

LA GESTIÓN DEL RIESGO NORMATIVO EN EL SISTEMA FINANCIERO

JUAN R. QUINTÁS SEOANE
Universidad de A Coruña

Recibido: 24 de julio de 2007

Aceptado: 8 de noviembre de 2007

Resumen: El artículo analiza, en primer lugar, el entorno normativo actual como un entorno de riesgo, haciendo hincapié en la preocupación que despierta su gestión (teniendo en cuenta su creciente impacto en la estructura de costes de las entidades) e indagando en las causas que explican sus actuales niveles de complejidad y exigencia.

A continuación, se aportan las claves básicas para una adecuada gestión del riesgo normativo, distinguiendo dos niveles: la gestión colectiva, a través de las asociaciones patronales (a las que cabe reservar un papel destacado, sobre todo de cara a la optimización de esfuerzos colectivos), y la gestión individual, que deberá girar en torno a la articulación de una función de cumplimiento ágil y eficiente.

Por último, el autor revisa el caso español y reflexiona sobre la necesidad de racionalizar el proceso regulador en nuestro país a través de instrumentos tales como las valoraciones de impactos, el fomento de la transparencia o la implantación de principios de "mejor regulación".

Palabras clave: Riesgo regulatorio / Riesgo legal / Riesgo de cumplimiento / Gestión de riesgos / Función de cumplimiento / Mejor regulación.

THE MANAGEMENT OF REGULATORY RISKS IN THE FINANCIAL SYSTEM

Abstract: Firstly, the article analyzes the present regulatory environment as a risk environment, emphasizing the concern that its management raises (due to its increasing impact in the organizations cost structure), and investigating the causes that explain its present levels of complexity and exigency.

Secondly, the author exposes the basic keys for a suitable regulatory risk management, distinguishing two levels: the collective management, through the industry associations (to whom an outstanding paper has to be reserved, mainly facing the optimization of collective efforts), and the individual management, that will have to revolve around an agile and efficient compliance function.

Finally, the author goes through the Spanish case and captures the need to rationalize the regulatory process in our country, through instruments such as impact assessments, the promotion of transparency or the implementation of "better regulation" principles

Keywords: Regulatory risk / Legal risk / Compliance risk / Risk management / Compliance function / Better regulation.

1. INTRODUCCIÓN

La gestión del riesgo normativo es uno de los temas de preocupación para el sector financiero en los momentos actuales, en un entorno de hiperregulación que dificulta enormemente la gestión y que comporta innecesarios costes derivados del exceso regulador.

El ámbito normativo se considera hoy como un entorno de riesgo, y esta realidad se ha intensificado de forma creciente en los últimos años. El ritmo de elaboración de normas se ha acelerado de tal manera desde hace algún tiempo, en el ámbito internacional y también en España, que en pocos ejercicios el panorama regulador ha experimentado una transformación altamente significativa en la práctica totalidad de las áreas de actuación y desenvolvimiento de las entidades financieras.

2. EL ÁMBITO NORMATIVO COMO ÁMBITO DE RIESGO

La trascendencia casi pública de los bienes que produce el sistema bancario (medios de pago, crédito, etc.) y su significado para la inclusión social, la coyuntura y el crecimiento económicos han sido fundamento del desarrollo de una intensa actividad reguladora por parte de la Administración, convirtiendo en norma lo que en otros sectores son decisiones voluntarias. Unas veces con buenos resultados (v.g., la regulación antimonopolio), en otras con excesos de hiperregulación (una buena parte de la legislación protectora del consumidor) y en otros casos con efectos totalmente perversos (como en los casos de establecimiento de coeficientes de inversión obligatoria).

Realmente son muy numerosos los motivos que mueven a las autoridades a dictar regulaciones respecto del sector financiero:

- a) Unas veces persiguen la mejora del funcionamiento del propio sector:
 - Liberalización y desregulación del sistema financiero.
 - Armonización internacional (v.g., la regulación de la solvencia).
 - Buen gobierno.
 - Conflictos de interés.
 - Defensa de la competencia (v.g., la legislación antimonopolio) y protección del consumidor.

- b) En otros, los objetivos son de política económica o, en general, referidos a problemas para los que la intervención en el sector financiero es sólo instrumental.
 - Blanqueo de dinero y crimen organizado.
 - Financiación del terrorismo.
 - Delitos fiscales.
 - Consecución de externalidades y bienes públicos.
 - Salvaguardar la confianza del público.
 - Institucionalización de mecanismos que aumentan la eficiencia general de la economía (sistemas de liquidación y compensación, medios de pago, etc.).

Durante los años del gran movimiento desregulador –las décadas de los años sesenta, setenta y ochenta– prevalecieron los cambios normativos de naturaleza liberalizadora, desmontando las bases del sistema nacido con las medidas de Roosevelt en los años treinta del pasado siglo.

Sin embargo, tanto en el ámbito mundial como en el marco europeo, en los últimos años el signo principal de los cambios normativos parece haberse modificado considerablemente y su intensidad, además, se ha reforzado enormemente a la vez que se incrementan fuertemente los niveles de severidad punitiva. Con ello, la re-

gulación se constituye en uno de los principales motivos de preocupación del sector en lugar de ser, como en las décadas anteriores, una de las más poderosas fuerzas motrices del desarrollo y del perfeccionamiento de los mercados y de las instituciones financieras.

