

**XXXI Jornadas de Estudio
de la Abogacía General del Estado**

**LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS (II):
ORDENACIÓN BANCARIA**

**LA SUFICIENCIA DEL MODELO REGULATORIO BANCARIO PARA EL
TRATAMIENTO DE LAS CRISIS BANCARIAS**

José Antonio Alepuz Sanchez. Noviembre 2009

“First of all let me state the simple fact that when you deposit money in a bank the bank does not put the money into a safe deposit vault. It invests your money in many different forms of credit-bonds, commercial paper, mortgages and many other kinds of loans. In other words, the bank puts your money to work to keep the wheels of industry and of agriculture turning around. A comparatively small part of the money you put into the bank is kept in currency -- an amount which in normal times is wholly sufficient to cover the cash needs of the average citizen. In other words the total amount of all the currency in the country is only a small fraction of the total deposits in all of the banks”¹.

Agradezco de modo especial a la Abogacía General del Estado por su deferencia al invitarme a participar nuevamente en unas jornadas de estudio de la Abogacía del Estado donde, hace algo más de once años, tuve la ocasión de hablar sobre “el dinero”, en el marco del denominado estatuto jurídico del euro.

El título de mi intervención vuelve a poner sobre el tapete un tema intrínsecamente relacionado con la misma figura de la que ya hablé en aquellas jornadas de 1998: El dinero. Y ello es así por cuanto la noción central sobre la que pivotan los modelos regulatorios bancarios es precisamente sobre la preservación del valor del dinero. Hablar de la suficiencia del modelo regulatorio bancario en el tratamiento de las crisis bancarias es hablar de los

¹ Transcripción del segundo párrafo del discurso dirigido el 12 de marzo de 1933 por Franklin Delano Roosevelt a sus compatriotas tras la crisis bancaria de 1933.

mecanismos de preservación del valor del dinero y de destrucción del valor del dinero².

La perspectiva con la que hoy deseo afrontar este objeto de conocimiento, tan importante como escasamente estudiado en el seno de la dogmática jurídica, tiene bastante que ver con las voces que últimamente, en el fragor de la crisis financiera que estamos viviendo, se alzan acusando a los sistemas financieros modernos de faltos de una regulación adecuada o de una mayor o mejor regulación, por entender la insuficiencia de la misma una de las causas de la actual crisis financiera internacional.

Esta circunstancia me movió a pensar en un concepto que seguramente no es innovador, pero sí escasamente utilizado, cual es el de la “suficiencia” de un determinado modelo para prevenir los supuestos de mal funcionamiento de la actividad regulada.

Hablar de suficiencia nos permite tanto hablar de lo adecuado como de lo inadecuado y, en Derecho, norma de organización por excelencia, adecuación o inadecuación son unos parámetros que determinan el nivel de ortodoxia de un determinado modelo.

De las múltiples posibilidades que un modelo tiene de organizarse, la adecuación de sus fundamentos a la ortodoxia es lo que, a mi juicio, determinará la suficiencia de dicho modelo para atajar los problemas de la insolvencia bancaria³ en forma que presente los menores riesgos jurídicos y que sea lo más eficiente posible, entendiendo por eficiencia la capacidad del modelo para dar cumplida satisfacción a la mayor cantidad de tenedores de intereses en liza afectados por la crisis de una entidad bancaria, eso sí, debidamente priorizados y, a ser posible, con el menor coste posible para el correspondiente sistema de garantía de depósitos.

Adicionalmente, hay tres importantes razones para la elección del tema de esta ponencia.

La primera es que, después de haber analizado el programa de estas jornadas de estudio, se me antojaba necesario ofrecer una aproximación conceptual general a los temas de la ordenación bancaria que, de alguna manera, proporcionase un elemento de cohesión de las distintas ponencias que van a tener lugar durante la celebración de estas jornadas.

² Sobre el particular ver “Banca Central y Regulación Bancaria: ¿Dónde estamos? Publicado en el Boletín del Centro de Estudios Monetarios Latino Americano, abril-junio 2007 donde se sostiene la tesis de que al hablar de banca central y regulación bancaria estamos hablando del dinero y de sus procesos de creación, mantenimiento de valor y destrucción.

³ Obsérvese que en puridad la insolvencia bancaria es un grado dentro de las categorías en las que puede dividirse los bancos con problemas. No es inusual contraponer como conceptos distintos los de “Troubled Banks, Distressed Banks, Illiquid Banks and Insolvent Banks”. Si bien la distinción es teóricamente clara en el caso de diferenciar iliquidez de insolvencia, aunque la práctica no permita afirmaciones categóricas, la distinción entre troubled y distressed, es más difícil.

La segunda es que dicha aproximación conceptual supone un auténtico “puerto seguro”, en la medida que aleja esta presentación de cualquier elemento valorativo sobre el sistema financiero nacional, al estar basado esencialmente en mi práctica profesional internacional anterior a mi pertenencia al Banco de España⁴.

Y la tercera es debida a mi afición a la tecnología normativa. Como me hizo notar mi buen amigo Javier Bolzico⁵ durante una operación de asistencia técnica en la que participamos conjuntamente en un país centroamericano allá por el año 2002, este es un buen lugar para remarcar que las leyes bancarias deberían escribirse de atrás hacia delante.

Lo que quería decir Bolzico con esta elocuente frase es que las leyes bancarias en casi todos los países han venido regulando hasta tiempos muy recientes, de modo exclusivo, los procedimientos de creación y supervisión de entidades bancarias, los criterios para la regulación de su actividad, y las sanciones para el caso de incumplimiento de las denominadas “normas prudenciales” y de las denominadas normas de transparencia. Pero en general había un olvido generalizado en establecer los mecanismos para lidiar con bancos en crisis. Las leyes bancarias no tenían lo que en la jerga regulatoria se denominan “*mecanismos de salida bancaria*”⁶.

Si esto era cierto en relación con la crisis de una entidad aisladamente considerada, mucho más en el caso de las denominadas “crisis sistémicas”, donde las recomendaciones de los organismos internacionales se han orientado casi siempre hacia la exigencia de planes de contingencia y la adopción de medidas “ad hoc”, para evitar peligrosos efectos “señal” con la publicación de normas que contengan las herramientas “excepcionales” con

⁴ El autor quiere dejar expresa constancia que el contenido del presente documento no expresa en modo alguno la opinión institucional del Banco de España y constituye un ejercicio académico personal.

⁵ Bolzico, pese a su extraordinaria juventud, fue Superintendente de banca (equivalente a máximo responsable de la supervisión bancaria) en el Banco Central de la República Argentina, en el preámbulo de la crisis Argentina de 2001.

