

PRESENTE Y FUTURO DE LA REGULACIÓN DE SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO ESPAÑOLAS: DE LA PREOCUPACIÓN POR EL CAPITAL AL PARADIGMA DE LA REGULACIÓN MACROPRUDENCIAL

FÉLIX LLOPIS ESTRAMIANA
Abogado (*)

Presente y futuro de la regulación de solvencia de las entidades de crédito españolas: de la preocupación por el capital al paradigma de la regulación macroprudencial

La inminente aprobación por la Unión Europea del paquete normativo (Propuesta DRC IV) por el que se incorporará a nuestro país el llamado acuerdo de Basilea III exige una profunda revisión de los elementos que componen la normativa prudencial aplicable a las entidades de crédito españolas. Estas propuestas introducen importantes modificaciones respecto de una normativa (Basilea II y el paquete de Directivas DRC II y DRC III) que, a su vez, también había supuesto un profundo cambio en el paradigma de nuestra regulación prudencial y que apenas había echado a andar cuando estalló la gran crisis financiera internacional. A ello se une la sustantividad (incremento en la calidad y en la cantidad del capital regulatorio exigible) y la complejidad de muchos de los nuevos instrumentos prudenciales que se prevé introducir con esta nueva regulación: constitución de colchones de capital adicional anticíclicos, introducción de una ratio de apalancamiento y de una ratio de cobertura de liquidez, mejoras en el cálculo de determinadas exposiciones, etc.

Una de las novedades más relevantes es que la mayor parte de esta normativa será incorporada mediante la aprobación de un Reglamento comunitario, que constituirá un verdadero código único con el que se evitarán las posibles divergencias en la adaptación de esta normativa a la legislación de cada uno de los Estados miembros.

Present and Future of the Solvency Regulation of Financial Credit Institutions of Spain: Evolution from the Concern for the Capital to the Paradigm of the Macroprudential Regulation

The imminent adoption by the European Union of the regulatory package (CRD Proposal IV) which will be implemented in our country as the Basel III agreement raises a thorough review of the elements that prudential regulation applicable to Spanish credit institutions comprises. These proposals introduce important changes in regulations (Basel II and the CRD II Directives package and CRD III) that, in turn, had also led to a profound change in the paradigm of our prudential regulation, but had hardly taken off when the great international financial crisis began. All this has been coupled with the substantivity (increase in the quality and quantity of required regulatory capital) and complexity of many of the new prudential instruments to be introduced by the regulation: formation of additional counter-cyclical capital buffers, introduction of a leverage ratio and a liquidity coverage ratio, improvements in the calculation of certain exhibitions, etc.

One of the most important innovations is that most of these regulations will be implemented by means of a Community regulation which will constitute a real unique code, which will allow to avert the risks of the possible divergence in adaptation of this regulation to the legislation of each member States.

«En la actualidad las entidades de crédito españolas están disfrutando de un periodo de bonanza en su cuenta de resultados, a pesar del escaso crecimiento de los márgenes de intermediación y explotación, en la que incide de forma importante el mínimo peso de las dotaciones por riesgo de insolvencia que deben cargar a la cuenta de resultados. Sin embargo, esa bonanza contiene un elemento engañoso. La cartera crediticia que tan rápidamente se está acumulando esconde unos niveles de riesgo de insolvencia que se manifestarán cuando empeore la coyuntura, o cuando vayan madurando inversiones mal seleccionadas.

El Banco de España considera necesario introducir en la normativa contable de las entidades de crédito criterios para reconocer estos fenómenos de riesgo a medio y largo plazo, y entiende que el momento adecuado para hacerlo es precisamente cuando las cuentas de resultados están en auge, la morosidad en mínimos, y la evolución de la coyuntura permite suponer que en los próximos ejercicios podrá constituirse un fondo de dimensión eficaz».

Exposición de motivos de la Circular del Banco de España 9/1999, de 17 diciembre

1 • INTRODUCCIÓN

En el comienzo de la actual crisis financiera internacional en el verano de 2007, las entidades de crédito españolas gozaban de una relativa buena salud financiera y una casi nula exposición a los llamados activos tóxicos. Tal y como ha señalado algún

autor¹, esta circunstancia obedece al hecho de que la regulación prudencial española de comienzos del siglo XXI —aunque basada como es obligado en la

* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

1 R. Poveda Anadón: «La respuesta del marco regulatorio español ante la crisis», en *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, 2011, págs. 19-34 (*Papeles de la Fundación*, n.º 42).

de la Unión Europea (UE) y en los estándares mínimos internacionales— presentaba significativas diferencias con la de los países de su entorno. Esas diferencias garantizaban una mayor solidez del sistema español en términos comparados.

Así, por ejemplo, el legislador español introdujo en 1999 las llamadas provisiones estadísticas² (luego denominadas genéricas o dinámicas) a las que hace referencia la nota introductoria. Aunque, en la actualidad, la lectura de esa exposición de motivos resulta turbadoramente profética, su inclusión por el legislador español sigue siendo reconocida como una gran aportación a la regulación prudencial internacional.

En cualquier caso, nadie puede discutir en la actualidad que esa regulación no fue suficiente para inmunizar a nuestro sistema bancario frente a la crisis financiera internacional ni, muy en particular, frente al estallido de la burbuja inmobiliaria española que ha sumido a nuestro país en una crisis (en un conjunto de crisis, en realidad) de proporciones y extensión sin precedentes.

La gravedad de la situación, unida al entendimiento generalizado de que la regulación del sistema financiero debía ser objeto de una profunda revisión, ha dado lugar a un verdadero *tsunami* regulatorio de proporciones difícilmente asumibles para gran parte de las entidades de crédito llamadas a aplicarlo. Tan solo enumerar las reformas aprobadas desde 2007 en el ámbito internacional, comunitario y nacional en materia financiera excedería con creces del objeto de este artículo. Por esa razón, el análisis se centrará en una materia que ha sido especialmente sensible a este torrente regulatorio: la regulación prudencial o de solvencia de las entidades de crédito³.

La regulación prudencial o de solvencia puede definirse como aquel conjunto de normas que abordan tres áreas relativas a las entidades de crédito⁴: (i) los requerimientos de recursos propios mínimos exigibles, así como las limitaciones a su actividad por razones prudenciales; (ii) la adaptación de las normas anteriores a las concretas circunstancias de

cada entidad, a través de procesos de evaluación interna y su revisión por el supervisor; y (iii) la divulgación de información y la disciplina de mercado. Esta definición se basa en el conocido enfoque de los «tres pilares».

2 · BREVE APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA REGULADORA DE SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Como se han encargado de recordarnos las últimas normas dictadas en esta materia, la razón última de la regulación de solvencia de las entidades de crédito es —en la actualidad— la propia estabilidad del sistema financiero como único medio eficaz para asegurar la canalización efectiva del crédito hacia la economía real, en apoyo de la actividad empresarial, el empleo y el consumo⁵. Sin embargo, no siempre ha sido así. La estabilidad del sistema financiero ha sido un principio rector de toda la normativa de solvencia, pero la evolución de esta regulación ha estado marcada por otras necesidades cuya respuesta resultaba más prioritaria.

En este sentido, la historia de la normativa de solvencia podría resumirse *grosso modo* atendiendo a la manera en que se ha venido dando respuesta por parte del poder público a los retos más importantes a los que las entidades de crédito se han ido enfrentando en las últimas décadas.