Resulta útil referirse a los trabajos de Baldwin y Anderson, quienes han tratado de acercarse a esta cuestión mediante un análisis del contexto actual del Reino Unido. Aunque sus conclusiones se refieren estrictamente al caso británico, no resulta difícil extrapolarlas al de otros países como España.

La transformación del panorama regulador al que asistimos hoy responde, según dichos autores, al intento por parte de los gobiernos de reconciliar su confianza en el sector privado con las cada vez más intensas demandas de fiscalización rigurosa y de reducción del coste del sector público. Esta disyuntiva obligaría a los gobiernos a adoptar una estrategia sustentada en dos pilares. En primer lugar, la proliferación de normas cada vez más exigentes, fenómeno que se halla en la base de la sensación de fatiga reguladora antes comentada. Y, en segundo lugar, la implantación de regímenes sancionadores especialmente severos para la prevención de los casos de incumplimiento de la normativa anterior. En efecto, las nuevas obligaciones impuestas han venido acompañadas de estrictas sanciones administrativas (e incluso penales) para los supuestos de incumplimiento.

La ventaja que ofrece esta formulación para el sector público, según los mismos autores, consiste en que una buena parte del control del buen funcionamiento del mercado pasa a ser una responsabilidad interna de las propias entidades. No es exagerado decir que en algunas materias las entidades privadas están sustituyendo a las Administraciones Públicas en el ejercicio de su función tradicional de policía (el caso más paradigmático sería, sin duda, el de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo).

Esta nueva dimensión que está cobrando el entorno normativo, basada en las características de prolijidad y severidad punitiva, se está extendiendo a prácticamente todas las facetas del negocio. De ello se derivan dos consecuencias. De un lado, administradores y directivos afrontan hoy un nivel de responsabilidad mayor que en ningún otro tiempo. De otro, el riesgo normativo derivado de esta situación está empezando a ser considerado por el mercado, por los grupos de interés (*stakeholders*) y por los inversores en general como un asunto de la máxima relevancia.

El resultado más visible de este nuevo escenario es que el ritmo de producción de normas se ha acelerado de tal manera que en pocos ejercicios el panorama regulador ha experimentado una transformación ciertamente significativa en la práctica totalidad de las áreas de actuación y desenvolvimiento de las entidades financieras. Todo ello es causa de que el entorno normativo se haya configurado como un entorno de riesgo y que en los últimos años la hiperregulación se convirtiera ya en la amenaza más importante para los banqueros de todo el mundo, como han puesto de manifiesto las encuestas llevadas a cabo por el *Centre for the Study of Financial*

Innovation (CSFI) entre administradores y directivos de entidades financieras de todo el planeta, según la cual, tanto para el año 2005 como para el año 2006 la principal amenaza que se cierne sobre las empresas del sector es precisamente de naturaleza regulatoria. “Demasiada regulación” es el riesgo que más preocupa a los principales directivos del sector en el ámbito internacional. En el informe anual de Mercer Oliver Wyman, *State of the Financial Services Industry*, correspondiente al año 2007, también figura la regulación como principal desafío para los CEO, siendo identificada como tal por el 30% de los encuestados, casi el doble que los que eligieron al segundo más votado.

Tabla 1.- Máximos riesgos para la banca según el índice CSFI

AÑO	MÁXIMO RIESGO
1998	Pobre dirección de riesgos
2000	Mercado de capitales
2002	Riesgo de crédito
2003	Derivados
2005	Demasiada regulación
2006	Demasiada regulación

FUENTE: Banking Banana Skins 2006 (CSFI/PWC).

La cantidad y la rapidez con que se suceden los cambios legislativos comienzan a ser abrumadoras, lo que justifica sobradamente el empleo de la expresión fatiga regulatoria. Esta sensación ya está siendo percibida por los principales organismos reguladores.

El comisario europeo McCreevy ha reconocido la existencia de la fatiga regulatoria, y anuncia nuevos rumbos, no basados exclusivamente en la armonización normativa, en el proceso de construcción del espacio financiero único europeo.

3. COSTES Y BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN

Sin duda, la mayoría de los motivos de la regulación antes citados justifica la existencia de una actividad reguladora y son ciertos y muy notables los beneficios para un país que disponga de una buena regulación. Pero es preciso reconocer también que los costes de la regulación son muy importantes y de tres tipos diferentes:

- a) Los costes en eficiencia estática, que se materializan en:
- Los costes de ejecución, que elevan los costes a las entidades financieras y los precios a sus clientes. Estos costes pueden representar una parte significativa de los costes operativos de las entidades e influyen fuertemente el comportamiento de las instituciones y, por lo tanto, la oferta de financiación a la economía y los incentivos al ahorro.
 - La pérdida de bienestar por reducción de la producción.

- b) Por otra parte, existen costes dinámicos que recogen el impacto de la regulación sobre la evolución del sistema, por cuanto que:
- Ahogan la innovación.
 - Significan barreras a la entrada y a la salida que desincentivan a nuevos competidores financieros.
 - Asfixian a los competidores pequeños, ya que el impacto no es neutral (y por ello es anticompetitivo) pues el coste regulador es proporcionalmente más alto para las entidades más pequeñas (“nos está matando lentamente” manifestó el CEO de uno de los pequeños bancos que participaron en la última encuesta del CSFI).
- c) Inducción de comportamientos perversos. Así, por ejemplo, la fijación de una elevada garantía de depósitos permite a las entidades en dificultades atraer fondos elevando los tipos –ya que los depositantes están cubiertos del riesgo de quiebra–. Ello puede obligar a las entidades saneadas a elevar también los tipos para no perder su financiación y con ello ponerse también en dificultades.