⁶ La jerga regulatoria internacional denomina a estos procedimientos “bank exit mechanisms”. Existe un interesante documento, de carácter sustancialmente descriptivo, publicado conjuntamente por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, de Abril de 2009, denominado “An Overview of the Legal, Institutional, and Regulatory Framework for Bank Insolvency”, en el que se utiliza una terminología legal clásica para el tratamiento de las insolvencias bancarias. Ello es fundamentalmente debido a que dicho documento era inicialmente un subcapítulo de otro documento anterior editado bajo los auspicios de la GLOBAL INSOLVENCY INITIATIVE, publicado por el Banco Mundial. No obstante, en el mundo regulatorio bancario, la denominación genérica de los procedimientos de tratamiento de entidades bancarias con problemas suele utilizar el término “salida bancaria” comprensiva tanto de los procedimientos tradicionales de intervención bancaria (entendida como Official Administration of Banks), restructuración bancaria (Bank Resolution) y liquidación bancaria (Bank Liquidation). Con todo existen diferencias conceptuales en función de los diversos organismos y autores no siendo pacífica la utilización de una denominación estandarizada.

las que los ordenamientos jurídicos tienen que afrontar este tipo de crisis⁷. Esto no deja de suponer un cierto homenaje a ese sentimiento tan popular que nos enseña que lo excepcional corre el peligro siempre de acabar convirtiéndose en lo ordinario o general.

La situación, con todo, ha empezado tímidamente a variar y hay ya algunos ejemplos, sobre todo en países que han sufrido recientes crisis financieras, cuya legislación bancaria contiene normas especiales aplicables al tratamiento de las entidades bancarias que presenten perfiles de deterioro de su solvencia más allá de los denominados mecanismos de “supervisión intensiva”. Preeminentemente, estas legislaciones se orientan hacia modelos no judiciales en el tratamiento de la insolvencia o crisis bancaria⁸ y, quizás, pudiera afirmarse que se observa cada vez más una transición del modelo tradicional de “intervención bancaria” -asociada a la noción de rescate bancario- hacia un modelo de “resolución bancaria”, en los términos que luego intentaré explicar más profusamente⁹.

Sentadas las razones por las que elegí este tema de mi intervención, me gustaría iniciar la tarea indicando que, en mi opinión, la suficiencia o, si se quiere, la ortodoxia, es el resultado de una combinación adecuada de cuatro ingredientes fundamentales cuya adecuada comprensión texturiza, parafraseando al moderno lenguaje gastronómico, un adecuado tratamiento de la insolvencia bancaria. Tales elementos son:

- a) Un elemento conceptual, cual es la correcta comprensión del título administrativo de intervención en materia bancaria o, si se quiere, del fundamento de la regulación bancaria y de la banca central. Esto es, se debe analizar si el particular modelo regulatorio ofrece la apropiada respuesta a la cuestión de porqué regulamos los bancos con el particular nivel de intensidad regulatoria que tiene la regulación bancaria y cuál es el particular modelo relacional entre el supervisor bancario y las entidades supervisadas;

⁷ Ha habido algún país como Paraguay o la República Dominicana que han publicado normas con mecanismos excepcionales para la prevención de riesgos sistémicos, pero en general tales mecanismos suelen contenerse en planes de contingencia que se activan mediante el uso de normas de excepción o de señalado carácter urgente, como es el caso de nuestros Reales Decretos Leyes.

⁸ Sobre este particular recomiendo un interesante documento de la London School of Economics, Financial Market Group, Research Centre, elaborado por Gillian G.H. García, Rosa María Lastra y María J. Nieto, titulado “*Bankruptcy and reorganization procedures for cross-border Banks in the EU: Towards and integrated approach to the reform of the EU safety net*”, mayo 2009

⁹ Algunos ejemplos puede encontrarse en la legislación argentina, boliviana, peruana, ecuatoriana colombiana, guatemalteca y en la república dominicana. Latinoamérica ha resultado ser un interesante laboratorio en materia de desarrollo de legislaciones para crisis bancarias, como en los años 40 del pasado siglo fue un interesante laboratorio para el diseño de estructuras independientes de banca central y “superintendencias bancarias”, fruto de la denominada “misión Kémerer”.

b) Un elemento subjetivo, cual es el entender que las entidades bancarias son “animales jurídicos” distintos tanto en su estructura patrimonial como en las funciones que realizan, lo que determina importantes peculiaridades en el tratamiento de la denominada insolvencia bancaria y, todo ello, con independencia de cuál sea la tipología corporativa a la que, en concreto, responda cada entidad;

c) Un elemento procedimental, cual es la existencia de un adecuado mecanismo efectivo de salida bancaria o, si se permite la expresión, de desagregación del balance bancario, que debe estar necesariamente cohonestado con el régimen de prioridades (priority of claims), que determina la propia composición del balance bancario o, si se quiere expresar negativamente, con el régimen de adecuada distribución de pérdidas en la liquidación de dicho balance (allocation of losses). Esto es algo no necesariamente explicitado o comprendido dentro de las legislaciones bancarias actuales¹⁰. Además, resulta curioso que la evidencia empírica demuestre que la “bancarota” no sea el mecanismo idóneo para resolver el problema de la insolvencia bancaria;

d) Un elemento institucional, de primera magnitud, que suple en ocasiones determinadas carencias en alguno de los elementos anteriores, cual es la concreta capacidad institucional del supervisor para supervisar las entidades y dirigir el proceso de resolución bancaria con arreglo a criterios que sean eminentemente competitivos, para no entrar en problemas legales de mayor altura, tanto desde el punto de vista de las responsabilidades legales del supervisor, como de las implicaciones en el derecho de la competencia, por mencionar dos de los más importantes flancos a cubrir.

El elemento conceptual: La adecuación del título administrativo de intervención en el sector de la actividad bancaria. Características de la regulación bancaria en cuanto técnica jurídico-administrativa que se proyecta sobre un sector de actividad privado

Actualmente se habla -y no exento de una cierta ligereza- de “regulación” de los sectores económicos. El término regulación, que algunos impropriamente reducen al concepto “reglamentación”, entendida ésta como el proceso de producción de normas reglamentarias o, simplemente, dichas normas aisladamente consideradas, es, en el mundo jurídico en el que se inserta nuestro modelo jurídico, una suerte de traducción impropia de un término que tiende a utilizarse en foros internacionales cual es “*legal and regulatory framework*”¹¹.

¹⁰ Ya Enrico Cimbali a fines del XIX, en la órbita de la sucesión deferida por causa de muerte, mencionaba la necesidad de atender en la desagregación del patrimonio del premuerto a los elementos que ayudaron a conformarlo. Salvadas las distancias, otro tanto puede predicarse en las desagregaciones de los balances bancarios.

Aceptando la utilización masiva de este término, tanto por juristas como por legos en Derecho, lo cierto es que lo que es moda en nuestra literatura jurídica desde hace aproximadamente 20 años, antaño solía denominarse en los países de modelo administrativo continental como “*regímenes de intervención administrativa en sectores de actividad privada*”, dando lugar a toda la construcción técnica de las figuras autorizatorias en los sectores “no concesionables”, es decir, en los sectores de la actividad económica privada que requerían tan sólo un plus administrativo para la remoción de obstáculos impositivos al libre ejercicio de la misma, por las razones que estimase conveniente el legislador.

Dentro de estos regímenes de intervención administrativa, resultaba esencial conocer el “título jurídico de intervención” en su doble vertiente formal (exigencia de un precepto legal limitativo de derechos y la correlativa atribución de una potestad remocitoria de impedimentos de ejercicio al Estado) y material (fundamento o razón última del establecimiento del régimen “regulatorio”).