2.1 · Primer gran reto: la globalización bancaria y la necesidad de homogenizar unas exigencias mínimas de capital para garantizar la competencia efectiva

Tradicionalmente la regulación de solvencia de las entidades de crédito tenía su principal razón de ser en un doble fundamento. Por un lado, como forma de protección de los depositantes y de los mecanismos institucionales de protección de esos depósitos; y, por otro lado, como mecanismo para mitigar los incentivos a la excesiva asunción de riesgos por parte de las entidades de crédito y sus directivos⁶.

² Las provisiones genéricas se dotan sobre un porcentaje fijo del total del crédito concedido, por lo que obligan a los bancos a crear un fondo de provisiones superior a los créditos dudosos (cubiertos por la provisión específica).

³ Como muestra, un botón. En España la norma básica de nuestra regulación prudencial (la Ley 13/1985, de 25 de mayo) ha sido objeto de 9 modificaciones desde 2009.

⁴ Aunque su regulación es conjunta, en este artículo no se analizan las particularidades propias de las llamadas «empresas de inversión».

⁵ La primera referencia normativa a esta concreta finalidad se encuentra en el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, y se reitera en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero.

⁶ La idea básica es que cualquier entidad se vuelve más prudente cuando se juega su dinero y no el de sus depositantes o el obtenido por otros medios de financiación. En entornos alta-

El imparable proceso de globalización característico de las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado, especialmente intenso en relación con las entidades financieras, acaparó rápidamente la atención internacional, así como el consenso en relación con la necesidad de establecer un estándar internacional de capital mínimo que garantizara la competencia efectiva entre aquellas que habían pasado a operar de forma internacional.

Este proceso de concienciación colectiva culmina en julio de 1988 con la publicación por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea⁷ (CSBB) del acuerdo titulado *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* (Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital), que ha pasado a ser conocido comúnmente como Basilea I. Se trata, sin duda, del primer gran acuerdo internacional sobre la regulación del capital de las entidades de crédito y, en su día, supuso la puesta en marcha de un proceso de armonización regulatoria internacional que todavía hoy continúa vigente.

Las principales novedades que introdujo Basilea I pueden resumirse en las siguientes:

(i) Definición armonizada de recursos propios a estos efectos (capital regulatorio) y un requisito mínimo, fijado en el 8% de los llamados «activos ponderados por riesgo» (en lo sucesivo, «APR»). Este nuevo coeficiente pasa a reemplazar al estándar dominante hasta entonces basado en una ratio de capital mínimo en función del volumen total de los acreedores.

(ii) En cuanto a la composición del capital regulatorio (numerador de la fracción), distingue entre dos niveles de capital: el primero (*Tier 1*), formado principalmente por capital más reser-

vas; y el segundo nivel (*Tier 2*), en el que se incluyen, con algunas limitaciones, otros elementos como deuda subordinada, instrumentos híbridos de capital, revalorización de reservas o reservas tácitas.

(iii) En cuanto a la medida de los activos (denominador), propone su ponderación según sus riesgos asociados. El cálculo de esa ponderación (APR) es muy sencillo, ya que consiste en asociar un porcentaje predeterminado de riesgo a cada tipo de activo. Así, por ejemplo, Basilea I recomendaba una ponderación del 0% para los llamados riesgos soberanos (deuda pública), del 50% para préstamos hipotecarios o del 100% para el resto de activos. De esta forma, por ejemplo, 100 millones de euros en deuda soberana ponderarían como cero APR, mientras que esos mismos 100 millones de euros en préstamos hipotecarios equivalen a 50 millones de APR.

El éxito de Basilea I fue inmediato, ya que, si bien esta propuesta estaba llamada a resultar exigible solo a los grandes bancos «internacionalmente activos», en la práctica se impuso como estándar de la regulación internacional de la solvencia de todas las entidades de crédito.

Las principales novedades introducidas por Basilea I fueron rápidamente adoptadas en el ámbito comunitario a través de la Directiva 1989/647⁸. En España, esta Directiva fue transpuesta mediante la aprobación de la Ley 13/1992, de 1 de junio, el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, la Orden Ministerial 30 de diciembre de 1992 y la Circular del Banco de España 5/1993, de 26 de marzo.

No obstante, la introducción del coeficiente de solvencia en España fue anterior y tuvo lugar con motivo de la aprobación de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros (la «Ley 13/1985»). Hasta entonces, la regulación de los recursos propios mínimos que debían mantener nuestras entidades de crédito, en consonancia con el estándar internacional, se basaba entre otros elementos en un «coeficiente de

mente competitivos es presumible, por tanto, que algunas de estas entidades caigan en la tentación de querer operar con muy pocos recursos propios, en cuyo caso estaría justificada una regulación que imponga unos requisitos mínimos de capital para garantizar que esa competencia sea realmente efectiva.

⁷ Desde una perspectiva internacional, la regulación de solvencia ha estado tradicionalmente impulsada por el CSBB. Aunque este organismo carece de personalidad jurídica propia y sus recomendaciones no son vinculantes, sí son muy influyentes, al ser normalmente transpuestas a las legislaciones nacionales. El CSBB fue creado en 1974 por los gobernadores de los bancos centrales del llamado Grupo de los Diez (G-10). En la actualidad, está formado por representantes de la supervisión bancaria y bancos centrales de 27 países. España es miembro de pleno derecho desde febrero de 2001. Este comité se reúne habitualmente en el Banco de Pagos Internacionales en Basilea (www.bis.org), donde se encuentra localizada su sede.

⁸ Esta Directiva fue posteriormente modificada por la Directiva 1993/6/CEE, sobre adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, y fue finalmente objeto de refundición junto con otras normas comunitarias en esta materia mediante la Directiva 2000/12/CE, de 20 de marzo.

garantía» que relacionaba los recursos propios con el volumen total de los acreedores. La Ley 13/1985 modificó este criterio y estableció, en sintonía con los trabajos preparatorios de Basilea I y antes de la aprobación de este acuerdo, que las entidades deberían tener un volumen de recursos propios equivalentes a una determinada proporción de sus APR de cada una de las clases en que se clasificaban.

La aprobación de la Ley 13/1985 supone la consolidación en España de un cambio en el paradigma de supervisión de nuestras entidades de crédito al optarse por una regulación prudencial, no intrusiva, cuyo elemento más reconocible sería la ratio de capital por APR.

2.2 · Segundo gran reto: la sofisticación del sector financiero y las nuevas técnicas de medición del riesgo

Basilea I dio respuestas sencillas y adecuadas para un tipo de banca que poco tenía que ver con la de finales de los años noventa. Así, por ejemplo, la irrupción de nuevas operaciones financieras como los derivados y, junto a ellas, la aparición de técnicas, nuevas en muchos casos, de medición y gestión de los riesgos asumidos, pusieron de manifiesto sus limitaciones⁹. Al mismo tiempo, la aparición de turbulencias financieras y de incidentes bancarios de importancia, como, por ejemplo, el del banco Baring¹⁰, hizo reparar en la necesidad de regular un tipo de riesgo, el operacional, que no estaba presente en el Acuerdo de Basilea I.

Todo lo anterior consolida además la necesidad de incluir dentro de la normativa de solvencia dos importantes áreas a las que hasta entonces no se había prestado la suficiente atención internacional:

el proceso de supervisión y la disciplina de mercado. En definitiva, se impone el reconocimiento de que la regulación de solvencia de las entidades de crédito pasa por algo más que el establecimiento de un mero coeficiente de solvencia que ponga en relación el capital de las entidades de crédito con sus riesgos.

En junio de 2004, el CSBB hace público un documento llamado *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework* (Convergencia Internacional de Medidas y Normas de Capital: Marco Revisado). Este acuerdo es comúnmente conocido como Basilea II¹¹.