Muchas veces, cuando para una norma concreta se comparan sus beneficios (sociales) con sus costes, el resultado es negativo porque:

- a) Los objetivos de la regulación no son realmente objetivos sociales, bien porque se ha cometido un error en su identificación o bien porque el poder público se ha instrumentalizado al servicio de intereses particulares, tal y como ocurre cuando:
- Los regulados manipulan al regulador. En este caso, el “regulador capturado” actúa fundamentalmente sirviendo los intereses de los regulados más que a los del bien común.
 - Poderosos grupos o intereses, económicos o políticos, son los que inspiran la regulación.
- b) *El nivel de regulación es excesivo*; situación ésta, aunque menos escandalosa que la anterior, mucho más frecuente y, por ello, de efectos agregados más graves. Surge del sesgo hacia niveles excesivos de seguridad que manifiestan los reguladores junto con el hecho de que éstos no soportan los costes de la regulación (“regular” es la política pública menos onerosa). Al no recaer el coste de la regulación sobre las autoridades, se incurre sistemáticamente en “coste cero”, en sobreregulación, llegando a situaciones en las que los beneficios sociales son inferiores a los costes o a otras en las que se prescindiría de formulaciones que reducirían sensiblemente el coste sin afectar a los beneficios.

Añádase a esto que en algunos otros casos, aunque la comparación entre beneficios y costes sociales es positiva, resulta injustificable que sean las entidades financieras privadas las que soporten los costes al tratarse de una función de naturaleza pública (“policial”, por ejemplo).

- c) El contenido de la regulación es técnicamente deficiente para alcanzar eficientemente los objetivos perseguidos. Del mismo modo que se habla de los “fallos del mercado”, también cabe hablar de los “fallos del regulador”. No es nada difícil de aceptar si pensamos en el modo en el que estas decisiones se toman, en comités y otros órganos representativos; si consideramos la frecuencia con la que las burocracias funcionan ineficientemente y, finalmente, el modo en el que los gobiernos y los supervisores consideran los intereses de los diferentes grupos de interés a la hora de establecer los contenidos de la regulación.

Las mediciones de los costes de ejecución por sobrerregulación son impresionantes. Para el período 1991-1992, McKinsey determinó que en los bancos regionales de EE.UU. el exceso regulatorio daba razón de entre un 8% y un 12% de los gastos no financieros. Quince años más tarde representaban entre un 10% y un 15% de sobrecoste en ciertos segmentos del sector financiero británico.

En Europa el panorama es preocupante y no es para menos, ya que, ciertamente, la intensa actividad de la UE no va a remitir en el próximo futuro y son ya varias las encuestas y estudios que sugieren que los beneficios no compensan los costes de numerosas regulaciones europeas. Un ejemplo de los elevados costes nos lo proporciona una investigación que acaba de cifrar para el Reino Unido el coste del FSAP (*Financial Services Action Plan*), que se habrá situado en el año 2010 entre los 13,7 y los 23,5 miles de millones de libras, de las cuales sólo la MIFID da razón de 1,2 a 6,5 miles de millones.

Por otra parte, la densidad y complejidad normativa da razón de los alarmantes retrasos que se producen en la transposición de las directivas, siendo la MIFID el caso más reciente.

Según la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea existe el riesgo de que alguien pida daños y perjuicios por la aplicación tardía de la ley. Además, el propio McCreevy ha subrayado que el retraso puede someter a las empresas y bancos europeos a una seria desventaja competitiva.

La insistencia de las críticas ha sido tan notable que la Comisión Europea ha puesto en marcha recientemente un programa de reformas para la racionalización del marco regulador comunitario, con dos objetivos principales:

- 1) Reducir en un 25% los trámites burocráticos en la actividad económica presentes en todas las políticas comunitarias, en un plazo de cinco años (hasta el año 2012).
- 2) Simplificar el ordenamiento jurídico comunitario mediante la elaboración de textos refundidos de las directivas y reglamentos vigentes.

4. LA GESTIÓN DEL RIESGO NORMATIVO

El riesgo normativo es, como hemos visto, origen de una parte muy significativa de los costes operativos de las entidades financieras y además es, probablemente, el más importante elemento individual de incertidumbre, que afecta a las decisiones de consumo de capital, de reputación y de imagen corporativa y de gestión del riesgo.

Admitida, pues, la importancia del entorno normativo, conviene precisar, a continuación, que no todos los riesgos que genera dicho entorno son iguales. Aunque todavía no se ha desarrollado una doctrina consolidada en esta materia, y se echan en falta estudios sistemáticos que pongan un mínimo de orden en la situación de confusión conceptual a la que asistimos hoy, podría decirse que el entorno normativo presenta tres grandes tipos de riesgos (utilizando las denominaciones más comúnmente empleadas):

- Riesgo jurídico (*legal risk*). Se define como el riesgo de que una operación no pueda ejecutarse por no existir una formalización clara o no ajustarse al marco legal establecido, así como el derivado de procedimientos y sentencias judiciales, en todos los casos con impacto en la cuenta de resultados de la organización. Este es el riesgo tradicionalmente gestionado por los departamentos de asesoría jurídica. Su contenido y gestión son sobradamente conocidos y, por ello, no va a ser analizado en este artículo.
- Riesgo regulatorio (*regulatory risk*). Se refiere a la probabilidad de que la regulación experimente cambios o transformaciones, incidiendo así en la proyección de los escenarios futuros a partir de los cuales se elaboran los planes estratégicos de la organización. En definitiva, es el riesgo que viene dado por la probabilidad de que el marco jurídico-operativo del sistema experimente modificaciones dentro del escenario previsible.
- Riesgo de cumplimiento (*compliance risk*). En una primera aproximación puede definirse como el riesgo de que el incumplimiento de exigencias legales o normas de conducta incida en la cuenta de resultados de la compañía, ya sea directamente, con ocasión de sanciones administrativas o de sentencias judiciales adversas, o indirectamente, por repercutir negativamente en la reputación de la entidad.