En síntesis, se trata de saber por qué regulamos los bancos más allá de la concreta imposición legal, para no reducir la cuestión a una mera cuestión tautológica. Responder a esta pregunta nos permite establecer -como luego veremos- tanto los mecanismos adecuados de actuación en caso de crisis por la autoridad supervisora, como sus límites, así como evitar irrumpir en terrenos minados con riesgos jurídicos.

Una somera aproximación histórica al fenómeno de la regulación bancaria¹², y hay que hacerla porque los sedimentos de los anteriores fundamentos permanecen en la regulación actual de forma entrelazada, solapada y a veces confusa, nos muestra como en una fase que podríamos denominar pre-regulatoria, el ejercicio de la actividad bancaria estaba sometido, casi por modo exclusivo, a las normas de prevención de la usura. Hoy son las normas

¹¹ Tiendo a pensar que tal distinción arranca sustancialmente de la diferenciación entre los “Enabling Statutes” de las agencias regulatorias norteamericanas (leyes de creación de las agencias regulatorias con determinación de objetivos y mandato) y el marco regulatorio que formado inicialmente por sus actos administrativos (administrative adjudications) y su actuación administrativa informal fué posteriormente sedimentando en los reglamentos administrativos (administrative regulations) dictados por aquellas al amparo de la reiteración de políticas contenidas en sus actos administrativos. Tal distinción puede explicar el binomio “Legal and regulatory framework” que puede determinar porque algunos traducen el binomio como “marco legal y reglamentario”. En nuestro Derecho el marco regulatorio contiene productos normativos con rango de ley y de reglamento por lo que sería más propio hablar simplemente de “regulatory framework”. Más aún, entiendo que podría ser pacífico aceptar que los marcos regulatorios son los que se proyectan sobre el ejercicio de actividades privadas, por contraposición a los marcos concesionales cuyo ejercicio o bien queda reservado a las instancias públicas o puede ser objeto de concesión cuando sean susceptibles de aprovechamiento económico por los particulares.

¹² Ver HUERTA DE SOTO, *Dinero, Crédito y Ciclos Económicos*, Unión Editorial Madrid, 1998 donde se contiene una profusa descripción de la historia de la banca asociada al análisis de la figura del depósito irregular de dinero con referencias desde el Derecho Griego hasta nuestro días.

de transparencia bancaria y de protección del usuario de servicios bancarios el sedimento actual de esta fase embrionaria o pre-regulatoria del negocio de la banca.

En una aproximación posterior, el título jurídico de intervención se dibujó como la necesidad de ordenar el crédito. La banca se vio así como un “public good”, término que gustan de utilizar en la ciencia económica y que no es necesariamente coincidente con el acuñado concepto técnico jurídico del servicio público, en el sentido que permite descontar el futuro financiando actividades presentes, con todas las externalidades que esto puede llevar aparejado. Un servicio puede ser de utilidad para la comunidad pero no necesariamente revestir las características de publicatio formal o de monopolio de exclusividad regalística en favor del Estado.

Los sedimentos actuales de tal aproximación ordenadora del crédito son algunos residuos pseudo-concesionales presentes, hasta no hace mucho tiempo, en la normación de la regulación bancaria y de la banca central. Sorprendería saber que muchísimos países conservan, o han conservado hasta no hace mucho tiempo¹³, a favor de los bancos y en su legislación bancaria, privilegios de ejecución o de acreditación de sus títulos a ejecutar que, justificados en las dificultades de hacer efectivos los créditos morosos y amparados en esa percepción pseudo-concesional de la entidad bancaria, acabaron convirtiéndose en elementos que, por la falta de atención al principio de igualdad y contradicción de partes, determinaron un reposicionamiento del juzgador en favor del deudor generando, por tanto, un efecto adverso al incentivo perseguido y fomentando, más que aliviando, la denominada cultura del impago.

Tal aproximación pseudo-concesional alcanzaba también a la propia concepción de la banca central, dibujándose las relaciones entre el banco central y los bancos privados a través de una suerte de franquicia o delegación. A dicha percepción responde la antigua calificación del banco central como banco de bancos, que inapropiadamente se sigue utilizando en la actualidad. Y a esa concepción pseudo-concesional respondió también la utilización de los denominados instrumentos directos de política monetaria, a través de los cuales los bancos centrales determinaban o fijaban de modo imperativo las tasas activas y pasivas, a través de las cuales podían remunerar sus pasivos depositarios o cobrar por la prestación de la actividad crediticia o determinar, incluso, el volumen de actividad crediticia a realizar¹⁴.

¹³ Piénsese, por ejemplo, que en nuestro país existió hasta la década de los 90 un importante privilegio de ejecución hipotecaria a favor del Banco Hipotecario, que fue objeto de revisión por nuestro Tribunal Constitucional. En efecto, por STC del Pleno 128/94, de 5 de mayo, se resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la existencia de dicho privilegio.

¹⁴ Al tiempo de publicarse esta ponencia, la autoridad supervisora China, según información aparecida en medios de prensa el 21 de enero de 2010, ha emitido una orden a sus bancos de restricción del crédito para evitar el calentamiento de su economía.

También a esta concepción obedece la clasificación de entidades bancarias en función del tipo de actividad crediticia autorizada a realizar por cada una de ellas, siendo tributaria de aquella aproximación la clasificación de los bancos en función del segmento de actividad crediticia autorizado (bancos de crédito agrícola, comercial, mercantil o industrial, bancos de crédito hipotecario, etc.).

Aquello, unido al privilegio de emisión por los bancos centrales, dio lugar a la calificación de estos como prestamistas de última instancia, figura de contornos no siempre nítidos, con tantas definiciones como autores la han tratado, y que ha deseado expresamente evitarse en el marco del Sistema Europeo de Bancos Centrales mediante el uso del término ELA, acrónimo bajo el cual se conoce la facilidad crediticia denominada “emergency liquidity assistance”, cuyo límite superior está definido por la prohibición de financiación monetaria de los bancos centrales a las obligaciones gubernamentales -trasunto de su independencia financiera- no entendiéndose tal prohibición infringida en los casos en que el supervisor entienda que la entidad acreditada es viable y se trate de una facilidad a corto plazo.

Nuestra Constitución de 1978, sin ir más lejos, en su artículo 149.1.11, sigue hablando de la ordenación del crédito¹⁵. Muchas legislaciones latinoamericanas siguen configurando la licencia bancaria como un compendio de actividades mercantiles de giro o tráfico financiero, y esencialmente crediticio, sometidas a un régimen autorizatorio del supervisor, lo que no deja de ser un homenaje a una concepción embrionaria de la moderna actividad bancaria.

En tiempos más recientes, hemos empezado a comprender que sometemos los bancos a un régimen especial de regulación porque los bancos son captadores de depósitos dinerarios a la vista, no faltando adornos de corte político-social que asocian esta captación del numerario a la protección del ahorro o de los ahorristas.

