

LEY N.º 21130
Y LA MODERNIZACIÓN
DE LA LEGISLACIÓN BANCARIA CHILENA:
ELEMENTOS CLAVE

LAW No. 21.130
AND THE MODERNIZATION
OF THE CHILEAN BANKING LEGISLATION:
KEY ELEMENTS

*Javier Edwards Renard**

RESUMEN: La finalidad de este artículo es:

- i) revisar los principales aspectos de la Ley n.º 21130, sobre modernización de la Ley General de Bancos (LGB) en lo que se refiere a la desaparición de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) y el traspaso de sus facultades a la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) establecida por la Ley n.º 21000 que, a su vez, reemplazó a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) y
- ii) destacar las nuevas facultades que se incorporan en la LGB con la finalidad de alinear normativa bancaria chilena con los requisitos establecidos por Basilea III, en especial en las materias que tienen relación con los requisitos de capital básico y patrimonio efectivo de los bancos con vistas a darle a las entidades bancarias mayor solidez y capacidad de resistir los eventuales efectos adversos de una crisis financiera.

PALABRAS CLAVES: Ley General de Bancos, LGB; modernización, Ley n.º 21100; Ley n.º 21130, Comisión para el Mercado Financiero, CMF; Capital básico; Patrimonio efectivo; Entidades sistémicas.

* Abogado Universidad de Chile. Magister en Derecho Europeo, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona. Diploma de posgrado en Técnicas Comerciales y Financieras, Universidad de Barcelona. Magister (LL.M.) en Derecho Corporativo, Financiero y Bancario, Fordham University, New York. Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: j.edwards@udd.cl

ABSTRACT: The purpose of this article is:

- i) To review the main aspects of Law No. 21.130 on the modernization of the General Law of Banks (LGB), which considers the disappearance of the Superintendency of Banks and Financial Institutions (SBIF) and the transfer of its powers to the Financial Market Commission (CMF) established by Law No. 21,000 which, in turn, replaces the Superintendency of Securities and Insurance (SVS) and
- ii) To highlight the new powers that are incorporated in the LGB in order to align our banking regulations with the requirements established by Basel III, especially in the matters that relate to the requirements of basic capital and effective net worth of the banking entities in order to increase their strength and ability to resist healthily the possible adverse effects of a financial crisis.

KEYWORDS: General Law of Banks, LGB; Modernization; Law No. 21.100; Law No. 21.130; Commission for the Financial Market, CMF; Basic Capital; Effective Patrimony; Systemic Entities.

I. ANTECEDENTES

La regulación de la actividad financiera en Chile tiene sus orígenes en las leyes de la Caja Nacional de Ahorro y la de la Caja de Crédito Hipotecario, dictadas durante el gobierno de Manuel Montt¹, y cuyas disposiciones, en gran medida, permanecen vigentes hasta hoy entre las normas que regulan las operaciones hipotecarias.

Desde esa primera normativa hasta la recién dictada de la Ley n.º 21.130, que Moderniza la Legislación Bancaria² mucha agua ha pasado bajo el puente y la transformación, expansión y crisis experimentadas por la industria financiera como, asimismo, su progresiva interconexión regional, internacional y global, y el impacto en ella de nuevos productos, transacciones y los desafíos que generan los desarrollos tecnológicos e informáticos, han obligado a ir adaptando la normativa bancaria y financiera –local e internacional– de manera progresiva, con el objetivo de enfrentar los riesgos que todos estos cambios implican. Sin duda, y aun bajo los primeros efectos de este nuevo ajuste a la legislación financiera chilena, es posible adelantar que ella no representa, sino un estado de tránsito y que, habida cuenta de los efectos de la globalización y la

¹ Dictadas entre los años 1856 y 1858.

² Publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, n.º 42.252, Santiago, 12 de enero de 2019.

tecnología, nuevas modificaciones serán necesarias, sino en el corto, al menos en el mediano plazo. Imposible desconocer que en el mundo presente la realidad está sometida a una suerte de aceleración progresiva de los cambios de escenario que la determinan y, ello, en el ámbito económico y financiero, se ha venido confirmando de manera constante y consistente.

Solo a modo referencial, cabe mencionar entre los hitos de la regulación financiera de Chile los siguientes:

- La Ley n.º 2621, de 1912, que creó la Inspección de Bancos, considerable –no obstante, su más modesto ámbito de competencias y funciones, en tanto que mera recopilación de información– es la predecesora de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero.
- La crisis económica de 1920, y la quiebra en Chile de varios bancos, entre ellos el Banco Popular, dio lugar al desembarque en el país de la llamada Misión Kemmerer, grupo de expertos estadounidenses³, quienes visitaron en 1925 varios países latinoamericanos, entre ellos Chile, recomendando la adopción de tres leyes consideradas fundamentales:
 - a) la Ley Monetaria, basada en el denominado “padrón oro”;
 - b) la Ley del Banco Central, que otorgaba a dicha entidad la exclusividad de emisión de billetes y
 - c) la Ley General de Bancos que regulaba a dichas entidades y creaba un órgano con competencias regulatorias y de fiscalización, esto es, una superintendencia de bancos.