Las dos últimas dimensiones del riesgo normativo centran el interés de los dos siguientes subepígrafes.

Muchas entidades financieras, absorbidas por la gestión del “día a día”, consideran el riesgo normativo como un tema del “largo plazo” sobre el que ya reflexionarán “más adelante” o, aún peor, lo ven como algo a lo que simplemente hay que adaptarse pasivamente y lo consideran así dominio de especialistas (abogados, expertos tecnológicos y responsables de comunicación e imagen). Sin embargo, la extrema importancia que en nuestros días ha alcanzado el riesgo normativo exige su

incorporación a los elementos de juicio que determinan la estrategia de la entidad y que su gestión sea proactiva, plenamente integrada en la gestión global de la entidad.

4.1. LA GESTIÓN DEL RIESGO REGULATORIO

Las entidades deben considerar varias dimensiones en la gestión de su riesgo regulatorio.

En primer lugar, deben comprender bien la importancia de los impactos a corto y a largo plazo de cada tema regulador y la probabilidad de su ocurrencia, estableciendo así las prioridades u objetivos que hay que conseguir.

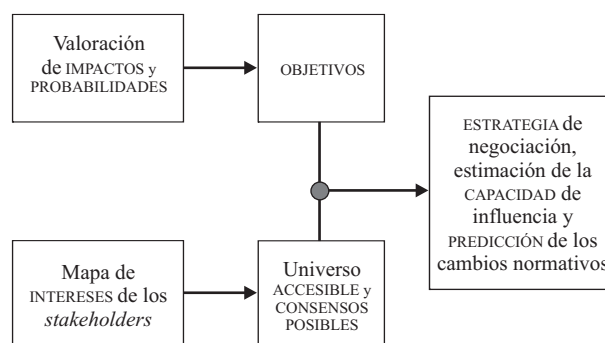
Tiene que ser una valoración conjunta: una baja probabilidad no debe impedir considerar cambios normativos de impacto extremadamente alto (lo cual no implica, naturalmente, dedicar cuantiosos recursos a mitigar tal riesgo de improbable ocurrencia). Quizás, tan sólo resulte obligado el seguimiento permanente de la evolución de su probabilidad, por ejemplo por cambio de la correlación de fuerzas políticas controladoras de los órganos reguladores. Se trata de optimizar la aplicación de recursos disponibles a la gestión de los pares (impacto, probabilidad), seleccionando los objetivos o prioridades de nuestra acción.

En segundo lugar, deben comprender muy bien los intereses de los distintos *stakeholders* para poder anticipar los límites de lo posible y las posibilidades de alcanzar consensos específicos en el marco de esos límites.

En tercer lugar, de la confrontación de los objetivos con las posibilidades resulta la elaboración de una estrategia para la negociación y una estimación de la capacidad de influencia en los cambios (reconsideración de la oportunidad o perfeccionamiento de la norma) y su predicción.

La gestión del riesgo regulatorio debe considerarse en el sector financiero como un proceso permanente y su responsabilidad debe establecerse en el ámbito de la alta dirección, con un fácil e inmediato acceso al primer ejecutivo.

Figura 1



Una parte muy interesante de la estrategia de negociación es la elección de tecnología y, concretamente, entre la gestión individual o colectiva (a través de las asociaciones patronales). Teniendo presente que la contrapartida en la negociación suele ser una institución de gran poder y prestigio (Gobierno, Ministerio de Economía, autoridades supervisoras, etc.) tanto la necesidad de masa crítica suficiente para alcanzar influencia como el alto coste requerido por estas actuaciones hacen que, en la actualidad, la gestión de este riesgo se atribuya generalmente a las asociaciones que agrupan los distintos tipos de entidades financieras. A los propios poderes públicos también les interesa esta solución porque les evita enfrentarse a los difíciles problemas de las posiciones diferentes de cada entidad (según su tamaño, localización, etc.) y que la asociación resuelva al generar el consenso mediante compensaciones orientadas a mantener la equidad y que a veces se extienden en el tiempo a otras normas.

La influencia puede ejercerse con distintos contenidos:

- Reconsideración de la oportunidad de la norma:
 - Errónea identificación de los objetivos sociales.
 - Errónea estrategia instrumental.
 - Análisis coste-beneficio (sociales).
- Perfeccionamiento de la norma.
 - Alternativas con mejor relación coste/beneficio sociales y privados (v.g., el tratamiento en el marco de otra regulación ya existente).
- Cobertura (operadores sometidos).

4.2. LA GESTIÓN DEL RIESGO DE CUMPLIMIENTO

Con frecuencia no se trata de una opción binaria (cumplir o no cumplir) sino que caben distintos niveles de intensidad en la aplicación de la regulación.