A los objetivos que inspiraron Basilea I (suficiencia de capital e igualación del terreno de juego competitivo), se añaden, por tanto, otros tres objetivos: (i) una mayor sensibilidad al riesgo (para incluir en la metodología del cálculo de los APR, no solo el riesgo de crédito —esto es, probabilidad de que la contraparte incumpla sus obligaciones por insolvencia o incapacidad—, sino también otros como el operacional¹², el de tipo de cambio o el riesgo sobre materias primas); (ii) la incorporación a la regulación del proceso de supervisión prudencial; y (iii) el fomento de normas de transparencia que incentiven las mejores prácticas del sector.

Sobre la base de lo anterior, Basilea II se articula en torno a los tres conocidos pilares: requerimientos mínimos de capital (Pilar 1); los principios de la supervisión (Pilar 2); y la utilización de la disciplina de mercado (Pilar 3).

Basilea II se incorpora al acervo comunitario mediante la Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio, así como con la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio. Este conjunto de directivas sobre requisitos de capital es comúnmente conocido como la DRC I (CRD I en terminología inglesa) y no fueron transpuestas plenamente en España, como veremos más adelante, hasta principios de 2008. Tratar de culpar a Basilea II del acaecimiento o agravación de la crisis financiera internacional resulta, por tanto, un debate absurdo, ya que en el año 2007 esta norma-

⁹ El principal aspecto negativo de Basilea I, y que motivó su reforma, era la insuficiente diferenciación en el tratamiento de los riesgos. Así, préstamos a empresas con elevada calificación crediticia y, por tanto, con escaso riesgo de impago, tenían las mismas exigencias de capital que préstamos a otro tipo de empresas, lo que abría la puerta a lo que se conoce como arbitraje regulatorio.

¹⁰ El banco Baring (Baring Brothers & Co. Ltd), fundado en 1762, fue el banco comercial más antiguo de Londres hasta su colapso en 1995 después de que uno de los empleados, Nick Leeson, perdiera 827 millones de libras especulando en contratos de futuros. El Banco de Inglaterra intentó un rescate de fin de semana, pero fue infructuoso. Baring fue declarado insolvente el 26 de febrero de 1995. Baring fue comprado por el banco y compañía de seguros holandés ING por la suma nominal de una libra, haciéndose cargo de todos sus pasivos.

¹¹ Este acuerdo culmina los trabajos que se inician formalmente en 1999. La tramitación de este acuerdo estuvo caracterizada por los numerosos documentos de trabajo y las sucesivas modificaciones en la fechas de finalización, lo que pone de manifiesto la complejidad del nuevo acuerdo y las enormes dificultades que tuvo que superar desde que se iniciara su proceso.

¹² Es el riesgo de pérdidas debido a la inadecuación o el fallo de los procedimientos, el personal y los sistemas internos de una entidad, o a acontecimientos externos, incluido el riesgo jurídico.

tiva no se había llegado a poner en práctica en casi ningún país.

2.3 · Tercer reto: el colapso del sistema financiero internacional y la necesidad de garantizar su estabilidad y sostenibilidad futura

2.3.1 · La respuesta internacional a la crisis: Basilea III

La primera gran crisis del sistema financiero global ha dado paso a un consenso nada habitual en el ámbito de la cooperación internacional para tratar de dar una respuesta conjunta a la dramática situación generada. Así, el G-20, en sus cumbres de Washington (noviembre 2008), Londres (abril 2009), Pittsburgh (septiembre 2009) y Toronto (junio 2010), hizo público su firme compromiso de impulsar una labor coherente a nivel internacional, con vistas a mejorar en calidad y cantidad el capital del sistema bancario, y para analizar otras medidas adicionales no basadas en riesgo con las que tratar de contener el apalancamiento, garantizar la liquidez y tratar de mitigar la prociclicidad¹³ inherente al propio sistema financiero.

En respuesta a ese mandato otorgado por el G-20, y en un tiempo ciertamente breve si lo comparamos con los más de cinco años que llevó cerrar un acuerdo sobre Basilea II, el CSBB publicó en diciembre de 2010 un primer documento denominado *Basel III: International Framework For Liquidity Risk Measurement, Standards and Monitoring* (Basilea III: Marco Internacional para la Medición, Normalización y Seguimiento del Riesgo de Liquidez). Este acuerdo es complementado en ese mismo mes con la publicación del documento *Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems* (Basilea III: Marco Regulador Global Para Reforzar los Bancos y Sistemas Bancarios)¹⁴. Este conjunto de directrices y recomendaciones sobre la adecuación del capital y la liquidez de las entidades de crédito ha pasado a ser conocido como Basilea III¹⁵.

¹³ Tal y como hemos podido comprobar durante estos últimos años, es un hecho no discutido que los mercados financieros tienden a subestimar los riesgos durante las fases de expansión económica y a exagerarlos en momentos de crisis, fenómeno conocido como prociclicidad.

¹⁴ En junio de 2011 se publica una versión revisada de este documento.

¹⁵ Antes, en julio de 2009, el CSBB publicó nuevas normas sobre valoración de los riesgos asociados a determinados pro-

Las principales novedades que introduce la reforma de Basilea III son las siguientes:

(i) Aumento tanto de la calidad del capital para asegurar su mayor capacidad para absorber pérdidas (numerador) como del nivel de los requerimientos de capital para fortalecer la solvencia de las entidades (cociente). Basilea II no había modificado ninguno de estos elementos, centrándose básicamente en la mejora de los métodos de cálculo de los APR (denominador).

(ii) Mejora de la captura de los riesgos de determinadas exposiciones que la crisis había probado que estaban mal cubiertas; en particular, para las actividades de la cartera de negociación, titulizaciones, exposiciones a vehículos fuera de balance y al riesgo de contraparte que se deriva de las exposiciones en derivados. En todo lo demás, se mantiene el tratamiento establecido en Basilea II.

(iii) Introducción de dos «colchones» de capital adicional de máxima calidad: uno llamado de conservación de capital y otro anticíclico (que deberá dotarse en momentos expansivos del ciclo económico) y que podrán ser utilizados en periodos de recesión.

(iv) Incorporación de una ratio de apalancamiento como medida complementaria con el objetivo de contener el apalancamiento excesivo en el sistema bancario.

(v) Introducción de un estándar de liquidez, que incluye una ratio de cobertura a corto plazo y una ratio estructural a largo plazo. El objetivo es asegurar que las entidades tengan colchones de liquidez suficientes para hacer frente a posibles tensiones y una estructura de balance que no descansa excesivamente en la financiación a corto plazo.

(vi) Mejora de la gestión del riesgo durante el proceso supervisor (Pilar 2) y de la disciplina de mercado (Pilar 3).

Otro elemento fundamental que introduce Basilea III trae causa de su propia génesis. Como quiera que la razón última de ser de esta nueva regulación de solvencia es precisamente el control de los con-

ductos (principalmente titulizaciones, retitulizaciones y algunos derivados de crédito) que la crisis puso de manifiesto que habían sido minusvalorados. Este acuerdo es conocido como «Basilea 2.5».

sustanciales riesgos sistémicos a los que se enfrenta nuestro sistema financiero internacional, se incorpora un enfoque macroprudencial en todo el proceso prudencial que complementa al enfoque «micro» característico de Basilea I y Basilea II. A partir de ahora, la regulación prudencial del sistema financiero se aborda, no solo como la suma de un conjunto finito de entidades de crédito, sino también como un conjunto orgánico en sí mismo. Esto es, el sistema financiero, como un todo, pasa a ser objeto autónomo de la regulación prudencial.

