

Fuente: Revista del Abogado N°11, Noviembre 1997, Luis Morand V.

SISTEMA BANCARIO. MODIFICACIONES LEGALES.

MOTIVOS Y DESCRIPCION

1. Breve resumen histórico.

Para comprender las razones que han motivado la dictación reciente de la ley N° 19.528, que modifica la Ley General de Bancos y otros textos legales relacionados con ella, conviene hacer una breve historia del sistema bancario chileno.

Como es sabido, terminada la Primera Guerra Mundial (1914-1918) hubo un movimiento generalizado en el mundo occidental por implementar un sistema de bancos centrales en cada país que, además de la función monetaria, tuvieran un control sobre el sistema financiero. La centralización de este sistema fue propio de Europa y de la costa atlántica de América del Sur (Brasil y Argentina). Los países de la costa del Pacífico, en cambio, fueron visitados por una misión norteamericana que propiciaba el establecimiento de un banco central y separadamente una superintendencia controladora, imitando así el sistema norteamericano que tenía desde largo tiempo un contralor del circulante fiscalizador y recientemente la Reserva Federal o banco central. Así se hizo en Chile en 1925.

Las razones que se daban para la fiscalización del sistema financiero son las mismas que continúan rigiendo hoy en día: la creación, multiplicación y aceleración en la

circulación del dinero que ocasionan los bancos, la fe pública comprometida en su acción, los problemas que suscita su salida del mercado y, algo novedoso para la época, que era su participación casi monopólica en el comercio exterior de importación y exportación. Con posterioridad, el Banco Central, además de su función monetaria, fue adquiriendo facultades normativas y después cambiarias.

En las décadas de 1950 a 1970, el Banco Central, en su papel de banco de los bancos y por medio de sistemas de encajes adicionales, control cualitativo y cuantitativo del crédito y otras normas que estableció, fue adquiriendo un verdadero dominio inmanente del sistema financiero chileno, asumiendo en el fondo los riesgos inherentes al sistema bancario y convirtiéndolo en un conjunto de entes financieros protegidos y sometidos a sus decisiones.

El episodio ocurrido entre 1970 y 1973, en que se pretendió y prácticamente logró la estatización de la banca, terminó por hechos de todos conocidos.

De 1974 en adelante, se procedió a desestatizar la banca, vendiendo las acciones que habían pasado a poder público, se prohibió su tenencia por instituciones estatales y se trató de liberalizar fuertemente las actividades financieras.

Sin embargo, por razones diversas que no corresponde analizar aquí, entre las que se cuentan la rapidez con que hubo de procederse a la venta de las acciones bancarias, la proliferación de nuevos bancos y sociedades financieras, la falta de normas para limitar convenientemente los préstamos a personas relacionadas, la lluvia de petrodólares, etc. se produjo una fuerte crisis que comenzó a

fines de 1981 y que obligó a intervenir y liquidar numerosas instituciones financieras, al Estado a asumir las deudas externas de prácticamente toda la banca nacional y al Banco Central a comprarles por su valor nominal cartera de colocaciones de alto riesgo.

2. La legislación bancaria de los años 1986 a 1989.

La situación recién descrita demostró que era necesario estudiar una profunda modificación a la legislación bancaria que, a la vez, respetara los propósitos de liberalización del mercado, pero evitara la repetición de los problemas a que se había visto expuesto el sistema financiero. Una ley de 1986, la 18.576, estableció el grueso de las reformas, según lo había recomendado una comisión formada por personeros del Sector Público y del Sector Privado y las leyes 18.707 y 18.818 de 1988 y 1989, respectivamente, agregaron algunas complementaciones a la normativa anterior.

Fundamentalmente, esta legislación se preocupó de corregir las deficiencias observadas en razón de la crisis y de cerrar los diversos vacíos de que adolecían las leyes anteriores. Fundamentalmente, se dictaron normas sobre créditos a personas relacionadas al banco por propiedad accionaria o administración, se fijaron normas objetivas para observar las zonas de peligro en cuanto a capital o solvencia que afectaran a un banco y se establecieron medidas para regularizar la situación de la empresa antes de que se viera forzada a entrar en liquidación. Especialmente importante es la reposición obligada de capital y las proposiciones de convenio a los acreedores. También se estableció un pago preferente de los depósitos y obligaciones a la vista, que

corresponden a los acreedores más afectados por una cesación de pagos, como asimismo una garantía estatal para los depósitos a plazo no superiores a 120 Unidades de Fomento. También esta legislación recogió un sistema de cuasi capital existente en otros países, consistente en la emisión de bonos que se denominan subordinados, no porque dependan de alguien, sino porque en inglés "subordinate" quiere decir tanto eso, como también inferior en rango. En realidad estos bonos, que se emiten a largo plazo y no admiten prepago, se solucionan con posterioridad a los valistas, pasando a constituir una sexta clase de créditos.