También son posibles en muchos casos diversas “tecnologías” alternativas para instrumentar su ejecución. Me interesa, en particular, distinguir entre la ejecución individual o colectiva, generada conjuntamente por un grupo de afectados. En efecto, muy frecuentemente la regulación impone tareas o procedimientos análogos a las distintas entidades, lo cual permite a menudo abordarlos cooperativamente, con reducciones enormes del coste unitario. El ámbito de las asociaciones es un marco óptimo, pero también lo es la negociación conjunta con un proveedor externo común.

La función de las asociaciones en la ejecución colectiva de la regulación aplicable admite un ejemplo muy clarificador en la adaptación a la Directiva de mercados de instrumentos financieros (MIFID). Esta nueva norma sintetiza por sí sola todas las características del marco regulador a que antes me refería, dado su alcance y

complejidad. No en vano esta directiva formula una revisión en profundidad del universo relacional de las entidades financieras: las relaciones con los clientes, con el mercado y con los supervisores van a experimentar cambios notables. Incluso las relaciones internas se van a ver afectadas por el protagonismo concedido por la norma a los órganos de administración y a las funciones de control.

La MIFID exige la revisión y formalización de una buena parte de los procedimientos y políticas internas de las entidades, la adaptación de las infraestructuras tecnológicas y un intenso proceso de formación de los cuadros de personal. Todo ello puede hacerse en el marco de un esfuerzo colectivo que contribuya a reducir costes unitarios.

Un segundo ejemplo puede observarse en la elaboración de reglamentos internos de conducta (como el exigido en el ámbito de los mercados de valores). La elaboración de documentos-tipo, de estructura matricial, ajustables posteriormente a las circunstancias de cada entidad, es un factor claro de optimización de esfuerzos colectivos.

Naturalmente, todas estas actuaciones tendrán como límite el respeto a las normas de defensa de la competencia y, en concreto, la inconveniencia de proporcionar interpretaciones de normas jurídicas cuyo objeto directo sea la actuación comercial de las instituciones financieras.

En el ámbito de la ejecución individual debe partirse del hecho de que la existencia de beneficios y costes privados de la ejecución, que varían con su intensidad, permite un enfoque optimizador de la gestión del riesgo de cumplimiento, comparando los costes (en este caso, privados) con los beneficios, también privados, de su ejecución según cada nivel de intensidad y tecnología.

Evidentemente, para una entidad financiera concreta el nivel óptimo de cumplimiento es el que maximiza el exceso del beneficio capturado sobre los costes privados asumidos. Ello puede significar en algunos casos la conveniencia de ir mucho más allá del mínimo obligatorio para capturar los beneficios marginales que reporta a la institución este sobrecumplimiento (por ejemplo, la mejora de la gestión de riesgos) por encima de sus costes marginales.

El coste privado de ejecución es el soportado directamente por la entidad regulada y es sólo un componente de los costes totales soportados por la sociedad (costes sociales) ya que, por ejemplo, se produce también una disminución del excedente de los consumidores.

Independientemente de cuáles puedan ser los beneficios sociales de una regulación, cabe identificar también sus beneficios privados, aquellos capturados por la propia entidad como consecuencia de la ejecución de la norma. Pueden ser de varios tipos:

- Permitir el ejercicio de una actividad lucrativa.
- Reducir el riesgo de incumplimiento. Aunque las posibles sanciones gubernamentales puedan estar expresadas en términos monetarios, este riesgo presenta nota-

bles dificultades para su cuantificación, lo que ha impedido el desarrollo de instrumentos de medición y tratamiento sofisticados. Además, está directamente vinculado al reputacional, lo que añade más dificultades a los intentos de sistematización y de medición cuantitativa.

–Perfeccionamiento de la propia entidad financiera.

Por lo que respecta al aspecto funcional de la ejecución individual, las responsabilidades en materia de cumplimiento normativo deben distribuirse, según el Comité de Basilea, en tres niveles:

- Órganos de administración (aprobación de políticas y supervisión del modelo de gestión del riesgo).
- Alta dirección (gestión del riesgo, establecimiento y comunicación de las políticas, etc.).
- Función de cumplimiento normativo (asesoramiento, valoración y medición de riesgos y procedimientos, control, relación con organismos externos y formación del personal).

La regulación de la función de cumplimiento normativo ha sido hasta hace poco muy escasa. El Comité de Basilea publicó en el año 2005 un documento que aspira a recoger las mejores prácticas en el ámbito internacional en el sector bancario. IOSCO culminó la misma tarea para el ámbito del mercado de valores un año más tarde (en el mes de marzo del año 2006). Y en el ámbito comunitario, entre las medidas de desarrollo de la Directiva de mercados de instrumentos financieros, la Comisión Europea reguló expresamente esta función, recogiendo en buena medida las principales conclusiones de los documentos anteriores. En algunos países (como Bélgica, Reino Unido o Alemania) ya se cuenta con regulaciones específicas.

Los estándares internacionales apuntan a que la función de cumplimiento debe ser una función independiente, lo que implica la aprobación de un estatuto formal, la designación de un directivo como jefe de cumplimiento, la prevención de conflictos de interés en el personal adscrito a la función y el reconocimiento para este personal de un derecho permanente de acceso a la información que se considere necesaria para el ejercicio eficaz de sus funciones. Además, de acuerdo con dichos estándares, la función de cumplimiento y la función de auditoría interna deben permanecer separadas.

Existen tres grandes modelos departamentales en el ámbito internacional: el modelo *stand-alone*, que consiste en un departamento de cumplimiento específico; el modelo dependiente, donde las tareas relativas al cumplimiento normativo son desempeñadas por una unidad preexistente; y el modelo descentralizado, en el que los asuntos de cumplimiento son abordados por varias unidades (control interno, asesoría jurídica, riesgo operacional...). En cualquier caso, el diseño departamental

es una cuestión que compete decidir libremente a cada empresa de acuerdo con sus necesidades e intereses.