Dado que las nuevas medidas de capital y de liquidez endurecen significativamente la regulación bancaria, Basilea III recoge un holgado periodo transitorio de aplicación gradual que abarca desde el 1 de enero de 2013 hasta el 1 de enero de 2019, fecha en la que el nuevo marco regulatorio debe estar totalmente implantado.

2.3.2 • La respuesta europea a la crisis: las Directivas de Requerimientos de Capital (la DRC II y la DRC III) y la Propuesta DRC IV

En la UE la respuesta a la crisis financiera ha discorrido de forma paralela entre la implementación de los acuerdos de Basilea III (y Basilea 2.5) y la adopción de medidas propias para poner coto al agravamiento de la crisis en nuestra región. Nuevamente, las medidas han sido muchas, por lo que, dado el propósito de este artículo, tan solo nos referiremos a las principales medidas de «largo alcance» adoptadas en materia prudencial.

En este sentido, el papel principal corresponde a las llamadas «Directivas de Requisitos de Capital» (DRC) que se han venido sucediendo para la recepción en el ámbito de la UE de los principales acuerdos internacionales adoptados en materia de regulación prudencial de las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

Como hemos señalado, Basilea I fue incorporada al acervo comunitario mediante la llamada DRC I. Estas directivas fueron objeto de una primera revisión en respuesta a las recomendaciones del Foro de Estabilidad Financiera y el inicio de la crisis financiera internacional. Así, en septiembre de 2009 se aprueba la Directiva 2009/111/CE. Esta Directiva, junto con la Directiva 2009/27/EC y la Directiva 2009/83/EC (que se limitan a modificar determinados anexos de la DRC I), conforman el

segundo paquete legislativo (llamado DRC II¹⁶) destinado a garantizar la solidez financiera de los bancos y empresas de inversión europeas.

Del mismo modo, en noviembre de 2010, se aprueba la Directiva 2010/76/UE, que viene a complementar la DRC II para adaptarla a los acuerdos de Basilea 2.5 en lo que respecta a los requerimientos de capital para la cartera de negociación y retitulizaciones, así como la revisión de las políticas de remuneración de directivos de las entidades de crédito. Este nuevo paquete normativo es conocido como la DRC III.

La DRC III coincide en el tiempo con la trascendental aprobación del nuevo marco europeo de supervisión «micro» y «macro» prudencial basado en el Sistema Europeo de Supervisores Financieros al que nos referiremos más adelante. Pero, sin duda, el paso más importante para la refundación de la normativa de solvencia comunitaria fue el anuncio en julio de 2011 de un ambicioso paquete normativo para la implementación de Basilea III y la sustitución de la DRC II y la DRC III.

La principal novedad de este paquete normativo (en adelante, la «Propuesta DRC IV») radica en la utilización, por primera vez en relación con esta materia, de un Reglamento comunitario que contendrá los requisitos prudenciales detallados que deberán cumplir las entidades de crédito y las empresas de inversión. Con esta decisión se pretende conjurar las ineficacias que genera la divergencia detectada con motivo de la crisis entre las distintas normativas de los Estados miembros y supone un paso decidido hacia el código normativo único en esta importante materia. Este Reglamento se complementa con una propuesta de Directiva que regula materias que deben ser incorporadas por los Estados miembros de forma adecuada a su propio entorno normativo, como, por ejemplo, los requisitos de acceso a la actividad bancaria y su ejercicio, las condiciones de ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, la definición de autoridades competentes o los principios que regirán la supervisión prudencial.

¹⁶ La principales novedades que introduce el Paquete DRC II se centran en (i) la mejora de la gestión de los grandes riesgos; (ii) creación de los «colegios supervisores» para los grupos bancarios que operan en varios países de la UE; (iii) regulación de los requisitos mínimos que deben cumplir los instrumentos híbridos para poder ser computados como recursos propios; y (iv) recomendaciones para la gestión del riesgo de liquidez y de los instrumentos titulizados.

La aprobación de esta propuesta debe poner a la UE en cabeza de la regulación prudencial internacional, ya que la Propuesta DRC IV está llamada a aplicarse directamente a más de 8.000 bancos, que gestionan el 53% del total de activos a nivel mundial.

3 · LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE SOLVENCIA: ÚLTIMAS REFORMAS Y PREVISIBLE IMPACTO DE LA NUEVA REGULACIÓN PRUDENCIAL EUROPEA

En España, la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo («CBE 3/2008»), supuso el desarrollo final, en el ámbito de las entidades de crédito, del proceso de adaptación de la legislación española a Basilea II y la DRC I¹⁷ iniciado con la modificación de la Ley 13/1985, operada en virtud de la Ley 36/2007, de 16 de noviembre, y el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero.

Por su parte, la incorporación de la normativa DRC II y DRC III (Basilea 2.5) se produjo principalmente mediante una modificación del anterior bloque normativo a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley 6/2011, de 11 de abril, el Real Decreto 771/2011, de 3 de junio, y la aprobación de la Circular 4/2011, de 30 de noviembre (la «CBE 4/2011»).

Como podemos observar, y a salvo de lo que se dirá en relación con la reciente introducción de un requisito adicional de solvencia vinculado al llamado «capital básico», las reformas a las que se acaba de hacer referencia, si bien numerosas, estarían justificadas por la necesaria adaptación de nuestra regulación prudencial a la normativa europea y, en última instancia, a los acuerdos internacionales a los que se ha venido haciendo referencia.

3.1 · Regulación actual de los recursos propios exigibles a las entidades de crédito

Aunque la principal aportación de Basilea II a la regulación prudencial supuso, precisamente, el reconocimiento de que esta comporta algo más que la exigencia de una determinada ratio de solvencia, es indiscutible que el requerimiento de unos niveles

mínimos de recursos propios conforme a sus APR sigue constituyendo su elemento más reconocible.

3.1.1 · Regulación actual del régimen general aplicable: la CBE 3/2008

El artículo 6 de la Ley 13/1985 establece que las entidades de crédito españolas están obligadas a mantener un volumen suficiente de recursos propios vinculados a sus APR para cubrir los siguientes cuatro tipos de riesgos: (i) el riesgo de posición y de contraparte; (ii) el riesgo de tipo de cambio, liquidación y sobre materias primas; (iii) el riesgo operacional; y (iv) el riesgo de crédito y dilución de todas sus actividades, con excepción de las de la cartera de negociación. En relación con este último riesgo, la Norma 12.^a de la CBE 3/2008 viene a establecer el que, hasta fechas recientes, constituía el elemento más reconocible de nuestro sistema cuantitativo prudencial: el llamado «coeficiente de solvencia» basado en la exigencia de unos recursos propios mínimos de, al menos, el 8% de los APR. Para el cálculo de esos requerimientos, la Norma 11.^a de la CBE 3/2008 viene a establecer las siguientes tres categorías de capital:

(i) «Recursos propios básicos»: que están constituidos, principalmente, por capital (acciones, cuotas participativas y fondos fundacionales), las primas de emisión desembolsadas, las reservas, algunas participaciones preferentes y acciones sin voto, las participaciones representativas de intereses minoritarios¹⁸ y algunos instrumentos de deuda obligatoriamente convertibles, netos de las correspondientes deducciones.

(ii) «Recursos propios de segundo nivel»: que comprenden las reservas de regularización, los ajustes por revalorización de activos financieros, ciertos excesos de valoración dependiendo del método de ponderación utilizado, el saldo contable de la cobertura genérica por riesgo de insolvencia de clientes, los fondos de la obra benéfico-social de cajas de ahorro y cooperativas de crédito, las acciones sin voto no computables como recursos propios básicos y las financiaciones subordinadas con vencimiento superior a 5

¹⁷ Aunque también forma parte de esta normativa la regulación del acceso a la actividad de las entidades de crédito y la supervisión de los llamados conglomerados financieros, no son analizados en este artículo al no haber sido objeto de modificaciones relevantes.