Siempre he entendido que el ahorro es un concepto meta-jurídico y que, en términos de protección, es preferible proteger al individuo (al depositante) que a la finalidad subjetiva -que no causa- a la que responda su contrato de depósito. Bastante intangible y variable es la noción del dinero¹⁶ para que la asociemos a la motivación que impulsa al individuo a su no disposición o inmovilización con el objeto de mantener un fondo dinerario de ahorro. Más

¹⁵ Esta aproximación que he dado en llamar pseudo-concesional, en la medida que dibuja las relaciones del supervisor bancario o del banco central con los bancos privados en forma que permite deslizar nociones de rescate bancario en caso de crisis, si bien mantiene formalmente la concepción de las entidades bancarias como entidades privadas, alcanza su cenit en normas tales como la ley bancaria de Costa Rica, vigente en 1998, que dibujaba la licencia bancaria como la correspondiente a los bancos públicos y sobre ella establecía un régimen autorizatorio limitado para la banca privada.

¹⁶ Sobre la variabilidad conceptual del dinero y su intangibilidad recomiendo la lectura del libro de Jack Weatherford “*La historia del dinero: De la piedra arenisca al ciberespacio*”, cuyo capítulo 16 dedicado a la “vida erótica del dinero electrónico”, califica a nuestra era como la de una promiscuidad monetaria sin precedentes.

peligroso aún resulta adentrarse por la senda de proteger los ahorros del público en general, pues el ahorro no se materializa simplemente en depósitos dinerarios bancarios y en esta materia es tan peligroso igualar, como discriminar en exceso.

Regulamos los bancos por cuanto son “*deposit takers*”¹⁷ y porque solamente el depósito bancario a la vista produce el denominado efecto multiplicador del balance bancario creando el denominado “dinero secundario”, algo que al Estado, en cuanto creador del dinero, le interesa sobremanera controlar¹⁸. Esta concepción moderna del negocio bancario fue ya plasmada en nuestra legislación de ordenación bancaria de la década de los 40 en el siglo pasado, si bien debe reconocerse que hacía pivotar la definición de la actividad de banca no sólo en la captación de depósitos dinerarios, sino en la necesidad de que tal captación pudiera ser dispuesta para la prestación de créditos bancarios^{19 y 20}.

Nuestra Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito contiene una fórmula de cierre al proscribir la captación de “fondos reembolsables del público”, fuera del marco de la legislación sobre el mercado de valores, a entidades que no sean de crédito sometidas a la supervisión del Banco de España²¹. En el fondo, tal norma nos recuerda la prohibición de captación de depósitos dinerarios -cualquiera que sea la finalidad de la captación- a quienes no tengan el estatuto de entidad de “crédito” autorizada. Nuevamente, se hace notar que el término “entidad de crédito” no deja de ser lo que el lenguaje coloquial anglosajón denomina un “*misnomer*”, pues lo relevante no es que den créditos, sino que capten depósitos a la vista. Hay que reconocer que, en todo caso, la denominación “entidad de crédito” viene a reforzar la idea de que dicha entidad puede utilizar los depósitos de dinero captados para dar créditos a terceros por cuenta propia²².

¹⁷ Terminología empleada por el Fondo Monetario Internacional a la hora de distinguir entre Banks and Non Bank Financial Institutions (NBFI's)

¹⁸ Este efecto multiplicador da lugar a la categorización de algunos de los denominados agregados monetarios cuyas fluctuaciones son tenidas en cuenta de modo diverso, según diferentes escuelas de pensamiento, en la formulación de la política monetaria.

¹⁹ Esto es lo que la jerga financiera actual denomina “retail banking” o bancos meramente originadores de créditos por contraposición al modelo de “originar para distribuir” o, incluso, para distinguirlo de la hasta hace poco denominada y hoy difunta “banca de inversión”.

²⁰ También en esta figura está ínsita la denominación “narrow banking”.

²¹ La fórmula es manifiestamente mejorable pues hablar de “fondos reembolsables” es utilizar un término poco estricto desde el punto de vista técnico jurídico en una norma que es, además, de corte prohibitivo. No es inusual que las legislaciones bancarias sean poco escrupulosas en el manejo de términos jurídicos, si bien hay que hacer notar que este elemento se mitiga por el buen hacer de la construcción jurisprudencial de conceptos.

²² No está tan lejana en el tiempo la sentencia de la Corte Francesa de Apelación que, en los años 20 del siglo XIX, condenó a un banquero por apropiación indebida al utilizar el dinero de sus depositantes para realizar la actividad crediticia.

Esta aproximación conceptual a la justificación de la regulación bancaria, que se incardina y complementa con la reconocida misión de los bancos centrales de mantener el valor del dinero, permite además una superación de los denominados riesgos de coadministración del negocio bancario asociados a la precedente aproximación pseudo-concesional propia de la ordenación crediticia -cuyos costes fiscales eran inasumibles en caso de crisis bancarias por la noción implícita de rescate bancario que llevaban aparejada- y requiere la aparición de la moderna noción de “supervisión bancaria”, como consecuencia del abandono de los instrumentos directos de política monetaria, pues lo relevante es saber cuál es el valor de los activos que figuran en el balance bancario, que es lo que determina el auténtico valor del dinero secundario. Como diría mi buen amigo Augusto de la Torre²³, la primera protección del depositante bancario se encuentra en el valor de los activos que figuran en el balance de la entidad.

Pero esta aproximación conceptual también tiene un corolario importante en caso de crisis bancaria: la primera protección, o la protección prioritaria, debe ser para el depositante²⁴. La misma super-prioridad tiene el dinero, que el depósito de dinero.

Actualmente, se empieza a hablar con gran predicamento de un nuevo concepto justificador de la regulación bancaria y de la banca central: la estabilidad financiera²⁵. Esta aproximación conceptual es meramente evolutiva de la anterior y se debe el nacimiento de nuevos modelos de negocio bancario²⁶ y a la apertura del pasivo bancario a los grandes mercados mayoristas y, por ende, a un mayor entrecruzamiento entre la tradicional regulación bancaria y la regulación de los mercados de capitales y la consecuente permeabilidad de riesgos entre el sistema bancario y el mercado de valores. En el punto de encuentro de ambos marcos regulatorios, se encuentra la necesidad de distinguir entre solvencia y comportamiento en los mercados, lo que ha determinado la apertura de partidarios y detractores entre los modelos de supervisión separada (caso español), unificada (supuesto de la FSA) o compartida con las diferentes variantes posibles (entre las que cabe mencionar el denominado modelo twin peaks).

²³ Actualmente Chief Economist para LAC en el World Bank.

²⁴ Alguna legislación latinoamericana, hasta tiempos muy recientes, equiparaba a accionistas y depositantes en el régimen de liquidación bancaria. Las modernas legislaciones de esta región empiezan a distinguir entre depósitos, acreencias y accionistas.

²⁵ La reciente creación del *Financial Stability Board* y su composición, es una palmaria evidencia de esta nueva aproximación conceptual.

²⁶ Galbraith en su “*A Short History of Financial Euphoria*” no duda en sostener que los períodos de innovación financiera suelen ser preludio de periódicas crisis, incentivan el comportamiento gregario, y suelen acabar mal como demuestra desde la crisis de los tulipanes hasta fechas presentes, merced sustancialmente al olvido de episodios anteriores.