Tal como bien señalaba Luis Morand Valdivieso, y sigue valiendo aún bajo la dictación de las leyes n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero y la ya citada n.º 21130, objeto de este artículo:

“En lo que toca al Banco Central y a la Superintendencia, así como a las normas fundamentales sobre bancos, las leyes dictadas en ese tiempo subsisten en lo esencial”⁴,

esto es así, al menos, en la visualización de la necesidad de contar con entidades reguladoras, regulaciones y capacidad de fiscalización en materia monetaria, financiera y bancaria.

- La quiebra de bancos –como la ya referida del Popular y el Banco Español de Chile– confirmaron la necesidad de esta normativa, la

³ Lideradas por el economista estadounidense Edwin Walter Kemmerer, de quien lleva su nombre.

⁴ MORAND (2011), p. 10.

- que después ha ido experimentando los ajustes necesarios, según los cambios y hechos sobrevinientes.
- Así, bajo el gobierno de Jorge Alessandri, se modificó la Ley General de Bancos, promulgándose el decreto con fuerza de ley n.º 252, del año 1960.
 - Nuevos cambios se introdujeron a partir del año 1973, varios de los cuales tuvieron una vida breve y que condujeron a la crisis financiera del año 1982, a partir de la cual se introdujeron las modificaciones fundamentales que contemplan, entre otras, la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Chile contenida en el ARTÍCULO PRIMERO de la Ley n.º 18840 y sus modificaciones posteriores, la Ley n.º 18576, de 1986, que introdujo importantes cambios a la legislación bancaria, complementadas después por las leyes n.ºs 18707 y 18818.
 - Por último, por Ley n.º 19528, de 4 de noviembre de 1997, que autorizó al Presidente de la República para fijar un texto refundido de la legislación bancaria, se dictó el decreto con fuerza de ley n.º 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997⁵, por el cual se refundió la Ley General de Bancos y la Ley Orgánica de la Superintendencia de Instituciones Financieras y otras normas dispersas en otros cuerpos legales, dando lugar a lo que hasta ahora, y no exenta de diversas e importantes modificaciones, incluida la que aquí se analiza, se conoce como la Ley General de Bancos, texto que, después de los aprendizajes acumulados a lo largo del siglo XX y, en especial, las consecuencias de la crisis financiera de 1982, ha demostrado ser una normativa sólida, conservadora y bien concebida, que ha permitido sortear con éxito otras crisis económicas y financieras internacionales⁶.

Cabe destacar que la legislación bancaria ha sido apoyada y complementada por la normativa del Banco Central de Chile, y las normas que han regulado el mercado de valores, las sociedades anónimas, los fondos de inversión y de administración de fondos de pensiones y, sobre inversión extranjera, todas las cuales han permitido generar un marco regulatorio de lo económico y financiero sólido y consistente con una institucionalidad madura y exitosa, como ha quedado demostrado durante los últimos veinte años.

Pero aun así, y pudiendo estar conformes y hasta orgullosos de la normativa financiera y bancaria que han regido en el país por más de dos décadas, la

⁵ DFL n.º 3, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 19 de diciembre de 1997.

⁶ Cabe mencionar la crisis del sudeste asiático de fines de la década de 1990 (1997) y la crisis *sub prime* que afectó, primero, a Estados Unidos y después al resto de los países desarrollados y economías relacionadas, a partir del año 2007.

velocidad de los cambios en la industria, los mercados y la economía general como, asimismo, la dura prueba que implicó la crisis financiera iniciada el año 2007, con efectos en Estados Unidos, Europa y gran parte de los países del mundo, en mayor o menor grado, llevó a la necesidad de repensar a escala internacional y local, el tipo de regulación financiera y bancaria más eficiente para efectos de proteger dicha industria, a sus operadores y clientes y, en definitiva, a la economía que depende de ella.

En ese escenario, la formación del Comité de Basilea y la celebración de sus tres acuerdos a la fecha⁷ como, asimismo, la incorporación de Chile a la OCDE⁸, ha generado la permanente tensión positiva en el camino de ir ajustando la normativa financiera y bancaria local a las exigencias y recomendaciones de estas instancias, las que, si bien, no tienen carácter mandatorio o imperativo, se han convertido en estándares de práctica seguida por los miembros partes y países terceros.

Y resultado de lo anterior, la más importante de las modificaciones a la Ley General de Bancos desde la dictación de su texto refundido contenido en el DFL n.º 3 de 1997 es, sin duda, la que se contiene en la Ley n.º 21130 de enero de 2019.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la Ley General de Bancos, desde 1986 a 2019, solo había sido objeto de modificaciones puntuales, por ejemplo, la reforma del año 1997, mediante la cual se incorporaron modificaciones

⁷ Los Acuerdos de Basilea son los de supervisión bancaria o recomendaciones sobre regulación bancaria emitidos por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. Están formados por los acuerdos Basilea I, Basilea II y Basilea III. Reciben su nombre a partir de la ciudad de Basilea, Suiza, donde el CBSB mantiene su secretariado en la sede del Banco de Pagos Internacionales. Antes, el Comité de Basilea estaba formado por representantes de los bancos centrales y de las autoridades regulatorias del Grupo de los Diez más Luxemburgo y España. Desde 2009, todos los demás países significativos del G-20 están representados, así como algunas de las mayores plazas bancarias como Hong Kong y Singapur. El Comité no tiene autoridad para imponer recomendaciones, si bien la mayor parte de los países, así como algunos otros que no forman parte del mismo, tienden a implementar las políticas del Comité. Esto significa que las recomendaciones son aplicadas a través de leyes y regulaciones nacionales (o a escala comunitaria en la UE), antes que como resultado de una recomendación internacional del Comité, de modo que es preciso un cierto periodo desde que se aprueba una recomendación hasta que esta es aplicable en el ámbito nacional.