¹⁸ Se entiende por intereses minoritarios el capital de determinadas filiales que está en poder de un accionista minoritario no perteneciente al grupo.

años, netos todos ellos de las correspondientes deducciones.

(iii) «Recursos propios auxiliares»: que comprenden principalmente aquellas financiaciones subordinadas con vencimiento inferior a 5 años. Su utilización es muy residual y solo se consideran como tales a efectos de cobertura de los riesgos de precio y tipo de cambio.

La CBE 3/2008 no establece coeficientes de solvencia independientes respecto de cada una de estas subcategorías. Es decir, el requerimiento general del 8% se aplica sobre la suma total de recursos propios, a diferencia de lo que hace la Propuesta DRC IV. Lo único que previene la Norma 11.^a de la CBE 3/2008 son una serie de límites en el cómputo de los elementos de cada una de esas subcategorías. Hasta la reforma introducida por la CBE 4/2011, la principal limitación existente era que los recursos propios de segundo nivel no podían exceder del 100% de los recursos propios básicos. Esta limitación venía a garantizar, en definitiva, que, de esa ratio del 8% sobre el total de los recursos propios, al menos un 4% estaría cubierto por «recursos propios básicos».

Como veremos a continuación, el *statu quo* que establecía el sistema cuantitativo al que se acaba de hacer referencia se quiebra con la introducción, mediante el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero (el «RDL 2/2011»), de un nuevo requisito adicional de capital regulatorio.

3.1.2 · El nuevo requisito adicional de «capital principal» previsto en el RDL 2/2011

El RDL 2/2011 introduce la obligación de mantenimiento de un llamado «capital principal» de, al menos, el 8% de los APR, con carácter general, o del 10%, respecto de aquellas entidades con difícil acceso a los mercados de capital y para las que predomine la financiación mayorista. Esta obligación ha sido recientemente modificada por el Real Decreto-ley 24/2012 (el «RDL 24/2012») en el sentido de fijar un único requerimiento de capital principal para todas las entidades del 9% de sus APR.

Esta nueva exigencia de capital comporta, sin lugar a dudas, un endurecimiento sin precedentes y atípico de las exigencias de capital regulatorio previstas con carácter general en la CBE 3/2008. Las razones son varias y muy relevantes:

(i) La base sobre la que aplica el nuevo requisito del 9% no es sobre los «recursos propios» totales, sino sobre una base de capital mucho más restrictiva (el llamado «capital principal») de la que resulta del concepto de «recursos propios básicos»¹⁹ que utiliza la CBE 3/2008, de tal forma que, en términos comparados, se viene a pasar de una exigencia de capital regulatorio de entre el 2% y el 4% a un nivel del 9%.

(ii) Pero es que, además, el RDL 2/2011, tras la modificación operada por el RDL 24/2012, completa el cuadro de deducciones aplicables a nivel de capital principal con una lista mucho más amplia que la prevista en la CBE 3/2008 para las deducciones aplicables a los recursos propios básicos.

Aunque las magnitudes no son totalmente comparables, se puede decir que el RDL 2/2011 ha venido de forma inmediata a doblar para algunas de nuestras entidades la cantidad de capital de mayor calidad exigible.

Según la propia exposición de motivos del RDL 2/2011, la imposición de este requisito adicional de solvencia obedece a las «dudas» generadas sobre la capacidad de nuestro sistema financiero y a la necesidad de «tratar de eliminar inmediatamente toda incertidumbre» sobre su solvencia. Por ello, su doble objetivo declarado consiste tanto en acelerar la fase final de los procesos de reestructuración de nuestras entidades de crédito como en reforzar el nivel de solvencia de todas las entidades mediante una aplicación adelantada y exigente de Basilea III.

Teniendo en cuenta la onerosidad de la medida y el perentorio plazo de adaptación previsto en esta norma²⁰, nos inclinamos a pensar que su motivación es principalmente la primera de las referidas en la exposición de motivos. En este sentido, por tanto, el RDL 4/2011 no viene a constituir una nueva medida de regulación prudencial ordinaria, sino de una actuación extraordinaria y urgente encuadrable dentro del proceso de reestructuración de

¹⁹ El concepto de «capital principal», a diferencia del concepto «recursos propios básicos», no incluye ni las participaciones preferentes ni las acciones sin voto, por ejemplo.

²⁰ Este nuevo requerimiento entró en vigor el 10 de marzo de 2011 (dentro del mes siguiente a su publicación en el BOE) y preveía un plazo de «adaptación» de 6 meses, lo que contrasta, por ejemplo, con los 6 años de progresiva aplicación que prevén tanto Basilea III como la Propuesta DRC IV, o con el plazo de 2 años que se dio en España para que las entidades de crédito se adaptaran al marco de Basilea II.

nuestro sistema financiero y, en particular, de nuestras cajas de ahorros.

Además de lo anterior, también debe señalarse que se trata de una medida normativa que tiene difícil encaje, como veremos, con la Propuesta DRC IV, por lo que creemos está llamada a quedar sin efecto tan pronto como entre en vigor la nueva propuesta normativa europea.

3.1.3 · Últimas reformas introducidas en el régimen general previsto en la CBE 3/2008

Tal y como advierte el propio RDL 2/2011, el nuevo requerimiento de capital principal constituye una obligación adicional al cumplimiento de los requerimientos de recursos propios exigidos con carácter general por la Ley 13/1985, el RD 216/2008 y la CEB 3/2008.

Por esta razón, con posterioridad al RDL 2/2011 se han introducido varias reformas (principalmente a través del RD 771/2011 y la CBE 4/2011) en el régimen general analizado en el apartado 3.1.1 anterior para adaptarlo a la DRC II y la DRC III. Las principales novedades pueden resumirse en (i) la introducción de unas condiciones más exigentes para la computabilidad como recursos propios de determinados instrumentos de capital (participaciones preferentes, financiaciones subordinadas, acciones sin voto y otros instrumentos híbridos entre capital y deuda); (ii) imposición de nuevas deducciones en relación con determinadas exposiciones; (iii) reforzamiento de las deducciones aplicables a los recursos propios; y (iv) el establecimiento de la obligación general de que la suma del capital ordinario y las reservas (netos de pérdidas, activos inmateriales y acciones propias) y las participaciones representativas de intereses minoritarios deberán superar al menos el 50% de los recursos propios básicos.

3.1.4 · La regulación del capital en la Propuesta DRC IV: más y mejor capital y la introducción de colchones de capital adicional

Tal y como se recoge en la exposición de motivos de la Propuesta DRC IV, a estas alturas ya no puede discutirse que muchas de las entidades de crédito europeas abordaron la crisis con capital cuantitativa y cualitativamente insuficiente. En particular, los instrumentos híbridos del capital de nivel 1, que hasta ahora se habían venido considerando aptos

para absorber pérdidas en condiciones normales de funcionamiento, se revelaron ineficaces en la práctica²¹.

La Propuesta DRC IV persigue por tanto mejorar la calidad y cantidad del capital regulatorio exigible. Por ello, la propuesta gira en torno a la definición del nuevo «Capital Ordinario de Nivel 1» (CON1), un término similar al utilizado por Basilea III (*Common Equity Tier 1*) y que se aproxima al concepto de capital principal utilizado por el RDL 2/2011²², aunque sin ser igual.