Como se puede apreciar, la legislación de estos años constituyó la típica reacción ante una crisis: dictar normas para que no se repitan los fenómenos indeseados. En cambio, en materia de inversiones en el exterior, por ejemplo, la ley fue tan exigente que hizo casi imposible la apertura de filiales, lo que se explica porque existió un Banco Andino que se constituyó en Panamá con la concurrencia de varios bancos chilenos y cuyo funcionamiento y fin no son de feliz memoria.

3. Preparación de la legislación de los años 90.

Para la preparación de una nueva modificación de las leyes bancarias, en la década de 1990 se presentaron diversas motivaciones:

a). La persuasiva acción del Sector Privado para que se liberalizara la legislación en relación con la dictada con motivo de la crisis.

b). La existencia de una obligación pendiente y de plazo indeterminado, que algunos bancos mantenían con el Banco Central por la compra de cartera que éste les había

realizado durante la crisis y que el Gobierno quería regularizar.

c) En razón de los problemas que afectaron al sistema bancario en todo el mundo durante la década de 1980, se produjo un natural acercamiento entre las asociaciones de bancos de los diversos países y también entre los sistemas fiscalizadores que funcionaban en ellos. Este acercamiento llevó a adoptar los principios de Basilea, llamados así porque en esa ciudad de Suiza se efectúan reuniones periódicas para dar recomendaciones sobre funcionamiento de los bancos. No se trata de que se celebren tratados internacionales sobre estas materias, sino que son acuerdos y recomendaciones sectoriales que los países adoptan voluntariamente a través de sus bancos centrales y organismos fiscalizadores.

Reforzaban lo anterior los siguientes factores:

a). La legislación bancaria establece taxativamente lo que los bancos pueden hacer, por lo tanto sólo la dictación de una ley podía ampliar sus operaciones.

b). El nuevo contexto económico del país, la situación relativa de Chile con sus vecinos inmediatos y con el resto de América, la internacionalización del sector productivo son otras razones que movieron a modificar la legislación.

c) También se vio la necesidad de incorporar normas que facilitaran la eficiencia y rebajaran el costo de los servicios.

En vista de lo anterior, la Asociación de Bancos hizo llegar una proposición que, a su juicio, podía ser el texto de la nueva Ley General de Bancos. Se produjeron

reuniones entre ella, personeros del Ministerio de Hacienda, de la Superintendencia de Bancos y del Banco Central, de las cuales resultó un proyecto que podía estimarse conveniente para todos ellos. Sin embargo, el Gobierno consideró que la aprobación de dicho proyecto tenía que ir aparejada con una solución aceptable de la obligación subordinada para con el Banco Central.

Por ello, el mensaje que se envió al Congreso, con fecha 26 de agosto de 1993, llevaba dos títulos, el primero con las normas sobre deuda subordinada y el segundo con las modificaciones que se proponían para la legislación bancaria permanente.

La discusión del proyecto en su primera parte, demoró hasta mediados de 1995, fecha en que su texto se promulgó separadamente como ley N° 19.396. Hecho esto, pudo entrarse a estudiar la parte de la ley que modificaba la legislación bancaria y que, con las modificaciones, supresiones y agregaciones introducidas por la Cámara de Diputados y el Senado, ha llegado a ser promulgada.

4. Contenidos principales de la modificación.

A continuación se abordarán por materias las principales modificaciones que contiene la nueva ley.

4.1. Licencias bancarias.

En lenguaje técnico, se entiende por licencia bancaria, el otorgamiento de la autorización para la creación de un banco chileno o de una sucursal de un banco extranjero en Chile, dentro de la idea que ello envuelve una cierta concesión o gracia del Estado por las facultades especialísimas que significa la posibilidad de que una institución reciba habitualmente fondos del público. Dicho en

otras palabras, es el reconocimiento de que una institución entra a participar en el monopolio bancario.

En la ley que regía antes de la modificación y desde que existe legislación bancaria, se reconocía a la autoridad competente la facultad de rechazar el prospecto de formación de un banco sin necesidad de expresar causa para la negativa. Esto es, se le reconocía una facultad plenamente discrecional.