⁸ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo de cooperación internacional, compuesto por treinta y seis Estados, incluido Chile a partir del año 2010 (primer país sudamericano en incorporarse), cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1961 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París. Los idiomas oficiales de la entidad son el francés y el inglés. Los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

con el objetivo de adecuar la normativa a los requerimientos de capital de Basilea I, dictados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (CBSB) en 1988. Desde entonces, la industria ha evolucionado y los estándares internacionales de solvencia y liquidez para las empresas bancarias han sido objeto de constantes actualizaciones. De hecho, el año 2010, recogiendo las lecciones que dejó la crisis financiera de 2007, dicho Comité dictó los acuerdos de Basilea III, recomendando la implementación de exigencias de más y mejor capital para los bancos. Esta normativa internacional había dejado a la legislación bancaria chilena al debe respecto de las exigencias de dicho organismo y de los estándares OCDE en la materia, lo que se ha resuelto, en parte, con la dictación de la ley que se analiza.

II. PRINCIPALES CONTENIDOS MODIFICATORIOS DE LA LEY N.º 21130⁹

Tal como indica el Mensaje de SE la Presidenta de la República a la Honorable Cámara de Diputados¹⁰ entre los fundamentos y objetivos del proyecto de ley, y considerando la importancia de la actividad bancaria y financiera en la economía del país, los fundamentos y objetivos del proyecto que llegó a convertirse en la Ley n.º 21130 vigente, cabe destacar los siguientes:

1. Los bancos son el punto de encuentro esencial entre ahorrantes e inversionistas, mediante la transformación de ahorros de corto plazo en inversiones de largo plazo.
2. Asimismo, los bancos desempeñan un importante papel en la cadena de pagos, toda vez que proveen de liquidez a los agentes de mercado, facilitando las transacciones financieras y el intercambio.
3. Teniendo en cuenta el esencial rol que cumplen los bancos en esta función de intermediación del dinero, es fundamental prestar atención a los riesgos propios de la industria bancaria. En este sentido y, entre otros, los bancos están expuestos a riesgos provenientes del eventual

⁹ Cabe destacar que esta ley tiene su origen en el Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio de 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365, y que fue promulgado, con las discusiones y ajustes del caso con fecha 12 de enero de 2019, es decir, un año y medio después de su presentación a tramitación legislativa. Presentado bajo el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se aprobó bajo el gobierno de Sebastián Piñera, debiendo destacarse que el texto aprobado no es diferente, en lo sustancial, al presentado a tramitación, lo que es una muestra de madurez en la visión que el Ejecutivo y el Legislativo tienen sobre una materia cuya regulación y estabilidad va más allá de las diferentes percepciones ideológicas de un gobierno determinado.

¹⁰ Véase www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

- desajuste entre sus activos y pasivos que se pueden llegar a traducir en problemas de solvencia.
4. La ocurrencia de este tipo de problemas en el sistema bancario presenta la característica de su potencial contagio de una entidad a otra, generando una eventual crisis financiera sistémica que, a su vez, contaminará con potenciales efectos catastróficos el resto de las áreas económicas¹¹.
 5. En la esfera de las crisis financieras, Chile no ha sido la excepción¹². Así, la crisis que afectó a la banca nacional durante la primera mitad de la década de 1980, llevó al gobierno a adoptar una serie de medidas de rescate que implicaron un importante costo fiscal y un incremento en el nivel de deuda pública. Según algunas estimaciones, el costo fiscal acumulativo alcanzó a más del 40 % del Producto Interno Bruto (PIB), mientras que el nivel de endeudamiento público se incrementó en 87,9 puntos del PIB¹³.
 6. En línea con lo anterior, la Ley n.º 21130 pretende modernizar y mejorar la normativa bancaria, alienándola con los estándares internacionales más exigentes, para continuar con el desarrollo de un sistema bancario sólido, sustentable y supervisado.
 7. El principio para lograr lo anterior ha sido implementar una regulación prudencial, la que se convierte en el pilar fundamental para:
 - a. Alinear los incentivos de los intermediarios financieros y sus acreedores, sustituyendo el papel que le corresponde a los depositantes en su calidad de acreedores de los bancos.
 - b. Fortalecer la capacidad de prevención y reacción de las instituciones financieras frente a una crisis, evitando la exposición a riesgos sistémicos derivados del alto nivel de interconexión de la industria, así como los efectos negativos que una falla puede generar sobre la cadena de pagos.

¹¹ Un ejemplo reciente en la materia es la llamada crisis *sub prime*. La crisis financiera de las hipotecas *sub prime* se intensificó por la desconfianza crediticia que, como un rumor creciente, se extendió por los mercados financieros de Estados Unidos y fue la alarma que puso en el punto de mira a las hipotecas basura de Europa desde el verano de 2007, evidenciándose al verano siguiente con la crisis financiera de 2008. Se considera que esta fue el detonante de la crisis económica de 2008-2015 en el plano internacional, incluyendo la burbuja inmobiliaria en España. La crisis hipotecaria, generó numerosas quiebras financieras, nacionalizaciones bancarias, constantes intervenciones de los Bancos Centrales de las principales economías desarrolladas, profundos descensos en las cotizaciones bursátiles y un deterioro de la economía global real, que ha supuesto la entrada en recesión de algunas de las economías más industrializadas.