Este capital de máxima calidad en la Propuesta DRC IV no viene definido por una relación cerrada de instrumentos, sino por el cumplimiento de 13 requisitos, con los que se pretende garantizar que solo los instrumentos de capital de máxima calidad (principalmente, capital, reservas y primas de emisión desembolsadas) serán elegibles como CON1. El capital CON1 se verá complementado con otros elementos de capital ordinario adicional que tienen como característica absorber pérdidas sin necesidad de que la entidad sea liquidada o intervenida. Estos elementos adicionales de primera calidad, junto con el CON1, vendrán a constituir el llamado «Capital Nivel 1» (CN1). Los recursos propios se complementan con el llamado «Capital Nivel 2» (CN2), que tendrá como característica servir para cubrir pérdidas en caso de liquidación de la entidad. Sobre la base de las anteriores subcategorías, la Propuesta DRC IV establece tres requisitos en relación con los APR de cada entidad o grupo consolidable:

- (i) Una ratio de CON1 del 4,5%.
- (ii) Una ratio de CN1 del 6%.
- (iii) Una ratio total de capital del 8%.

Además de lo anterior, se prevé la obligación de constituir a nivel de CON1 dos colchones de con-

²¹ Al respecto, puede verse el completo análisis de F. Mínguez Hernández: «La estructura del nuevo marco prudencial y supervisor: hacia Basilea III», en *Mecanismos de prevención y gestión de futuras crisis bancarias*, Fundación de Estudios Financieros, 2011, págs. 83-98 (*Papeles de la Fundación*, n.º 42).

²² El «capital principal», al igual que el llamado «*Core Tier 1*» utilizado en los recientes ejercicios de capitalización de la ABE, incluye los instrumentos de capital suscritos por el FROB, así como ciertas obligaciones convertibles en acciones. El CON1, por el contrario, no. Debe llamarse la atención a que, en la actualidad, existen casi tantas definiciones de capital regulatorio como organismos con funciones en materia prudencial, lo que complica sin duda su comparabilidad.

servación de capital adicionales. El primer colchón, llamado de conservación, sería de un 2,5% adicional y se requeriría a nivel de CON1.

El segundo colchón, llamado anticíclico, tiene el objetivo macroprudencial más amplio de proteger al sector bancario y a la economía real frente a los riesgos sistémicos que puedan derivarse de las fases de expansión y recesión del ciclo. Por tanto, este colchón se activará en periodos de crecimiento excesivo del crédito y se suspenderá en periodos de recesión. El colchón anticíclico complementa al colchón de conservación y oscilará con carácter general entre un 0% y un 2,5% adicional sobre la base de CON1. Se propone que sean las autoridades nacionales las que fijen su concreta ratio²³ y que las entidades que operen en distintos países tengan una ratio propia combinada que tenga en cuenta la situación de todas las regiones donde actúan. El incumplimiento de estos colchones comportará restricciones a la libre distribución de beneficios.

Los nuevos requisitos de capital y la dotación de los colchones de capital serán de total aplicación en enero de 2019. A partir de esta fecha será exigible, por tanto, un nivel total del 10,5% (incluido el colchón de conservación), del que un 7% deberá estar constituido por CON1. Adicionalmente, y de resultar de aplicación también el colchón anticíclico, esa ratio ascendería al 13%, de la que un 9,5% debería estar cubierta por capital CON1. Estos requisitos no podrán ser modificados unilateralmente por los Estados miembros al venir recogidos en un Reglamento de aplicación inmediata y ser esta precisamente una de las razones por las que el legislador europeo ha optado por este instrumento: evitar la divergencia en las regulaciones nacionales. Aunque la propuesta de Reglamento introduce algunas excepciones a la anterior regla, estas no darían cobertura actualmente a la exigencia de capital principal adicional prevista en el RDL 2/2011, por lo que su vigencia futura está más que comprometida. Habrá que estar, no obstante, a la redacción final de

la Propuesta DRC IV para conocer su efecto en el RDL 2/2011, así como en el régimen general aplicable en España.

El pasado 27 de septiembre de 2012, la Autoridad Bancaria Europea (ABE) publicó un informe en el que recoge que, de resultar aplicables las nuevas exigencias de capital que prevé Basilea III y la Propuesta DRC IV a 31 de diciembre de 2011, existiría un déficit de capital de 8.000 millones de euros, si se aplica el nivel del 4,5%, y de 199.000 millones de euros si se aplica el nivel del 7% de CON1, lo que pone de manifiesto el gran reto que tienen por delante las entidades de crédito europeas para cumplir con el calendario de adaptación previsto.

3.2 · Limitaciones adicionales a la actividad por razones de solvencia

3.2.1 · Situación actual

Los coeficientes de solvencia que vinculan un volumen mínimo de recursos propios en relación con los APR constituyen el principal, pero no el único, instrumento de la regulación prudencial «cuantitativa».

Así, por ejemplo, tradicionalmente nuestra legislación incorpora una limitación a la asunción de los llamados grandes riesgos. En este sentido, se considera gran riesgo al contraído frente a una entidad, incluso el propio en la parte no consolidable, cuando su valor supere el 10% de los recursos propios de la entidad de crédito. La Norma 101.^a de la CEB 3/2008 establece, con carácter general, que el valor de todos los riesgos contraídos frente a una sola entidad o grupo económico no podrá exceder del 25% de sus recursos propios.

Las reformas introducidas recientemente en este ámbito han tenido por objeto concretar algunos aspectos del límite al que se ha hecho referencia y, sobre todo, «preinstalar» y preparar a nuestras entidades para los nuevos instrumentos «cuantitativos» a los que se refiere el apartado siguiente. En este sentido, la CEB 4/2011 introdujo la exigencia de ajustar las estrategias y políticas internas para tener en cuenta el riesgo de liquidez, así como la obligación de elaborar planes de emergencia efectivos con el objeto de garantizar un nivel apropiado de liquidez en todas las entidades de crédito. También se incluyó la necesidad de remisión mensual al Banco de España de información relativa a su situación de liquidez.

²³ El indicador que deberá tenerse en cuenta es la desviación de la ratio créditos/PIB de su tendencia a largo plazo, teniendo en cuenta (a) el aumento de los niveles crediticios en el territorio considerado y, en particular, las variaciones de la ratio de créditos concedidos en ese Estado miembro con relación al PIB; y b) las orientaciones vigentes emitidas, en su caso, por la Junta Europea de Riesgo Sistémico. Las autoridades nacionales estarán obligadas a revisar trimestralmente esa ratio y a publicarlo en su página web.

3.2.2 · Nuevos instrumentos «cuantitativos» de control: la ratio de apalancamiento y los nuevos coeficientes de liquidez

— Introducción de una ratio de apalancamiento

Esta medida tiene por objeto tratar de reducir la prociclicidad del crédito y el apalancamiento excesivo del sistema bancario. La medida propuesta consiste en la obligación de mantener una ratio máxima de apalancamiento que relaciona el capital de la entidad con sus exposiciones totales sin incluir ningún tipo de ponderación por riesgos. La Propuesta DRC IV establece que esta ratio deberá estar totalmente operativa a partir del año 2018, una vez se haya evaluado y calibrado su impacto, en consonancia con los acuerdos internacionales. Hasta entonces, la única obligación que recoge la Propuesta DRC IV es la de remisión puntual de información sobre el apalancamiento de cada entidad al correspondiente supervisor nacional.