A esta nueva aproximación al modelo de negocio bancario responde también la moderna regulación de los grupos financieros, la atribución de nuevas competencias a la banca central en materia de ordenación de los sistemas de pago, cuya criticidad queda hoy al margen de toda duda por los importantes efectos sistémicos que puede llevar aparejados²⁷, la necesidad de reforzar la autonomía de los bancos centrales y de atribuirles competencias en el terreno de la supervisión macro prudencial y, finalmente, la mejora en el tratamiento de la supervisión prudencial y en el tratamiento de los riesgos del balance bancario en la forma que representa el grupo normativo representado por la denominada Basilea II.

En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico, más que actuar como un fundamento evolucionado del marco regulatorio, me inclino a pensar que no es la estabilidad, sino el riesgo de que una entidad o grupo de entidades puedan desencadenar episodios de desestabilización del sistema financiero, cada vez más complejo, lo que empieza a dibujarse como un riesgo de importancia sistémica que permite la adopción de medidas excepcionales por parte del supervisor²⁸, o simplemente faciliten que se empiece a pensar en la adopción de medidas de política financiera que conjuren los peligros del “*too big to fail*”.

En el fondo sigo pensando, por atractivo que suene el concepto de estabilidad financiera, que el fundamento de la regulación bancaria y de la banca central no es otro que la captación habitual de depósitos dinerarios del público, que es lo que justifica precisamente el nivel tan intenso de la regulación bancaria en relación con otros marcos regulatorios financieros. No debemos olvidar que en el momento presente, si de algo oímos hablar, es del reforzamiento de los recursos propios de las entidades bancarias, pues el riesgo, como no puede ser de otro modo, está en la insuficiencia de estos recursos en relación con los ajenos, lo que determina altos grados de apalancamiento financiero y la aparición de incentivos perversos en la gestión del negocio bancario, que es precisamente un negocio de gestión de riesgos. Como ya recordaban los clásicos, los conceptos de estabilidad, firmeza o coordinación, no son estados de los que se parte, sino estados a los que se tiende y el Derecho suele ser alérgico a las “*res movilis*”.

Analizado someramente su título material de legitimación, podemos brevemente detenernos en las características de esta regulación. A la luz de lo que luego diré, puede afirmarse que la regulación bancaria y de banca central es, por tanto, una regulación de aluvión, que se refiere a la creación, mantenimiento de valor y destrucción del dinero que es, sin duda, una regulación de alta intensidad, si se la compara con otros modelos regulatorios, y que busca mecanismos de internacionalización inteligentes (es la cuna del

²⁷ En el caso de Bearn Sterns, la FED hizo uso de facultades excepcionales contenidas en la Federal Reserve Act, (sección 13), otorgándole auxilio financiero por la incidencia sistémica de dicha entidad en el sistema de pagos.

²⁸ La propuesta “Volcker” recientemente anunciada por el presidente Obama en Enero de 2010, va en esta línea de simplificación y reducción del tamaño de entidades financieras que puedan “pose a systemic risk”.

soft law), si bien ante el reto de la globalización va a precisar modelos de “hard law”.

- a) *La regulación bancaria es una regulación de aluvión.* Si esta circunstancia puede ser en mayor o menor medida predicable de otros sectores regulados, en este caso adquiere tintes diferenciales importantes porque el aluvión se proyecta no sólo sobre la evolución de la propia técnica jurídica que la contornea, sino también sobre la evolución del modelo de negocio bancario y sobre la evolución de la propia teoría del dinero, que es su materia prima. De este modo, confluye en la regulación actual un entremezclamiento de aspectos evolutivos y de sedimentos de modelos anteriores no siempre dotados de plena coherencia²⁹, que casi nunca se manifiestan como problemas en los momentos de bonanza regulatoria, pero que adquieren su máxima expresión en el momento de resolver el problema de un banco en crisis o insolvente. Los problemas económico-matrimoniales raramente se manifiestan al tiempo de contraerse el matrimonio (matrimonio “in fieri”), o durante la relación matrimonial (matrimonio “in facto esse”), sino al tiempo de disolverse el matrimonio, es decir, con la crisis matrimonial. Otro tanto pasa con los bancos, agravado por la prociclicidad inherente al negocio bancario.

En la evolución de la técnica jurídica habría que detenerse sustancialmente en dos planos. El primero, propio de los planteamientos del derecho privado y del carácter netamente mercantil del negocio bancario, sería el que abordaría un aspecto íntimamente ligado a la evolución de la teoría del dinero, cual es la formulación de la doctrina del depósito bancario irregular, malhadada doctrina que ha provocado más oscurecimiento que claridad al conocimiento del fenómeno bancario y cuya formulación fue un mal remedo a la incorrecta comprensión del concepto jurídico del dinero, aunque debe reconocerse que todas las legislaciones bancarias reconocen que el depósito dinerario es un recurso ajeno, no propio.

El segundo, de mayor complejidad si cabe, de corte iuspublicista, y que tímidamente ha sido esbozado en algún reciente artículo publicado en el Financial Times a mediados del 2009, en las postrimerías de la crisis de Lehman Brothers, al hablar de las ventajas e inconvenientes de la nacionalización de la banca, nos llevaría a analizar si la actividad bancaria debe ser objeto de regulación -por intensa que esa sea- o si el modelo de control de esta actividad, vistos los riesgos inherentes al mismo, debiera ser todavía de intensidad superior. No nos asustemos, por importante y persuasivo que este segundo aspecto pueda parecer,

²⁹ En algunos casos la evolución adquiere tintes muy particulares. Un ejemplo lo podríamos observar en la ratio del “secreto bancario”. Como explica HUERTA DE SOTO al hablar de la evolución histórica de la banca, el secreto fue el subterfugio bajo el cual los banqueros de la época evitaban tener que evidenciar que usaban los depósitos para dar créditos, mientras que, en el momento actual, se trata de una técnica de protección de la intimidad económica del usuario de servicios financieros, salvo las contadas excepciones legales.

la evidencia empírica demuestra que la historia de la banca pública no es precisamente el mejor espejo donde mirarse, pues está llena de incentivos inapropiados³⁰, lo que necesariamente no significa que someter la actividad bancaria a un modelo de banca privada sometida a regulación tenga, hoy por hoy, todos los incentivos correctos que este modelo requiere³¹ sin alterar la esencia -o la ortodoxia- del modelo regulatorio bancario. A los hechos me remito.

En cuanto al primer aspecto, la fuerza de los hechos y la evolución del concepto del dinero (entendiendo por tal y en sentido estricto las denominadas “hard currencies”, pues las soft currencies no permiten tal afirmación por su condición inherentemente fiduciaria) nos hace concluir que los depósitos bancarios son los depósitos más regulares que puedan existir, pues constituyen el depósito de la propiedad mas intangible que existe, representada por un stock de valor absolutamente fungible y con pleno poder de compra³². Eso es el dinero en la actualidad, y eso ha sido siempre el dinero por más que la expresión física del mismo haya variado desde las conchas del mar, a las piedras areniscas, o a un apunte cibernético.