¹² SILVA y EDWARDS (1989).

¹³ LAEVEN & VALENCIA (2012).

- c. Contar con adecuadas exigencias de capital para los bancos, de modo que sus actividades sean financiadas con una mayor proporción de recursos propios.
- d. Para alcanzar estos objetivos, es importante contar con un esquema de supervisión de cumplimiento. La legislación debe establecer requerimientos de información para las empresas reguladas, mecanismos que aseguren una inspección eficaz por parte de la autoridad y que, además, le permitan actuar oportunamente en caso que ello sea necesario.
- e. También es necesario contar con las llamadas herramientas de regularización temprana, en el sentido de que, cuando un banco enfrenta problemas de solvencia, es esencial maximizar el valor de los activos en caso de liquidación, asegurando el pago de las obligaciones de los depositantes y minimizando los impactos fiscales derivados de una crisis, en caso que no pueda ser prevenida.
- f. Por último, la ley ha tenido en consideración la necesidad de contar con organismos regulatorios modernos, con un alto nivel de especialidad técnica, capaces de actuar de manera eficiente y oportuna en el resguardo del correcto funcionamiento del mercado, para lo cual resulta fundamental un importante grado de independencia en el ejercicio de sus potestades.

III. CONTENIDO DE LA LEY

La forma en que la nueva ley cumple su propósito ya referido es a través de la implementación de las siguientes modificaciones a la Ley General de Bancos:

1. Nueva institucionalidad regulatoria y modelo de supervisión. Incorporación y traspaso de todas las facultades de la SBIF hacia CMF.
2. Nuevas exigencias de capital y adecuación a estándares de Basilea III:
 - a. Requerimientos de capital mínimos.
 - b. Papel del regulador en la ponderación de los activos para la determinación del capital requerido.
 - c. Reconocimiento de instituciones de importancia sistémica.
 - d. Distribución de dividendos.
3. Mecanismos de intervención para bancos en problemas y manejo de crisis:
 - a. Incorporación del Plan de Regularización Temprana.
 - b. Capitalización por el sistema financiero y capitalización preventiva.

- c. Designación del Inspector Delegado o Administrador Provisional.
- d. Eliminación del Convenio de Acreedores.
- 4. Otras modificaciones:
 - a. Aumento de la garantía estatal a los depósitos a plazo.
 - b. Mayores exigencias para los directores de bancos.
 - c. Se extiende protección del personal de la CMF al Administrador Provisional, al Inspector Delegado y al Liquidador, regulados en la Ley General de Bancos.
 - d. Ratificación del concepto de interés legítimo para acceder a información sujeta a reserva bancaria y nuevo procedimiento para su entrega.
 - e. Mejores resguardos para recursos depositados por menores en cuentas corrientes.
 - f. Disposiciones transitorias para dar gradualidad a la aplicación de los cambios, en especial consideración a su impacto sobre los costos que representan para la industria bancaria.

Como ya se ha dicho, desde la dictación de la Ley General del Bancos en 1986, la Ley n.º 21130 contempla el conjunto de modificaciones más amplio y desafiante abordado por la normativa chilena en la materia. De la referencia que se hace en los números 1 a 4 precedentes, queda en evidencia que ellas abarcan desde:

- i) los aspectos orgánicos referentes a la entidad reguladora y supervisora, a
- ii) los requisitos de capital que permiten alinear nuestra legislación a los estándares de Basilea III,

los que reflejan, sin duda, los aprendizajes dejados por la crisis financiera de 2007-2015 ya mencionada. Lo anterior, sin dejar de modernizar también la normativa referente al manejo de crisis y otros aspectos relacionados con la solidez y calidad de la banca, por ejemplo, en relación con los requisitos de los directores de bancos y el acceso a información protegida por el secreto bancario cuando existe un legítimo interés al efecto.

De esta manera, y considerando la vasta extensión y complejidad de las modificaciones introducidas, se ha optado por tratar las modificaciones con el detalle necesario, desarrollando este artículo en dos partes:

- a) la primera de ellas se refiere a la nueva institucionalidad y las adecuaciones de capital al amparo de los criterios de Basilea III y
- b) la segunda, pone su foco en el manejo de crisis bancarias individuales y sistémicas, y demás normas de modernización.

IV. LA DESAPARICIÓN DE LA SBIF Y EL TRASPASO DE SUS ATRIBUCIONES A LA CMF¹⁴

Quizá una de las modificaciones más discutibles de la nueva ley es la decisión de transferir las competencias de la SBIF a la CMF¹⁵. Los detractores de esta decisión han destacado la efectiva trayectoria de la SBIF desde su creación y la especialidad de los criterios técnicos de las materias que trata, cuyo traspaso a una entidad nueva y de competencias diversas podría generar dificultades e inconsistencias en la aplicación de nuevas regulaciones y la fiscalización del cumplimiento de la normativa bancaria¹⁶.

Sin embargo, la percepción mayoritaria, derivada del actuar de la nueva CMF y alineada con la tendencia en la materia en los países desarrollados, es que, contar con un organismo que centralice las facultades regulatorias y la supervisión del cumplimiento normativo de los mercados de capitales y financieros –tan intensamente relacionados– lejos de generar dificultades, establece las condiciones favorables para que el órgano supervisor, investido de sus nuevas y complementarias atribuciones, tenga las capacidades para regular los mercados de valores, seguros y bancario, con una mirada integral beneficiosa para la economía del país.