5. EL CASO ESPAÑOL

El movimiento desregulador y liberalizador que se inicia en el sistema financiero español a finales de los años setenta es uno de los mejores ejemplos de como una buena regulación bancaria impulsa el desarrollo del sistema financiero, mejora notablemente su eficiencia y eficacia y, con ello, contribuye decisivamente al crecimiento económico y al bienestar del país. A él se debe que un sistema bancario obsoleto e ineficiente se haya convertido en uno de los mejores del mundo y que España haya podido alcanzar sus actuales niveles de desarrollo y de bienestar.

Pero, desafortunadamente, España también constituye un buen ejemplo de como ha cambiado la orientación de la producción de normas y de su endurecimiento. En efecto, en España la situación es, quizás, aún más preocupante por la concurrencia de tres motivos:

– Por el régimen de autorización previa frente al modelo de inspección *a posteriori*, más frecuente en los países de nuestro entorno. Por ello en España existe un conjunto de requisitos que deben contemplarse con carácter previo a la ejecución de determinadas actividades. Les da una mayor protección y seguridad a las entidades financieras, pero genera costes en tiempo y en dinero que pueden ser muy gravosos.

En un ámbito con tendencia a la convergencia normativa en la Unión Europea, podría reflexionarse sobre algunos aspectos reguladores en relación con determinados servicios, como los de cobros y pagos, donde pueden ser menos perceptibles las ventajas del modelo de regulación “de autorización previa” o en otros como el de la publicidad en el que las ventajas del sistema de autorización previa se podrían conservar mediante el mantenimiento de la posibilidad de consultas vinculantes a la que las entidades pudieran recurrir antes de realizar campañas cuestionables.

– Por sus mayores exigencias:

- Existen diferencias significativas en la normativa sobre precios máximos de los productos crediticios. En este caso, la legislación española es menos profusa, pero establece límites mucho más exigentes.
- Asimismo, España es, junto con Holanda, el único país que ha establecido límites legales a las comisiones por cancelación o por subrogación de préstamos hipotecarios a tipo variable.

– Por la existencia de un regulador adicional (las comunidades autónomas). Como es bien sabido, de acuerdo con el marco constitucional de distribución de compe-

tencias en materia de “crédito, banca y seguros”, corresponde a las comunidades autónomas desarrollar las bases dictadas por el Estado. Ello se ha traducido en la práctica en amplios poderes de carácter legislativo y ejecutivo respecto de las cajas de ahorros y de las cooperativas de crédito (que presumiblemente se extenderán a otras entidades, como los bancos, a la luz de la vigente jurisprudencia constitucional y de los nuevos estatutos de autonomía).

Este ambiguo reparto de competencias ha generado una intensa conflictividad ante el Tribunal Constitucional (prácticamente todas las normas estatales o autonómicas en materia de cajas de ahorros han sido recurridas ante dicho Tribunal), lo cual no ha contribuido precisamente a dotar de seguridad jurídica al modelo.

A estos problemas estructurales han de sumarse los derivados de la duplicidad de normas (entre el Estado y las comunidades autónomas) y los de la inconsistencia entre los ordenamientos autonómicos (que en algunos casos, al recurrir a definiciones o a criterios diferentes, dificulta una actuación homogénea de las entidades en todo el territorio estatal).

La probable situación diferencial, en el sentido de un mayor coste regulador del sistema bancario español (y de las cajas en particular), significaría la introducción en el marco de la Unión Europea de distorsiones en el funcionamiento del mercado y de errores en el mecanismo de asignación de recursos.

Es evidente que este escenario no puede resultar satisfactorio para nadie. Elementales razones de eficiencia económica imponen la necesidad de reconfigurar nuestro sistema (y nuestra filosofía) de producción de normas. Nuestras autoridades públicas (el Parlamento, el Gobierno, sus agencias, las comunidades autónomas...) han de tomar conciencia de la fatiga reguladora que acusa el sector productivo y adoptar las iniciativas oportunas para reconducir la situación.

En primer lugar, sería muy conveniente que, secundando a la Comisión Europea en su programa de reformas para la racionalización del marco regulador comunitario, se propusiesen ambiciosas metas de reducción de los costes de ejecución de la regulación que hoy pesa sobre la banca española, en ese mismo plazo de cinco años elegido por la Comisión Europea (que finaliza en el año 2012).

En segundo lugar, que este proceso de mejora de nuestro sistema regulador debe partir de dos consideraciones. La primera de ellas es que existen alternativas válidas a la regulación: las autoridades públicas deben asumir la idea de que la regulación no es “la solución para todo”. Muestras de alternativas válidas pueden ser las siguientes:

– Información y educación. Mejor que legislar puede ser informar y educar a los ciudadanos en las materias correspondientes por medio de campañas publicitarias o de otros instrumentos similares. En esta filosofía se inscriben, por ejemplo, las recientes reflexiones de la Comisión Europea sobre la necesidad de mejorar la cultura financiera de los particulares.