En esta parte, el proyecto no proponía ninguna innovación. Sin embargo, los parlamentarios condicionaron la aprobación de otras reformas importantes a una objetivación de esta facultad. Lo anterior fue aprobado y en adelante la Superintendencia sólo podrá rechazar la formación de un banco por resolución fundada, sea en que los accionistas fundadores no han acreditado una solvencia patrimonial a lo menos igual a la inversión proyectada o que existen conductas dolosas o culposas, graves o reiteradas, que no permitan considerar que tienen la integridad necesaria.

Este mismo examen se exige para adquirir acciones que representen un 10% del capital de la empresa.

Además, se establece que los mismos accionistas fundadores deben presentar un plan de desarrollo de negocios para los primeros tres años de funcionamiento y que la Superintendencia fiscalizará su cumplimiento.

En cuanto a las instituciones extranjeras que deseen participar con más de un 10% en un banco chileno o establecer una sucursal en el país, tienen que provenir de un país en que exista una entidad supervisora adecuada o, subsidiariamente, que sean de un país sometido a las normas de Basilea y que puedan proveer información adecuada.

4.2. Normas de Basilea sobre relaciones patrimonio-activos.

Tradicionalmente en nuestros países americanos el crecimiento máximo de un banco se ha medido por una relación entre su endeudamiento, esto es, sus pasivos, y su patrimonio propio o su capital y reservas. En Chile específicamente, el máximo crecimiento de un banco, desde la década de 1940 y hasta la vigencia de la nueva ley, consiste en que su endeudamiento con el público o con otras entidades no puede exceder de veinte veces su patrimonio propio. De aquí que sus activos pueden alcanzar a veintiuna veces (20 de endeudamiento más el capital y reservas).

Los europeos, por su parte, han medido este crecimiento en relación con el activo de los bancos, en vez de hacerlo con el pasivo. La diferencia entre los dos sistemas podría estimarse nula, si no fuera porque para esta medición, a diferencia de los pasivos que tienen un valor parejo y se estiman en el 100% de lo que representan en dinero, en el caso de los activos éstos se ponderan por riesgo. La norma general es que se ponderen también en un 100%, pero existen activos, como la caja, los documentos del Banco Central, los depósitos a la vista en otros bancos del país, cuya ponderación es cero. Y hay otras categorías intermedias, cuya ponderación por riesgo es superior a cero, pero inferior a cien.

Como los europeos han inspirado fundamentalmente el sistema de Basilea, los restantes países del mundo se han visto compelidos a adaptar sus legislaciones bancarias a la proporción activos a patrimonio y esto es lo que recoge la ley chilena en esta modificación.

La nueva ley, en este sentido, establece dos proporciones que los bancos deben respetar:

a). Entre patrimonio efectivo, entendiendo por tal el capital y reservas tradicional, llamado ahora capital básico, más bonos subordinados que no excedan de un 50% de ese capital básico, más provisiones no asignadas específicamente a un riesgo determinado, por una parte, y los activos ponderados por las diversas categorías de riesgo. El primer factor no puede ser inferior a un 8% del segundo. Cuando medíamos por pasivo, establecíamos la proporción al revés: los pasivos no podían exceder de 20 veces el capital. Si hacemos lo mismo con la nueva proporción, los activos ponderados por riesgo no pueden exceder de 12,5 veces el patrimonio efectivo.

b). Como podría ocurrir que un banco pudiera crecer hasta el infinito si tuviera solamente activos de riesgo cero, la ley le pone un límite objetivo sobre el capital y reservas o capital básico. Sus activos, sin ponderación alguna, no pueden exceder de 33,33 veces su capital básico. La ley lo dice al revés, esto es que el capital básico no puede ser inferior al 3% de los activos totales.

El cambio de estos parámetros obligó a modificar todas las señales de peligro que la ley anterior había establecido para casos de insuficiencia de capital o de posible insolvencia. El cambio consistió consecuentemente, en establecer relaciones de patrimonio a activos ponderados o de capital básico a activos, donde el texto sustituido efectuaba proporciones de pasivo a capital y reservas.

4.3. Participación en sociedades en el país.

La modificación legal de 1986 permitió que los bancos, a quienes por una ley anterior se les había prohibido estrictamente poseer acciones en sociedades, tomaran participación en sociedades con un objeto determinado que se consideraba complementario de los bancos.

Dicha facultad dio origen a dos tipos de sociedades complementarias, unas que correspondían a la fiscalización de la Superintendencia de Valores: agentes de valores, corredoras de bolsa, administradoras de fondos mutuos o de fondos de inversión, a las que posteriormente se agregaron por otra ley las securitizadoras. En este sentido la ley nueva agrega las corredoras de seguros, siempre que no se trate de seguros previsionales.