La capacidad de atribución al dinero -cualquiera que sea su forma de representación- de esa habilidad para constituir por sí mismo un stock de valor intercambiable por bienes y servicios³³, ha sido confundida con la forma de representación física del mismo y, por ello, el dinero ha atravesado sustancialmente por tres fases de comprensión: a) la correspondiente a su configuración como una “comodity” (patrón metálico o moneda metálica)³⁴, donde el esfuerzo de los juristas

³⁰ Casi todos los países satélites de la antigua URSS copiaron el modelo de banca pública que se basaba en la existencia del AGROBANK, el INDUSTRIALBANK y el DEPOSIT BANK, que en algunos países hacía la función de corresponsalía postal. Es muy difícil canalizar los incentivos apropiados para que la banca pública puede someterse a la supervisión del banco central de turno. Por otro lado, la coexistencia de bancos públicos con privados, además de las evidentes distorsiones supervisoras, suele producir un tensionamiento innecesario en los márgenes de negocio y un encarecimiento de los servicios financieros prestados a la comunidad por la escasez de accountability en la banca pública.

³¹ Un ejemplo lo tenemos en el tratamiento de las retribuciones de los banqueros, donde las modernas líneas de pensamiento quieren introducir limitaciones para evitar incentivos que incrementen la prociclicidad del negocio bancario.

³² Ver Charles Proctor “Mann On The Legal Aspect of Money”.

³³ Esta es la diferenciación radical entre dinero y security y es la que utiliza el derecho norteamericano para determinar que son “valores” a efectos de la supervisión de la SEC.

³⁴ Antiguamente la distinción entre moneda metálica y dinero bancario no era una mera cuestión de representación física del dinero. Shopenhauer, en sus *“Aforismos sobre el arte del buen vivir”* a fines del XIX ya contraponía la moneda metálica o moneda de oro como expresión de felicidad a la vana e ilusoria promesa que representaba el pagaré bancario (banknote) de cuya denominación en inglés toma su nombre el dinero emitido por el BCE. La razón se debe a que siendo la moneda metálica la comodity con función de intercambio, el banknote no era sino lo que hoy denominaríamos un ABS (asset back security). Cercenar la

descansaba en buscar la noción de fungibilidad, enredándose una y otra vez en la problemática de si la obligación de restituirlo asimilaba o no el depósito bancario a la figura del préstamo y al cumplimiento del “tantundem eiusdem generis” no fuera que el banquero fuera acusado de apropiación indebida por prestar dinero recibido en depósito; b) su posterior configuración como una security, al dar fuerza legal al papel moneda emitido por los bancos con privilegio de emisión (patrón fiduciario) donde el esfuerzo de los juristas se concentró en garantizar la convertibilidad del papel moneda al oro y aconsejar a sus clientes sobre la inserción de las cláusulas de estabilización monetaria para prevenirse contra el efecto inflacionario de un uso excesivo del privilegio de emisión; y c) su configuración actual como una commodity intangible, que hace responder la construcción del dinero a un concepto propio o sustantivo³⁵. El dinero no se representa hoy en “banknotes” o billetes de banco, sino en los billetes emitidos por el Banco Central. El valor de la moneda no depende de las reservas de oro que tenga el Banco Central que la emita, o el Tesoro Nacional de turno, sino de la capacidad de dicho Banco Central de mantener el valor de dicha moneda o, lo que es igual, en mantener la estabilidad de precios. La aceptación internacional de dicha moneda tiene mucho que ver con la capacidad institucional del país a que dicha moneda se refiere³⁶.

Afortunada o desgraciadamente -en estas cuestiones, como en tantas otras, uno nunca sabe cuándo está teniendo suerte- los juristas no nos hemos esforzado mucho ante esta moderna concepción del dinero y seguimos pensando que estamos todavía en el modelo de patrón fiduciario³⁷. Si el Derecho ha sido tradicionalmente rezongón en analizar las cuestiones atinentes al fenómeno bancario, llegando por ello tarde a la formulación de respuestas apropiadas, la velocidad a la que se suceden actualmente los cambios convierten cualquier esfuerzo

moneda de oro o plata suponía alterar el valor de la commodity, de ahí la tipificación penal de esa conducta, mientras que destruir un billete de banco es simplemente una estupidez del tenedor. No presentar al canje billetes o moneda metálica, permite al banco central emisor contabilizar un ingreso, cerrado el plazo de canje.

³⁵ No deja de resultar curioso que el propio tratado de Maastrich, en lo relativo a la emisión de moneda, siga distinguiendo entre billetes de euro y monedas de euro, cuando son simples representaciones físicas diversas de un mismo concepto.

³⁶ No faltan quienes auguran que para 2024 el mundo tendrá una moneda única (ver artículo aparecido en el País, 11 de Noviembre 2009, sobre la tesis mantenida por SONG HONGBING), pero me gustaría saber cuál sería el Banco Central emisor, o cómo se haría el reparto del señoreaje derivado de la emisión de moneda. Argentina, en su último período de dolarización oficial, hacia fines de 2001, intentó, sin éxito, repartirse con el Tesoro Norteamericano los derechos del señoreaje monetario. EEUU no accedió a ello.

³⁷ Se observa cómo, de cuando en cuando, se critican las decisiones de los bancos centrales de vender sus lingotes de oro, cuando -como diría un ilustre colega- el oro, como activo de reserva, pesa mucho, es difícilmente transportable, es costoso en su refinado para mantener el estándar de venta LGD (London Good Delivery) y no produce intereses en su mera tenencia. Seguimos pues pegados a viejas y obsoletas creencias que atribuyen al oro poderes taumátúrgicos.

jurídico en una batalla casi perdida de antemano, como ocurre en la fábula del conejo y la tortuga. Ello, lejos de desanimarnos, debe constituir un poderoso acicate para colocar a la técnica jurídica en el lugar que le corresponde cuando se trata de elaborar políticas regulatorias en materia de banca³⁸.

Ese “*mismatch*” entre el modo en el que se suceden los acontecimientos en el mundo real y la tradicional incapacidad del Derecho de subvenir técnicas apropiadas al momento, o a la necesidad inmediata del supervisor bancario³⁹, hace que, de tanto en tanto, se preconicen técnicas con cierto regusto pseudo-concesional. Ese “descalce” entre la necesidad del modelo y la capacidad jurídica instalada hace que, en ocasiones, se presenten como novedosas soluciones que ya han sido largamente probadas en otros episodios de crisis bancarias, o que no estén completamente alineadas con el modelo regulatorio, o que se produzcan opiniones de lo más variopinto para resolver una determinada crisis⁴⁰, o que simplemente asumamos de modo cuasi natural, que los platos rotos de las crisis bancarias debe pagarlos el contribuyente, generando una suerte de legitimación material del coste público de las crisis bancarias.

Esta regulación de aluvión, con sedimentos o capas de crisis anteriores, se refiere por tanto, a la creación, mantenimiento de valor y destrucción del dinero y está huérfana de una correcta dogmatización por parte del Derecho. Esto no deja de chocar con el hecho de que el dinero llega al público, esencialmente, a través de la actividad bancaria⁴¹, su valor se mantiene a través del valor de los activos bancarios en el sistema y del tratamiento que la supervisión bancaria da a la provisión de los activos y, finalmente, se destruye cuando se destruye el valor de esos activos, cuando los bancos entran en crisis y cuando se desteje el tejido bancario.