Entre los beneficios de esta absorción de la SBIF en la CMF es posible destacar el carácter colegiado de su órgano rector y la interdisciplinarietà, la que permite que su trabajo tenga una mirada de campo más amplia y certera en la detección de riesgos y necesidades de la esfera financiera.

El traspaso de todas las competencias de la SBIF a la CMF implicó, en términos prácticos, que todas las instituciones fiscalizadas por dicha Superintendencia (*v. gr.* bancos, emisores y operadores de tarjetas de crédito o de pago con provisión de fondos) hayan quedado sujetas a la supervisión de la CMF. De esta manera, y tal como señalaba el mensaje del proyecto de ley que dio lugar a esta modificación:

“[...]el nuevo regulador financiero ya no solo deberá velar por los intereses de los inversionistas y asegurados, sino que también por los de los depositantes, según sea el caso, por lo que la regulación y supervisión bancaria será desarrollada por medio de una autoridad con

¹⁴ Esta integración se producirá de manera efectiva, a partir del 1 de junio de 2019.

¹⁵ La CMF fue creada mediante Ley n.º 21100, promulgada el 10 de febrero de 2016 y publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de febrero de 2017.

¹⁶ Un ejemplo en este sentido son las declaraciones de José Manuel Camposano, líder del gremio de aseguradores aparecidas en diversos medios, véase *Economía y Negocios*. Disponible en www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=479379 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

mirada global del mercado financiero, bajo una estructura moderna, independiente, transparente y eficaz. Por otra parte, esta convergencia hacia un modelo de supervisión integrado reducirá el espacio de problemas de coordinación regulatoria, junto con facilitar la consistencia normativa para actividades que presentan características similares y disuadiendo el arbitraje regulatorio”.

En relación con el mecanismo para transferir a la CMF las facultades de la SBIF, el legislador optó por hacerlo respecto de todas las competencias que la ley vigente reconocía al regulador bancario, manteniendo en el texto de la Ley General del Bancos solo aquellas facultades que, por su especificidad, se refieren y resultan aplicables de manera exclusiva a bancos e instituciones financieras. De esta manera, los cambios no privaron a la CMF de ninguna de las facultades que poseía la SBIF, sino que las reubica con la finalidad de permitirle acceder a una mirada integral del sistema financiero, en sus distintas caras: mercado de valores, de seguros y bancario.

Entonces, para alcanzar un cabal conocimiento de las facultades que la CMF adquiere en relación con la banca, es necesario tener a la vista los dos cuerpos legales fundamentales sobre la materia, la Ley n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero y la n.º 21130, que Moderniza la Legislación Bancaria. Y el resultado es, en buenas cuentas, la creación de una entidad que, una vez en pleno ejercicio de sus atribuciones, será significativamente poderosa.

V. LOS NUEVOS CRITERIOS DE BASILEA III

EN LA LEY GENERAL DE BANCOS: NUEVAS EXIGENCIAS DE CAPITAL

La adaptación de la LGB a los criterios de los Acuerdos de Basilea III¹⁷ era una deuda del ordenamiento con las exigencias y estándares propios de países OCDE y los compromisos asumidos con el CBSB.

Basilea III es la respuesta del CBSB a la grave crisis financiera iniciada en los países desarrollados (partiendo por los Estados Unidos de América) el año 2007 y ha tenido por objetivo principal el restablecimiento de la credibilidad en el cálculo de los activos bancarios que respaldan sus operaciones sobre la base de los activos ponderados por riesgo (RWA) y mejorar la comparabilidad de los coeficientes de capital bancario del siguiente modo:

¹⁷ Basilea III es un conjunto de medidas acordadas internacionalmente que el CBSB ha desarrollado en respuesta a la crisis financiera de 2007-2009. El objetivo de dichas medidas es reforzar la regulación, la supervisión y la gestión del riesgo de los bancos.

- Más capital y de mayor calidad. Aunque se mantiene el requerimiento mínimo del 8 % establecido en Basilea I y II, se modifica la composición de ese capital, exigiendo mayor peso del capital de alta calidad.
- Mejorando la solidez y sensibilidad al riesgo de los métodos estándar para el riesgo de crédito, el riesgo de ajuste de valoración del crédito (CVA) y el riesgo operacional.
- Restringiendo el uso de los métodos basados en modelos internos, al introducir límites sobre algunos de los parámetros utilizados para calcular los requerimientos de capital en el método basado en calificaciones internas (IRB) para el riesgo de crédito y al eliminar el uso de métodos basados en modelos internos para el riesgo CVA y el riesgo operacional.
- Introduciendo un colchón del coeficiente de apalancamiento para limitar en mayor medida la presencia de este entre en los bancos de importancia sistémica mundial (G-SIB). Si no se cumple, se imponen límites a la distribución de beneficios.
- Creando una reserva de conservación del capital, con el objetivo de aumentar el capital en momentos de crecimiento económico para poder hacer uso de él en caso de incurrir en pérdidas, unida a un colchón contra cíclico de capital, requiriendo más capital en los casos de crecimiento excesivo del crédito para evitar la formación de “burbujas”.
- Aplicando requerimientos mínimos de liquidez. Para ello se introducen la ratio de cobertura de la liquidez (LCR) y la ratio de financiación neta estable (NSFR), con el objetivo de evaluar la supervivencia de las entidades ante problemas de liquidez a corto y largo plazo, respectivamente.
- Por último, sustituyendo el actual límite mínimo sobre los resultados agregados (*output floor*) de Basilea II con un suelo sensible al riesgo más robusto basado en los métodos estándar revisados de Basilea III.