El otro tipo de sociedades queda sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos. Originalmente comprendía leasing y asesoría financiera y ahora se le agrega: factoraje, custodia o transporte de valores, cobranza de créditos y la prestación de otros servicios financieros que la Superintendencia determine mediante norma general.

La otra novedad es que, en aquellas materias que complementan el giro de un banco y que puedan ser efectuadas por sociedades fiscalizadas por ella, la Superintendencia puede también autorizar que el banco las ejercite directamente.

La nueva ley objetivó bastante la autorización que debe dar la Superintendencia para establecer estas sociedades complementarias, ya que fijó los requisitos que debe cumplir el banco y un plazo determinado para el pronunciamiento.

4.4. Sucursales en el país.

Desde largo tiempo los bancos han solicitado gozar de libertad para abrir sucursales y en general oficinas en el país, sin necesidad de recurrir en cada caso a una autorización del organismo fiscalizador.

En esta ley se les concedió esa facultad, salvo para los que se encuentren calificados en las dos últimas categorías. Por lo tanto, salvo esta excepción, los bancos pueden abrir y cerrar sucursales mediante un simple aviso para efectos de registro.

4.5. Sucursales y filiales en el exterior.

La modificación de la ley efectuada en 1986, contemplaba la posibilidad de que los bancos establecieran sucursales en el exterior y que participaran en empresas bancarias, como filiales o con una participación menor. De hecho, hasta la fecha, sólo existen sucursales.

La nueva ley ha venido a dar mayores posibilidades para actuar en ambas formas y, además, para permitir establecer filiales de aquellas que la misma ley permite crear en el país con los objetos que se han examinado en el N° 4.3.

A este respecto, se ofrecen dos alternativas de participar en actividades en el exterior. A los bancos mejor calificados y que, además, tengan una relación de activos ponderados por riesgo a capital de 10%, les ofrece una vía rápida de aprobación, siempre que cumplan con otros requisitos más exigentes. A los demás bancos les ofrece la misma posibilidad, con menores exigencias de aprobación, pero mayores plazos para su aprobación.

Atendido que esta internacionalización se hará dentro de los parámetros de Basilea, quedarán fiscalizados por la legislación chilena, además de las sucursales que siempre lo han estado, las filiales de bancos nacionales, tanto si se trata de un banco matriz o de dos o más cuyas participaciones sumadas los hagan estimar como matrices de una filial.

4.6. Calificación de los bancos.

La ley recientemente promulgada encarga a la Superintendencia una calificación periódica de los bancos en cinco categorías. Esta calificación debe hacerse no sólo por el riesgo de la cartera, como se venía haciendo desde hace casi siete años, sino también de otros elementos de solvencia y, además de una calificación de su gestión, según los parámetros que al respecto se establecen.

Esta calificación tendrá mucha importancia para la decisión que la Superintendencia habrá de tomar sobre apertura de oficinas, establecimiento de sociedades complementarias del giro en el país, o participación en el exterior, tanto como sucursales como filiales, así como para el desarrollo de su función permanente de supervisión.

4.7 Nuevas operaciones autorizadas a los bancos.

Se pueden citar las siguientes:

a). Servicio de transporte de valores.

b). Emisión y operación de tarjetas de crédito. En realidad, este es un reconocimiento en el texto de la ley de algo que se había entendido que era una operación de crédito propia de los bancos.

c). Underwriting de acciones, esto es, que un banco pueda actuar como agente colocador de acciones y

garantizar su colocación. Esta era una operación propia de los bancos, que fue restringida solamente a los documentos de renta fija por la ley de 1986. La restricción obedeció a que se había prestado a abusos en los tiempos de la crisis. Al restablecerse, se han tomado resguardos para que esos problemas no vuelvan a ocurrir, especialmente porque sólo pueden operar con acciones de sociedades anónimas abiertas.

d). Los bancos, hasta esta modificación, requerían de una autorización especial de la Superintendencia para operar un departamento de comisiones de confianza. Ahora, será una operación más que podrán desempeñar por el solo hecho de ser bancos.

4.8. Sociedades financieras.

A las sociedades financieras se las autoriza para tomar participación en las mismas sociedades que se permiten a los bancos tanto en el país como en el exterior y para abrir sucursales en el extranjero.

4.9 Simplificaciones operativas.

Vale la pena citar las siguientes:

a). Los bancos no necesitarán en adelante rendir garantía para su funcionamiento.

b). Se suprimen varias incompatibilidades para ser director de un banco o sociedad financiera. Entre otras, la que afectaba a los parientes cercanos, a los directores con el mismo cargo en otras sociedades y a los gerentes con el cargo de director de sociedad anónima.