- Autorregulación. La aprobación de códigos o de normas sectoriales puede ser una alternativa eficiente a la legislación emanada de los poderes públicos.
- Legislación “blanda” (*soft regulation*). Los códigos voluntarios también pueden significar soluciones aceptables, sobre todo una vez consolidado el principio de “cumplir o explicar”, que ha permitido alcanzar un interesante equilibrio entre voluntariedad y exigencia.
- Incentivos. La implantación de mejores prácticas no siempre debe perseguirse mediante normas imperativas. En muchos casos puede resultar más útil el establecimiento de incentivos (financieros, fiscales, etc.) por parte de las autoridades.

La segunda consideración se refiere a la forma en sí de legislar. El procedimiento de elaboración de normas en España se halla actualmente regulado por la Ley del Gobierno, que data del año 1997 y que ya no se ajusta, al menos por lo que respecta al sistema financiero, a la realidad. Los gobiernos de algunos países de nuestro entorno (como el Reino Unido o Irlanda) han adoptado interesantes iniciativas para poner al día sus mecanismos de producción normativa. Gracias a ellas parece despertar en estos momentos una corriente de opinión, conocida como “*better regulation*”, que comienza a contar ya con una sólida base conceptual. Se trata, sin duda, de un hecho positivo, del que nuestras autoridades podrían tomar nota.

Esta “mejor regulación” debería constar, a mi juicio, de tres pilares, sobre los que invito ya a reflexionar para su rápida incorporación a nuestro sistema:

- Principios de mejor regulación. Es preciso garantizar una regulación de calidad, mensurable a partir del cumplimiento de principios básicos:
 - Proporcionalidad: las medidas incluidas en las normas deben guardar una correspondencia adecuada con el problema que se trata de resolver.
 - Responsabilidad: los reguladores deben someterse a un escrutinio público completo en el que puedan justificar sus decisiones.
 - Coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, evitándose tratamientos duplicados o disímiles en materias semejantes. Un ejemplo evidente es el tratamiento de las operaciones vinculadas de las entidades financieras, que han sido reguladas en varias normas diferentes (cuentas anuales, informe anual de gobierno corporativo, información pública periódica, régimen fiscal, etc.), cada una con un tratamiento distinto.
 - Orientación: las normas deben orientarse con claridad a los problemas, tratando de minimizar efectos colaterales. También deben preocuparse por escoger el ámbito subjetivo adecuado. En este sentido, se debería analizar en qué supuestos es razonable que sea el sistema bancario –y a su través, sus clientes– los que soporten el coste de actividades vinculadas a objetivos sociales externos al propio sistema financiero y para los que la regulación de éste es meramente instrumental. Se trataría, por tanto, de determinar a quién corresponde en equidad soportar el coste de la regulación necesaria.

- Simplificación: debe evitarse la dispersión normativa, uno de los grandes males de nuestro ordenamiento. Resulta difícilmente justificable la ausencia en España de una ley general bancaria (la regulación bancaria en España está repartida en no menos de veinte leyes). Es decir, debería procederse a una racionalización del marco regulador a través de textos de elaboración refundidos. Otra línea de simplificación puede ser tratar de evitar y suprimir trámites burocráticos innecesarios o redundantes.
- Valoración de impactos. El análisis coste-beneficio debe abrirse paso definitivamente en el proceso de elaboración de normas. Por ello, sería muy beneficioso que la Ley del Gobierno exigiera para cada norma la elaboración de una memoria (como ya está previsto para dos aspectos concretos: 1) el impacto en los presupuestos generales del Estado; y 2) el impacto en las políticas de género), que detallase el impacto económico previsible para el sector privado en términos de costes sociales adicionales.
- Transparencia. Debería reforzarse la “publicidad” del proceso en un doble sentido:
 - Dando una mayor transparencia al proceso en sí, publicando las memorias explicativas de los proyectos así como las distintas versiones de los textos (desde los primeros momentos de su elaboración).
 - Impulsando el contacto con la industria. Sería positivo institucionalizar foros de diálogo con los que intercambiar formulaciones y puntos de vista.

6. CONCLUSIÓN

Como fácilmente se puede comprobar, las propuestas aquí formuladas no cuestionan en modo alguno la utilidad de la regulación como modalidad de ejercicio de las políticas públicas. Como antes he indicado, la actividad reguladora comporta beneficios ciertos y notables al conjunto del sistema económico. Pero, de la misma forma, es preciso que los agentes públicos tomen plena conciencia de que la regulación también puede introducir ineficiencias. Si se me permite la analogía, es posible que la actividad reguladora genere externalidades negativas en el sistema (lo que antes he denominado “fallos del regulador”).

La solución pasa por racionalizar el proceso de producción normativa en todas sus etapas: en el mismo momento de la toma de la decisión regulatoria (a través de la identificación de alternativas de acción y análisis de impactos), en la fase de construcción de la norma (mediante la aplicación de los principios antes descritos), y en su procedimiento de tramitación y publicación (incentivando la transparencia y el diálogo con los sectores afectados).