Al proponerse a tramitación el texto modificadorio de la LGB, el Ejecutivo en su mensaje reconoció la estabilidad y suficiencia de los niveles de capital de la banca diciendo:

“Si bien los bancos nacionales presentan niveles de capital que están por sobre los mínimos que actualmente exige la legislación, dichos niveles son insuficientes en comparación con las recomendaciones del CBSB, así como con aquellos que exhiben incluso algunas economías emergentes”,

y destacó, al mismo tiempo, que la legislación que se deseaba modernizar carecía de mecanismos eficientes que permitiesen al regulador establecer requi-

sitos de capital a la medida de las necesidades de cada entidad bancaria, en función de sus riesgos específicos:

- i) excluyendo el cálculo de activos de bajo valor de liquidación y
- ii) incluyendo mitigadores de riesgo¹⁸.

Es importante señalar que la Ley n.º 21130 permite reducir las diferencias que separaban la legislación chilena de las mejores prácticas bancarias internacionales; ello, en línea con las recomendaciones de Basilea III, por la vía de:

- i) nuevos requerimientos de capital mínimo, y
- ii) una mejor gestión de riesgo.

Requerimientos de capital básico y patrimonio efectivo: Pilar I de Basilea III

El proyecto de ley incorpora nuevas exigencias de capital, de conformidad con los lineamientos del pilar I de Basilea III.

En este sentido, en relación con el capital básico y el patrimonio efectivo, los artículos del título V de la LGB disponen en primer lugar que:

1. La CMF velará de manera permanente por la adecuada clasificación de gestión y solvencia de los bancos. Ésta será periódica y, al menos una vez al año, por resolución fundada que se notificará a cada banco dentro del plazo de cinco días desde que se dicte (artículo 59).
2. Los bancos se clasificarán en cinco categorías de I a V, según sus mejores o peores niveles de solvencia, tal como estos se establecen en el artículo 61.
3. Para efectos de solvencia, la LGB contempla tres niveles:
 - i) Nivel A: instituciones que cumplen con las exigencias de capital básico y patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66, y que, además, satisfacen los requerimientos de capital adicional a que se refieren los artículos 66 bis y 66 ter.
 - ii) Nivel B: instituciones que cumplen con las exigencias de capital básico y patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66, pero no con los requerimientos de capital adicional establecidos en los artículos 66 bis o 66 ter y
 - iii) Nivel C: instituciones que no cumplen con las exigencias de capital básico ni con el patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66.
4. Asimismo, se establece que, según su nivel de gestión, los bancos se clasificarán en:

¹⁸ Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio, 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365.

- i) Nivel A: instituciones no clasificadas en los niveles B y C siguientes.
 - ii) Nivel B: instituciones que reflejan ciertas debilidades en su gobierno corporativo, los controles internos, seguridad de sus redes, sistemas de información para la toma de decisiones, seguimiento oportuno de riesgos, clasificación privada de riesgo y capacidad para enfrentar escenarios de contingencia, las que serán corregidas por la propia institución durante el periodo que preceda al de la próxima calificación para evitar un deterioro paulatino en la solidez de la institución. También se considerarán las sanciones aplicadas a la empresa, salvo las que se encuentren con reclamación pendiente.
 - iii) Nivel C: instituciones que presentan deficiencias significativas, en alguno de los factores señalados en el nivel anterior, cuya corrección debe ser efectuada con la mayor prontitud para evitar un menoscabo relevante en su estabilidad. Correspondiendo a la CMF, mediante norma de carácter general, establecer las condiciones y modalidades necesarias para la implementación de esta clasificación, tal norma deberá tratar en igual forma a los bancos que se encuentren en situaciones de características y naturaleza equivalentes. Del mismo modo, deberán considerar el cumplimiento de la normativa sobre infraestructura crítica de la información que, en materia de ciberseguridad, establezca la Comisión, con sujeción a la normativa legal vigente (artículo 62).
5. Ahora bien, la relación entre activos y patrimonio efectivo de las empresas bancarias está regulado en el título VII de la LGB. Así, en el artículo 66 se establece que este no podrá ser inferior al 8 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas o al mínimo que le sea exigible de acuerdo con los artículos 51, 66 quáter y 66 quinquies.
 6. Asimismo, el capital básico no podrá ser inferior al 4,5 % de sus activos ponderados por riesgo, ni al 3 % de los activos totales, ambos netos de provisiones exigidas.
 7. El patrimonio efectivo de un banco es la suma de los factores que se indican a continuación, con sus respectivas limitaciones:
 - a) Su capital pagado y reservas o capital básico. Para efectos de esta ley, se entiende por capital pagado el conformado por las acciones ordinarias que se encuentren suscritas y pagadas.
 - b) Los bonos sin plazo de vencimiento y acciones preferentes a los que se refiere el artículo 55 bis, que el banco haya colocado, valora-