- b) La regulación bancaria es la regulación financiera de mayor intensidad, no sólo en lo relativo a la cantidad o frondosidad de la regulación -que también- sino también desde el punto de vista de los instrumentos de

³⁸ Desgraciadamente, en castellano *politics* y *policy* se traducen por igual: política. Cuando me refiero a política regulatoria estoy evidentemente haciendo referencia a *regulatory policy*.

³⁹ A mediados del pasado mes de octubre, el BIS, por intermediación de su General Manager, llamó la atención sobre la inexistencia de mecanismos efectivos para resolver la insolvencia bancaria transfronteriza.

⁴⁰ Un ejemplo es el de los denominados “Living Wills” que algún autor ha rebautizado como “testamentos vitales de los bancos”, a modo de ordenación de la sucesión del banco en liquidación.

⁴¹ El informe “Cees Maas” en 1993 ya reconocía que la introducción de la moneda única se realizaría inicialmente a través de los circuitos bancarios, pues son estos quienes permiten el uso del dinero escritural, hasta la aparición de los billetes y monedas denominados en euros como fase final del “legal changeover”.

monitorización que utiliza, si la comparamos con cualquier otro segmento regulatorio o incluso con la “otra” regulación financiera por excelencia, cual es la de los mercados de valores.

Esta diferenciación con la regulación del mercado de valores, que arranca de la particular visión que dio lugar a la obra maestra del equipo de Félix Frankfurter, formado por James. M. Landis, Thomas G. Corcoran y Benjamín V. Cohen, autores del texto de la Securities Act de 1933⁴², encuentra su fundamento filosófico en la famosa frase de L. Brandeis en su obra *“Other People’s Money and How the Bankers use it”*, publicada en 1914, reiterada por Franklin Delano Roosevelt y según la cual *“la luz del sol es el mejor desinfectante, la luz eléctrica el mejor policía”*, y determinó que, frente al casuismo exasperante del proyecto del antiguo comisionado de la Federal Trade Commission, Huston Thompson, orientado a prohibir ofertas desprovistas de valor en el mercado de valores sobre la base de la atribución de poderes a la administración pública, imperase en el texto finalmente aprobado la noción de “disclosure”, eje argumental de esta importantísima legislación, madre de todas las actuales en esta materia, que fue concebida por las brillantes mentes de Landis, Corcoran y Cohen “en tan solo un fin de semana”⁴³.

Evidentemente, la legislación bancaria ni se ha hecho en un fin de semana, ni se apoya -exclusivamente- en esta concepción filosófica aunque, curiosamente, la frase de L. Brandeis se referiría precisamente a la transparencia del negocio bancario. “Disclosure” puede ser el eje válido para regular los mercados de valores y el régimen de ofertas de valores, pero el legislador sabe por experiencia que para proteger al depositante⁴⁴, que carece en principio de facultades de monitoreo del balance bancario, es preciso una adecuada supervisión y una auténtica “merit regulation”, por emplear las palabras de Soderquist, pues frente al riesgo que pueda estar dispuesto a tomar un inversor, grande o pequeño, en función del “disclosure” de información del oferente, al Estado le compete la función -naturalmente limitada pues el coste supervisor puede convertirse en inabordable si no utiliza técnicas de muestreo- de asegurarse que el valor de los activos que figuran en el balance de una entidad bancaria cubren el valor de los pasivos bancarios y más aún cuando -frente al discurso de la escuela austríaca-

⁴² Larry D. Soderquist y Theresa A. Gabaldon, en su obra “Securities Regulation” Foundation Press, 1999 señalan que :...”*The President ...wanted regulation through disclosure requirements. Although this philosophy was embodied in a 1932 campaign plank, the Thompson Bill went in another direction. It mandated what has become known as “merit regulation”. This scheme, much used in state securities law, gives a government body the power to pass upon the merits of securities offerings and to prevent unworthy offerings*”.

⁴³ Parafraseando a Soderquist: “*The Act is a Masterpiece, an intelectual tour de force, fun to work with, once you know how...*”

⁴⁴ Una adecuada supervisión y una exigencia rigurosa de recursos propios permiten evitar esquemas de Ponzi en estructuras de balance bancarias.

se admite la existencia de un mecanismo de reserva de liquidez fraccionaria en el que se asienta el funcionamiento del negocio bancario en cuanto captador de depósitos a la vista, y que justifica el acceso a la liquidez del banco central mediante las operaciones de política monetaria⁴⁵, dado que sólo los bancos centrales tienen el privilegio de emisión de la moneda y la obligación, de medio, de mantener su valor, lo que supone la otra cara de la estabilidad de los precios.

Esto explica por qué la regulación bancaria determina esa especial intensidad regulatoria que, desde la perspectiva relacional entre supervisor y supervisado, se explica a través de las tradicionalmente denominadas autorizaciones de funcionalidad operativa o de “vínculo permanente”, permanencia que da lugar, como posteriormente se verá, a que dicho vínculo alcance, o deba alcanzar, a las fases correspondientes a la desagregación del balance bancario⁴⁶.

- c) Finalmente, una importante característica de la regulación bancaria es el hecho de que busca mecanismos de internacionalización muy inteligentes. No se sabe si por los complejos mecanismos del mundo de los tratados internacionales o por la tradicional alergia de los juristas al “hecho financiero”, lo cierto es que los reguladores bancarios han inventado el concepto del “soft law”, que permite internacionalizar prácticas regulatorias a través de técnicas de semi-codificación, muy próximas a las utilizadas por el sistema legal norteamericano en textos tales como el *Uniform Commercial Code*, texto elaborado por equipos multidisciplinares que luego adaptan a su particular idiosincrasia en cada Estado.

Los “*Basle Core Principles on Banking Supervisión*” y Basilea II son el fruto más evidente, aunque no único, de este tipo de aproximación o técnica normativa. Evidentemente, el “soft law” tiene sus límites y, quizás, es por ello que, recientemente, Jaime Caruana, General Manager del Banco de Pagos Internacionales (BIS), haya dicho que es necesario establecer normas internacionales para el tratamiento de las insolvencias bancarias transfronterizas. Cuando se trata de desagregar

⁴⁵ No se puede olvidar que la política monetaria sólo se puede implementar merced a la existencia de un déficit estructural de liquidez en el sistema.

⁴⁶ Tradicionalmente la autorización de funcionalidad operativa se ha venido asentando en cuatro áreas básicas: se inicia con el cumplimiento de los requisitos de entrada con especial mención de los “fit and proper requirements”, pasa por el cumplimiento de una ratio de adecuación de capital, el cumplimiento de normas prudenciales para la adecuada gestión y provisión de los riesgos y finaliza con el régimen de sanción ante el incumplimiento. Entiendo que también debe terminar con la adecuación de la entidad a las reglas de desagregación del balance, en caso de crisis de la entidad, pues no hay mayor riesgo moral que dejar morir a la entidad en manos de una tradicional liquidación judicial que no hace sino erosionar el valor de los activos y la confianza de los depositantes en el sistema.

patrimonios situados en jurisdicciones diversas “soft law is not enough”. Necesitamos “hard law”.