— Requisitos de cobertura de liquidez y de financiación estable neta

Otro elemento que también ha estado en el centro del debate generado en torno al agravamiento de las consecuencias de la crisis ha sido la importancia que tiene la liquidez para garantizar la viabilidad de las entidades de crédito. La Propuesta DRC IV establece la introducción de dos nuevos instrumentos para reforzar la resistencia a corto plazo del perfil de riesgo de las entidades financieras:

- (i) Una ratio de cobertura de liquidez que obligará a las entidades a disponer de un colchón de activos líquidos de elevada calidad por valor equivalente a sus salidas netas de liquidez durante un periodo de 30 días.
- (ii) Una ratio de financiación estable neta que permita evitar los problemas de financiación que plantean los desfases de vencimiento entre activos y pasivos. Con esta ratio se obligará a las entidades a mantener una estructura sólida de financiación a lo largo de un año en el supuesto de que se vieran específicamente afectadas por una situación prolongada de tensión.

3.3 · El proceso supervisor

Como hemos visto, la evolución de las entidades financieras y su mayor sofisticación hizo que la verificación de los estados contables y la comprobación de la observancia de las normas y coeficientes legales no fueran suficientes, por sí solas, para asegurar el

cumplimiento de los objetivos de la regulación prudencial de las entidades de crédito. La incorporación del modelo Basilea II supuso, por tanto, incluir como parte de nuestra normativa prudencial la regulación de la función supervisora, tanto de carácter interno (a realizar por la propia entidad), como externo (a realizar por el correspondiente supervisor).

En la actualidad, el Banco de España es el máximo responsable de la supervisión y el cumplimiento de la normativa de solvencia de nuestras entidades de crédito. Las últimas reformas introducidas en esta materia han reforzado aún más, en este sentido, sus facultades de supervisión y coordinación.

Una mención especial merece la posibilidad recientemente introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en favor del Banco de España para obligar a las entidades de crédito a mantener recursos propios adicionales a los exigidos con carácter mínimo, restringir o limitar los negocios, las operaciones o la red de las entidades o, entre otras, requerir a las entidades de crédito para que limiten las remuneraciones variables cuando se consideren incoherentes con el mantenimiento de una base sólida de capital.

No obstante todo lo anterior, en la medida en que muchos de los episodios de la crisis han venido a poner de manifiesto importantes fallos en la supervisión bancaria, son varias las iniciativas que tratan de abordar la revisión del modelo actual. Se analizan, en concreto, dos aspectos de la regulación de esta materia que son en este momento objeto de revisión.

3.3.1 · La nueva arquitectura institucional de supervisión prudencial europea

El papel del supervisor ha sido uno de los ámbitos en los que la crisis financiera ha provocado una interesante reflexión y un arduo debate en el seno de la UE, que ha dado lugar a una profunda reforma de su arquitectura institucional de supervisión. Hasta ahora el papel principal en la revisión prudencial de las entidades de crédito estaba atribuido exclusivamente al supervisor correspondiente de cada Estado miembro.

Este modelo ha sido objeto de revisión con motivo de la creación en el ámbito de la UE del llamado Sistema Europeo de Supervisores Financieros (el «SESF»). El SESF nace con motivo del informe encargado por la Comisión Europea en noviembre de 2008 a un grupo de expertos de alto nivel para reforzar las medidas de supervisión, con vistas a mejorar la protección del ciudadano y a restaurar la confianza en el sistema financiero europeo. En su

informe final, presentado el 25 de febrero de 2009, este grupo de expertos recomendó que se reforzara el marco de supervisión mediante la diferenciación entre la supervisión «macro» y la «micro», con el objeto final de reducir el riesgo y la gravedad de futuras crisis financieras.

A raíz de este informe, el 24 de noviembre de 2010 se aprueba un paquete de Reglamentos de creación de cuatro nuevos organismos de la UE que pasan a formar el SESF: la Junta Europea de Riesgos Sistémicos («JERS»), al que se encomiendan funciones macroprudenciales, y tres autoridades respectivamente competentes en el ámbito bancario (la Autoridad Bancaria Europea), de seguros (la Autoridad Europea en Seguros y Pensiones de Jubilación) y mercados financieros (la Autoridad Europea en Valores y Mercados), todas ellas con funciones microprudenciales.

Las funciones que, con carácter general, tienen conferidas el JERS y las autoridades europeas de supervisión²⁴, cada una dentro del ámbito material de su competencia, vienen referidas al establecimiento de reglas y prácticas comunes en materia de supervisión, la evaluación de las autoridades competentes y la formulación de directrices a esas autoridades, la supervisión del mercado propio de su competencia y la promoción de los consumidores en esos mercados.

Aunque, en principio, ni la JERS ni la ABE tienen atribuidas funciones ejecutivas o exclusivas sobre las entidades de crédito europeas, lo cierto es que sus directrices y recomendaciones en materia de regulación prudencial vienen a gozar de tal carácter²⁵.

Por debajo de estas autoridades europeas, y en particular de la ABE, se encuentra una figura creada con anterioridad, pero que está llamada a revestir la mayor importancia en la función supervisora: los colegios supervisores, en los que se integran los

supervisores de las entidades de crédito que desarrollan su actividad en distintas jurisdicciones.

A pesar de lo anterior, la carencia más significativa de este nuevo modelo sigue siendo la ausencia de un supervisor único y la definición del papel del Banco Central Europeo. A este respecto, la atribución a la autoridad monetaria europea de responsabilidades directas en materia de supervisión de entidades de crédito —entre ellas, la de autorizar y revocar autorizaciones para ejercer su actividad a las entidades de la zona del euro— constituye, en estos momentos, uno de los principales objetivos fijados para 2013 como pieza fundamental de una futura unión bancaria. Las propuestas de la Comisión Europea²⁶ y el reciente Consejo Europeo de octubre de 2012, en el que se impulsan las propuestas normativas para crear un «Marco Único de Supervisión» con un papel central para el Banco Central Europeo²⁷, confirman precisamente estas ideas y el camino que aún queda por recorrer. En todo caso, y hasta la fecha actual, los supervisores nacionales (en nuestro caso, el Banco de España) continúan desempeñando un papel fundamental en la implementación del nuevo modelo de supervisión y regulación prudencial que supone la Propuesta DRC IV.

3.3.2 · La gestión interna de riesgos y las nuevas políticas de remuneración

La incorporación de Basilea II a nuestra legislación supuso también profundizar en la regulación de la mejora de la gestión interna de los riesgos de las entidades y asegurar su efectiva correlación con los verdaderos riesgos asumidos.

El principio general es que toda entidad de crédito debe contar con una estructura organizativa adecuada a la naturaleza de sus actividades. Para garantizar lo anterior, las entidades de crédito españolas están obligadas a implementar la función de auditoría interna que vele por el buen funciona-

²⁴ Al respecto, puede verse el completo análisis de J. García Alcorta: «El nuevo marco institucional relativo a la supervisión financiera en la Unión Europea», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 29, 2011, págs. 49-67.

²⁵ Así, por ejemplo, la ABE adoptó el pasado 8 de diciembre de 2011 la Recomendación EBA/REC/2011/1 de creación de un colchón de capital temporal para restaurar la confianza de los mercados, con especiales normas para el cómputo de las exposiciones a determinadas deudas soberanas, que fue inmediatamente aceptada por el Banco de España. Del mismo modo, la Propuesta DRC IV recoge la obligación de las autoridades nacionales de seguir las recomendaciones de la JERS a la hora de fijar el colchón anticíclico.

²⁶ Puede consultarse, a este respecto, la propuesta de Reglamento del Consejo elaborado por la Comisión Europea, sobre atribución de funciones específicas de supervisión al Banco Central Europeo, documento COM (2012) 511 final, de 12 de septiembre de 2012.