- dos al precio de colocación, hasta la concurrencia de un tercio de su capital básico.
- c) La suma del capital básico, los bonos sin plazo de vencimiento y las acciones preferentes no podrá ser inferior al 6 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas.
 - d) Los bonos subordinados que haya colocado, valorados al precio de colocación y hasta concurrencia del 50 % de su capital básico. El valor computable de estos bonos disminuirá en el 20 % por cada año que transcurra desde que falten seis años para su vencimiento.
 - e) Las provisiones voluntarias que haya constituido, hasta concurrencia del 1,25 % de sus activos ponderados por riesgo de crédito, netos de provisiones exigidas, tratándose de la aplicación de las metodologías estandarizadas a que se refiere el artículo 67, o del 0,625 % en caso de aplicarse una metodología propia conforme a esa misma disposición. Son provisiones voluntarias las que excedan de aquellas que los bancos deban mantener por disposición de la ley o por norma de la Comisión.
8. La CMF, para efectos de la determinación del patrimonio efectivo, podrá fijar, mediante norma de carácter general, ajustes o exclusiones de partidas de activos o pasivos, incluyendo mitigadores de riesgos, que incidan en su valor.

Lo que se persigue con estos ajustes de la normativa bancaria es lograr que el capital de los bancos esté conformado por activos de buena calidad. Ello, como una manera de reaccionar frente a la evidente insuficiencia de las normas de Basilea I que demostró la crisis financiera internacional de 2007.

En cuanto al capital *Tier 1* adicional, la ley establece que podrá estar constituido por acciones preferentes o bonos sin plazo de vencimiento, lo que, en caso de concurrir determinados supuestos objetivos establecidos en sus respectivas condiciones de emisión, pueden ser transformados en acciones ordinarias mediante su canje o capitalización, según corresponda, o caducados. La emisión de este tipo de instrumentos requiere de la aprobación previa de la CMF, la que, además, debe establecer los requisitos que estos deberán reunir.

A mayor abundamiento, la Ley n.º 21130 soluciona una falta relevante de la ley original, considerando un “capital básico adicional” para los bancos equivalente al 2,5 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas, por sobre el patrimonio efectivo mínimo que le sea exigible de acuerdo con lo establecido en el artículo 66¹⁹.

¹⁹ Artículo 66 bis de la LGB. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

En caso de incumplir lo anterior, el banco deberá sujetarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 56, en tanto no se subsane dicho déficit, sin perjuicio de las demás facultades que, al respecto, pueda ejercer la CMF. Asimismo, se establecen restricciones progresivas al reparto de utilidades por parte de los dueños del banco cuando no se cumpla con esta exigencia.

De manera complementaria a este capital básico adicional, el artículo 66 ter de la ley dispone que el Banco Central de Chile:

“en consideración a la fase del ciclo económico, podrá determinar la activación de una exigencia de capital básico adicional de carácter contracíclico, aplicable de manera general a todas las empresas bancarias constituidas o autorizadas para operar en el país. Para estos efectos, citará especialmente al Ministro de Hacienda a la sesión respectiva, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile”.

Asimismo, el Instituto Emisor fijará dicha reserva en un porcentaje que puede ir del 0 % al 2,5 % de los activos ponderados por riesgo, previo acuerdo favorable de la CMF. Al igual que en el caso del colchón de conservación, el incumplimiento de esta exigencia de capital tendrá como consecuencia que el reparto de utilidades por parte de los accionistas quede sujeto a limitaciones progresivas²⁰.

Por su parte, el artículo 66 quinquies dispone que la CMF:

“podrá imponer requerimientos patrimoniales adicionales a los establecidos en los artículos anteriores, mediante resolución fundada y con el voto favorable de al menos cuatro Comisionados, a aquellos bancos que, como resultado del proceso de supervisión, presenten, a juicio de la Comisión, riesgos no suficientemente cubiertos con las exigencias previstas en dichos preceptos. Tales requerimientos podrán ser satisfechos mediante capital básico, adicional al ya constituido

²⁰ “Artículo 56, inciso 4°: En caso de déficit en el capital básico adicional a que se refieren los artículos 66 bis y 66 ter, quedará limitada la distribución de dividendos hasta la respectiva proporción que a continuación se indica, mientras no se haya restituido dicho capital:

a) Si el déficit fuere menor o igual al 25% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 60% de las utilidades del ejercicio.

b) Si el déficit fuere mayor al 25% e inferior o igual al 50% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 40% de las utilidades del ejercicio.

c) Si el déficit fuere mayor al 50% e inferior o igual al 75% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 20% de las utilidades del ejercicio.

d) Si el déficit fuere mayor al 75% del nivel requerido, el banco no podrá repartir utilidades del ejercicio”. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, o bien, con los instrumentos a que se refieren las letras b), c) y d) del artículo 66, según lo autorice la Comisión. En todo caso, el requerimiento patrimonial que se imponga a un banco no podrá exceder el 4% de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas”.

Lo anterior se regula mediante norma de carácter general dictada por la CMF.

