridad de resolución reducir, *write-down*, propiamente amortizar, total o parcialmente, el valor de la participación accionaria de una entidad bancaria; o, la conversión de los pasivos admisibles no excluidos en capital con el propósito de recapitalizar una entidad sujeta a resolución por la vía de la absorción de pérdidas, capitalizar una entidad puente; o, facilitar la utilización de los instrumentos de venta del negocio o segregación de activos.