La aplicación de estos sencillos principios puede contribuir de forma más que notable a que el entorno regulador sea más fácil de gestionar. En definitiva, a que

nuestro ordenamiento jurídico quede más eficazmente orientado al objetivo de maximizar el bienestar colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMS, B.A.; SETTLE, R.F. (1993): "Pressure-Group Influence and Institutional Change: Branch-Banking Legislation During the Great Depression", *Public Choice*, vol. 77.
- BALDWIN, R.; ANDERSON, R. (2002): *Rethinking Regulatory Risk*, DLA. London: London School of Economics.
- BARTH, J.R.; CAPRIO, G.; LEVINE, R. (2004): "Bank Regulation and Supervision: What Works Best?", *Journal of Financial Intermediation*.
- BEARDSLEY, S.C; BUGROV, D.; ENRÍQUEZ, L. (2005): "The Role of Regulation in Strategy", *The McKinsey Quarterly*, núm. 4.
- BEARDSLEY, S.; FARRELL, D. (2005): "Regulation that's Good for Competition", *The McKinsey Quarterly*, núm. 2.
- BECK, T.; DEMIRGÜÇ-KUNT, A.; LEVINE, R. (2005): "Law and Firms' Access to Finance", *American Law and Economics Review*.
- BHATTACHARYA, S.; BOOT, A.W.A.; THAKOR, A.V. (1998): "The Economics of Bank Regulation", *Journal of Money Credit and Banking*.
- CENTRE FOR THE STUDY OF FINANCIAL INNOVATION (CSFI); PRICEWATERHOUSECOOPERS; BANKING BANANA SKINS (2006): *CSFI's Annual Survey of the Risks Facing Banks*. Londres: CSFI / PriceWaterhouseCoopers..
- DALE, R. (2004): "Issues in International Banking Regulation: Global Policies for Global Markets", *Financial Review*.
- DAS, U.; QUINTYN, M.; CHENARD, K. (2004): *Does Regulatory Governance Matter for Financial System Stability? An Empirical Analysis*. (IMF Working Paper).
- DELOITTE (2006): *Proyecto ARS. Análisis y redefinición de los servicios*. Madrid: CECA-COAS.
- DELOITTE & TOUCHE (commissioned by the Financial Services Authority) (2006): *The Cost of Regulation Study*. Reino Unido.
- DEMIRGÜÇ-KUNT, A.; LAEVEN, L.; LEVINE, R. (2004): *Regulations, Market Structure, Institutions, and the Cost of Financial Intermediation*.
- DEWATRIPONT, M.; TIROLE, J. (1993): *The Prudential Regulation of Banks*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ECONOMIDES, N.; HUBBARD, R.G.; PALIA, D. (1996): "The Political Economy of Branching Restrictions and Deposit Insurance", *Journal of Law and Economics*.
- ELLIEHAUSEN, G. (1993): *Regulatory Burdens: Recent Studies, Industry Issues, and Agency Initiatives*. (Staff Paper, GAO/GGD-94-28). Washington, DC: US General Accounting Office.
- ELLIEHAUSEN, G. (1998): "The Cost of Bank Regulation: A Review of the Evidence", *Federal Reserve Bulletin*, (abril).
- FLANNERY, M. (1984): "The Social Costs of Unit Banking Restrictions", *Journal of Monetary Economics*.
- FLEMING, S. (2007): "Cost of Compliance: Raining Regulation", *Financial World*, (febrero).

- GLAESER, E.L.; SHLEIFER, A. (2003): "The Rise of the Regulatory State", *Journal of Economic Literature*.
- GIL GARCÍA, G. (1993): "Una nota sobre regulación", *ICE Regulación y Mercados*, núm. 723, (noviembre).
- GOWLAND, D. (1990): *The Regulation of Financial Markets in the 1990s*. Hants (Reino Unido).
- HALL, M. (1987): *Financial Deregulation*. Londres: Macmillan.
- HARDY, D.C. (2006): *Regulatory Capture in Banking*. (IMF Working Paper WP/06/34).
- HONOHAN, P.; LAEVEN, L. (2005): *Systemic Financial Crises: Containment and Resolution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- INSTITUTE OF INTERNATIONAL BANKERS (2003): *Global Survey of Regulatory and Market Developments in Banking, Securities and Insurance*. New York: Institute of International Bankers.
- KANE, E.J. (1997): *Ethical Foundations of Financial Regulation*. (Working Paper). National Bureau of Economic Research.
- LLEWELLYN, D.T. (1986): *The Regulation and Supervision of Financial Markets*. Londres: Institute of Bankers.
- LLEWELLYN, D.T. (1987): "Competition and the Regulatory Mix", *National Westminster Bank Quarterly Review*.
- LLEWELLYN, D.T. (1988): "Análisis básico da innovación financiera", *Suplementos sobre el Sistema Financiero*, núm. 21. Papeles de Economía Española.
- MCKINSEY & CO.: *Banking in a Changing World*.
- MERCER, O.W. (2007): *EMEA Financial Services in 2010. A Call for Change*. Londres.
- MERCER, O.W. (2007): *State of the Financial Services Industry*. Londres.
- MISHKIN, F.S. [ed.] (2001): *Prudential Supervision: What Works and What Doesn't*. Chicago: University of Chicago Press.
- OCDE (1992): *Banks under Stress*. París.
- PAPADIMITRIOU, D.B. [ed.] (1996): *Stability of the Financial System*. New York: MacMillan Press.
- PAPADIMITRIOU, D.B. [ed.] (2000): *Modernizaing Financial Systems*. New York: St. Martin's Press.
- READ, C. (2006): *Creating Vale in a Regulated World - CFO Perspectives*. West Sussex.
- ROSEMBLUTH, F.; SCHAAP, R. (2003): "The Domestic Politics of Banking Regulation", *International Organization*, vol. 57, (primavera).
- ROSEN, R.J. (2003): "Is Three a Crowd? Competition among Regulators in Banking", *Journal of Money, Credit & Banking*.
- SPONG, K. (1983): *Banking Regulation*. Federal Reserve Bank of Kansas City.
- ZINGAIS, L. (2004): *The Costs and Benefits of Financial Market Regulation*. (Working Paper). European Corporate Governance Institute.