²⁷ Vid. las Conclusiones del Consejo Europeo de 19 de octubre de 2012, punto 6. Puede consultarse en la página web http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/133012.pdf.

miento de los sistemas de información y control interno. También deben contar con una unidad que desempeñe la función de cumplimiento normativo.

La principal novedad introducida recientemente en esta materia ha sido la obligación impuesta a las entidades de crédito para que garanticen el desarrollo de políticas y prácticas de remuneración coherentes con la promoción de una gestión del riesgo sólida y efectiva. La CEB 4/2011 ha introducido en este sentido (i) la obligación de reducir la remuneración variable cuando la entidad obtenga resultados financieros mediocres; (ii) limitaciones a la remuneración variable de los directivos de entidades sujetas a procesos de reestructuración o saneamiento; (iii) la creación de un comité de remuneraciones; o (iv) la obligación de facilitar al público información más detallada sobre sus prácticas de remuneración.

La Propuesta DRC IV no incluye sustanciales reformas en este sentido, aunque debe destacarse la obligación anual de elaboración de un programa de supervisión para cada entidad supervisada, basado en un análisis de riesgos.

3.3.3 · Exceso de dependencia de las calificaciones externas

La crisis ha puesto de manifiesto los riesgos asociados a una utilización exclusiva o automática de estas calificaciones externas. No solo se ha comprobado que algunas entidades han pasado por alto su deber de diligencia debida y sus obligaciones de gestión interna del riesgo, sino también los efectos multiplicadores y procíclicos asociados a aquellos momentos en los que las pocas grandes agencias de calificación yerran colectivamente en sus evaluaciones²⁸.

Esta materia fue objeto de regulación específica por parte de la UE a través de su Reglamento (CE) n.º 1060/2009, de 16 de septiembre, sobre agencias

de calificación. La Ley 15/2011, de 16 de junio, introdujo varias modificaciones en la Ley 13/1985 para adaptarla a este nuevo Reglamento. En cualquier caso, la Propuesta DRC IV profundiza en la necesidad de avanzar en la reducción dentro de lo posible de esta dependencia y propone que las entidades de crédito y las empresas de inversión dispongan de criterios propios para la concesión de créditos y procedimientos de decisión crediticia, con independencia de que concedan créditos a clientes o incurran en exposiciones de titulización. Esta medida se ve reforzada con la obligación para aquellas entidades que tengan un número significativo de exposiciones en una determinada cartera a elaborar y basarse en sus propias calificaciones internas.

3.3.4 · Régimen sancionador

Por último, hay que señalar que la Propuesta DRC IV aproxima el marco jurídico de los Estados miembros en materia de sanciones y medidas administrativas. Aunque la propuesta no aborda las sanciones penales, garantiza que todos los supervisores puedan aplicar sanciones que sean verdaderamente disuasorias.

3.4 · La disciplina de mercado

3.4.1 · Situación actual

La incorporación de Basilea II supuso también la incorporación dentro de nuestra normativa de solvencia de un conjunto de normas destinadas a normalizar y favorecer la divulgación al mercado de información relevante para que este pueda ejercer así su disciplina. El objetivo perseguido es doble: por un lado, dar a conocer la situación de solvencia de las entidades, así como sus procesos internos de supervisión del riesgo, de tal forma que las mejores prácticas puedan ser reconocidas; y, por otro, evitar que las entidades actúen de forma imprudente por temor al eventual castigo de los mercados al observar datos adversos o políticas de supervisión más relajadas.

En este sentido, la pieza tradicional de este modelo es la obligación de publicación por parte de las entidades de crédito del documento denominado «Información con Relevancia Prudencial». Su regulación se encuentra en la CEB 3/2008, que complementa los requisitos de información general de las entidades de crédito recogidos en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de infor-

²⁸ Algún estudio sugiere, además, que las valoraciones de las agencias de calificación guardan conexión con las dimensiones de la entidad de crédito e, incluso, con los vínculos comerciales que las agencias tienen o puedan conseguir con las entidades examinadas. Por ejemplo, H. Hau, S. Langfield y D. Marques-Ibanez: «Bank ratings. What determines their quality?», *ECB Working Paper Series*, n.º 1484, octubre 2012, documento PDF, accesible en <http://www.ecb.int/pub/pdf/scpwps/ecbwp1484.pdf>.

mación financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros.

Las principales novedades introducidas en esta materia recientemente han sido (i) la necesidad de incluir en ese documento información detallada sobre la política de remuneraciones de directivos y empleados cuyas decisiones puedan afectar al perfil de riesgo de la entidad (obligación introducida por la CEB 4/2011), así como (ii) la obligación de incluir en las cuentas anuales e individuales de las entidades de crédito información relacionada con las operaciones de refinanciación y reestructuración, concentración de riesgos, tanto sectorial como geográfica, exposiciones al sector de las construcción y promoción inmobiliaria, entre otras. Esta última obligación, introducida por la Circular 6/2012, de 28 de septiembre, viene a ampliar los requerimientos adicionales de información ya previstos en la Circular 5/2011, de 30 de noviembre, sobre las financiaciones vinculadas al mercado inmobiliario.

3.4.2 · Las llamadas «pruebas de resistencia» y su reciente reconocimiento normativo

Se termina este artículo con una necesaria referencia a las llamadas pruebas de resistencia o ejercicios de estrés (*stress tests*). Como resulta conocido, estas pruebas vienen a evaluar la resistencia de las entidades de crédito frente a escenarios adversos, algunos de ellos muy severos o improbables. No son, por tanto, instrumentos para determinar la solvencia actual de una entidad. Por esa razón, tradicionalmente estas pruebas han venido a formar parte de la «caja de herramientas» interna de las entidades de crédito con el fin de poder evaluar el impacto, en valor económico, con el que, con una deter-

minada probabilidad, una negativa evolución de los mercados financieros podría afectarles. En este sentido, la Norma 107.^a de la CBE 3/2008 viene a establecer la obligación de realizar estas pruebas en relación con los procesos internos de autoevaluación de riesgos de nuestras entidades de crédito.

En la actualidad, por el contrario, y con motivo de la crisis financiera, han sido los propios supervisores los que han incorporado estas pruebas de resistencia con bastante entusiasmo al conjunto de mecanismos de los que ya disponían para evaluar la situación de solvencia de las entidades de crédito, con el objetivo declarado de contribuir al reforzamiento de la confianza sobre el sector bancario.

En España, por ejemplo, estas pruebas han sido objeto incluso de un sorprendente reconocimiento legal realizado a través del RDL 2/2011, al establecerse que el Banco de España podrá exigir el cumplimiento de un nivel de capital principal superior previsto en esa norma «*si la entidad no alcanza, en el escenario más adverso de una prueba de resistencia del conjunto del sistema, el nivel de recursos propios mínimos exigido en dicha prueba y hasta el límite de dicha exigencia*». Nótese que la norma deja totalmente al arbitrio del Banco de España la configuración de los distintos escenarios e incluso la fijación de los recursos propios exigibles.

A pesar de los notables esfuerzos realizados por los supervisores involucrados y la cantidad de información puesta a disposición de los mercados, el hecho cierto es que los discutibles resultados de las pruebas de resistencia hasta ahora llevadas a cabo por la ABE han abierto un interesante debate²⁹ sobre la necesidad misma de estas pruebas o, al menos, con relación a si tiene sentido seguir dándoles la publicidad y la relevancia que tienen en la actualidad.

²⁹ Por todos, D. Pérez y C. Trucharte: «Los ejercicios de estrés test: experiencia reciente y reflexiones sobre su futuro», *Revista de Estabilidad Financiera*, n.º 21, 2011, págs. 65-82.