Papel de la CMF en la ponderación de los activos para determinación de capital requerido

La ley en su versión original establecía por ley el porcentaje que correspondía a cada activo para efectos de su ponderación por riesgo, clasificándolos en cinco categorías diferentes, cada una con su valor de contabilización. Este tratamiento de los riesgos era muy rígido y, por dicho motivo, la nueva ley modificó el enfoque otorgando facultades a la CMF para determinar la ponderación por riesgo de los activos, mediante la implementación de metodologías estandarizadas que deberán contar con acuerdo favorable del Consejo del Banco Central de Chile. Asimismo, se permite a los bancos implementar sus propias metodologías para la determinación de los activos ponderados por riesgo, siempre dentro de los límites que al respecto fije la CMF, y también con acuerdo favorable del Banco Central²¹.

Reconocimiento de instituciones de importancia sistémica

Otro de los avances importantes de la nueva ley es el reconocimiento –proveniente de la experiencia de la crisis del 2007– que “los problemas que afectan a grandes entidades financieras tienen un potencial efecto dominó sobre el resto de las instituciones [...]”²², por ello, el artículo 66 quáter de la LGB establece que la CMF:

“[...] determinará, mediante norma de carácter general, y previo acuerdo favorable del Consejo del Banco Central de Chile, los factores y metodología que permitan establecer si un banco o grupo de bancos puede ser calificado de importancia sistémica”.

²¹ Artículo 67 de la LGB. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

²² Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio, 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Entre los factores que permiten establecer dicha calificación se considerarán, sin que estos criterios sean taxativos:

- Tamaño.
- Participación de mercado.
- Interconexión con otras entidades financieras.
- Grado de sustitución en la prestación de servicios financieros.
- Cualquier otro criterio objetivo que se considere relevante para dicho fin.

En definitiva, lo que se persigue con esta calificación es evitar que los problemas que presenten ciertas entidades bancarias o grupos de ellas calificadas como sistémicas puedan arrastrar en sus dificultades a otros bancos y afectar la economía de un país o región o tener efectos internacionales.

Por el mismo acto que la CMF califique la condición sistémica de un banco o grupo de bancos, posteriormente, y sujeto al mismo procedimiento, podrá imponerle una o más de las siguientes exigencias, en tanto mantenga dicha condición, tal como lo dispone el artículo 66 quáter de la LGB:

- “a) Adición entre 1,0 a 3,5 puntos porcentuales al capital básico sobre activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas, por sobre el requerimiento mínimo general de 8% al que se refiere el artículo 66.
- b) Adición de hasta 2,0 puntos porcentuales al capital básico sobre activos totales, netos de provisiones exigidas, por sobre el requerimiento mínimo general de 3% al que se refiere el artículo 66.
- c) Que la reserva técnica que establece el artículo 65 sea aplicable desde que los depósitos y demás sumas a que se refiere esa norma excedan de una vez y media su patrimonio efectivo.
- d) Que el margen de préstamos interbancarios establecido en el artículo 84 N° 1, párrafo penúltimo, se rebaje al 20% del patrimonio efectivo”.

Del mismo modo, el Consejo de la CMF determinará si un banco deja de ser considerado de importancia sistémica, caso en el cual quedará eximido de las exigencias que se le hubieren impuesto en virtud de dicha calificación.

Es importante destacar que, en todos los casos en que puede verse afectada la estabilidad financiera, las decisiones de la CMF en materia de:

- i) metodología y factores necesarios para la calificación de una entidad o de la
- ii) denegación de la autorización de una fusión u
- iii) otro aspecto, requerirán del acuerdo favorable del Banco Central de Chile.

*Distribución de dividendos*²³

En esta materia, la LGB original contemplaba limitaciones a la distribución de dividendos entre los accionistas de un banco en aquellos casos en que se haya perdido parte del capital, mientras este no se recuperase. Tampoco era posible dicha distribución, con cargo a las utilidades del ejercicio determinado, si dicho reparto implicaba incurrir en un cumplimiento de los requerimientos de patrimonio efectivo y capital básico.

La nueva ley introduce limitaciones adicionales en caso de que no se cumpla con los distintos requerimientos de capital. Tales restricciones constituyen, en definitiva, un mecanismo de conservación de capital que busca preservar la capacidad del banco para absorber eventuales pérdidas, evitando un reparto de utilidades que genere una fuga de recursos que podrían ser necesarios para el pago de las obligaciones con los depositantes y demás acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- CELEDÓN FÖRSTER, ROSARIO (2019): Seminario: “Modernización de la Ley de Bancos: desafíos y nueva institucionalidad (ppt CMF - UDD). Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/604/articles-26022_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].
- MORAND VALDIVIESO, LUIS (2011): *Legislación bancaria* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- FELSENFELD, CARL (2007): *International Banking Regulation* (Huntington, New York: Juris Publishing Inc., 2nd ed.).
- LAEVEN, Luc & VALENCIA, Fabián (2012): “Systemic Banking Crisis Database”, *IMF Economic Review*, WP/12/163. Disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12163.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].
- MARSHALL, ENRIQUE (1991): *El sistema financiero y el mercado de valores en Chile* (Valparaíso: CEMLA).
- SILVA BARROLHET, Paula y EDWARDS RENARD, Javier (1989): *Sistema legal del endeudamiento público externo chileno*, memoria de prueba (Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

²³ Relevante en esta materia véanse los artículos del título IV de la LGB (artículos 50 a 57). Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Otros documentos

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2011): *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*. Disponible en www.bis.org/publ/bcbs189.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

BIS (2019): “Basilea III: marco regulador internacional para los bancos”. Disponible en www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm [fecha de consulta: noviembre 2022].

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que moderniza la LGB. Disponible en www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: noviembre 2022].