El elemento subjetivo: la comprensión de que los bancos son “animales” jurídicos distintos

Recuerdo que durante mi estancia en el Banco Mundial tuve ocasión de estudiar con detenimiento la legislación bancaria de un país centroamericano donde fluía la noción de que las entidades bancarias eran en sí mismas un tipo corporativo distinto de los tipos societarios mercantiles al uso, frente al concepto más generalizado de que las entidades bancarias tienen una “shell” corporativa que usualmente responde a un tipo societario mercantil, de corte capitalista⁴⁷.

Aquello me hizo pensar -pues si algo he aprendido a lo largo de mi vida profesional es que todas las normas tienen su porqué- que quizás el legislador centroamericano había sido capaz de detectar algo que merecía la pena estudiar⁴⁸. En efecto, hoy me permito afirmar que los bancos son entidades jurídicas “distintas”. Y ello, por las siguientes razones:

- a) La actividad desplegada por los bancos es funcionalmente distinta de la realizada por otras entidades o corporaciones que operan en el tráfico mercantil.
 - a. Desde un punto de vista económico, frente a los comerciantes no financieros que transforman bienes y servicios (activos ilíquidos) en dinero (activo líquido), los bancos transforman activos líquidos (dinero depositado o prestado) en activos ilíquidos (créditos).
 - b. Desde el punto de vista jurídico, los comerciantes que venden bienes o servicios transforman derechos reales o de crédito en derechos reales (hoy, la relación de un sujeto con su dinero es la propia del derecho real de propiedad) y los bancos transforman siempre derechos reales (dinero) en derechos de crédito (créditos, valores), dando la razón a aquellos que al hablar de la distinción entre derechos reales y derechos de crédito postulaban que es precisamente a través de los derechos de crédito como se produce el

⁴⁷ El general de los países requieren que las entidades bancarias respondan bien al tipo de sociedades anónimas por acciones (Corporation), entidades mutuales o cooperativas. Excepcionalmente, hay legislaciones que permiten a las personas físicas llevar por sí una actividad bancaria (hay un caso de grandfathering en Inglaterra), o tipos híbridos como nuestras Cajas de Ahorros.

⁴⁸ De hecho, al margen de un magro derecho de sociedades, la razón estribaba en evitar que revocada la licencia bancaria para operar, la sociedad mercantil de turno pudiera seguir girando en el tráfico sin licencia del supervisor una vez creada.

aprovechamiento económico de los derechos reales. Si esto es así, resulta claro que, mientras que en un concurso de acreedores de una entidad no bancaria lo dificultoso es conocer el pasivo exigible y su valoración (relación de acreedores y créditos), en el caso de un banco los depósitos dinerarios y los préstamos no sólo están cuantificados sino que, además, no presentan problema en cuanto a la determinación del valor de los principales, siendo en realidad dificultoso la valoración del activo. Recordemos que el dinero no es sólo depósito de valor sino también “estándar de valor”.

- b) Por otro lado, el negocio bancario permite una función de descuento de futuro a quien precisa de liquidez de presente, mientras que el comercio no bancario está asociado, fundamentalmente, a la satisfacción de las necesidades presentes de bienes y servicios, a cambio de la liquidez correspondiente⁴⁹. Los bancos, pues, están en el otro extremo del mercado proporcionando la liquidez necesaria para el funcionamiento ordenado del mismo a través, en principio, de una adecuada política corporativa de gestión del riesgo de impago^{50 y 51}.
- c) Los bancos, frente a otros comerciantes, tienen licencia para captar depósitos a la vista del público de forma habitual. Por lo tanto, pueden disfrazar mejor que nadie problemas de solvencia, con el recurso a capitales de terceros. Ello requiere esa supervisión tan intensa, para evaluar la calidad de los activos que figuran en el balance bancario, y exige conocer exactamente cómo se detecta y

⁴⁹ El Derecho Norteamericano en materia de “secured transactions” concede una superprioridad o superpreferencia sobre determinados bienes a quienes facilitan la financiación para su adquisición dando lugar (Article 9 UCC) a la figura del PURCHASE MONEY SECURITY INTEREST, que incluso en determinados casos se puede anteponer a la prioridad del vendedor en caso de impago de la totalidad del precio por el comprador. En Derecho Norteamericano la anteposición o posposición de preferencias más que responder a dogma jurídico alguno, responde al fomento de la policy que el legislador considera más deseable en cada momento en función de los incentivos que quiera promover. En el contexto “protección del vendedor” vis a vis “protección del financiador”, se prefiere la del financiador en general porque ello redundaría en la mayor ventaja de los vendedores en general pues cuanto más crédito se extienda mas ventas se realizarán.

⁵⁰ Como comenta un conocido banquero, en banca hay dos reglas: la regla número 1 es asegurarse que el cliente de activo repaga el crédito; la regla número 2 es asegurarse que siempre se cumpla la regla número 1.

⁵¹ Basándose en esta consideración, los supervisores bancarios exigen que los bancos no presten en función de las garantías aportadas por el prestatario (aportación de colateral), sino en función de la capacidad efectiva de repago del deudor. Ni los bancos quieren poseer colaterales, ni la legislación bancaria lo ve con buenos ojos (ver régimen de provisión de activos adjudicados, conocidos en la jerga regulatoria como reposessed colateral). La gestión de riesgos de impago es, por tanto, el eje del negocio bancario y es por ello que la actividad bancaria es, *per se*, “procíclica” pues la percepción del riesgo se suaviza en tiempos de bonanza económica, al disminuir los riesgos de impago, y se intensifica en momentos de contracción, lo que provoca situaciones conocidas como “credit crunch”.

cuándo se produce la insolvencia bancaria. Sobre el particular, baste mencionar brevemente la existencia de dos escuelas⁵²:

- a. La de aquéllos que, obviando las particularidades del balance bancario, entienden que deben aplicarse los mismos cánones que a la insolvencia de cualquier comerciante y, por tanto, la suspensión de pagos sería el detonante de un proceso concursal.
 - b. La de aquéllos que, debido a las peculiaridades del funcionamiento del negocio bancario, entienden que debe existir una noción de insolvencia regulatoria (incumplimiento de la ratio de adecuación de capital o del coeficiente de recursos propios), aún cuando la entidad tenga un patrimonio neto positivo (es decir, aún cuando todavía -en caso de posible liquidación y evaluados los activos ponderados por riesgo- exista algo positivo con lo que repagar a los accionistas). Dentro de esta escuela de pensamiento, hay quienes otorgan mayor o menor grado de discrecionalidad al supervisor para determinar cuándo un banco debe entrar en la senda de la restructuración o liquidación.
- d) El balance de un banco presenta una serie de singularidades que no puede presentar otro comerciante, pues se hace figurar dentro de su pasivo los depósitos de dinero que, técnicamente, si no fuera por la licencia bancaria, debieran figurar como bienes afectos a la antaño conocida como “*separatio ex iure domino*” en caso de concurso. Esta circunstancia es importantísima, me anima a calificar el balance bancario, no como un balance patrimonial, sino como un balance de negocio⁵³, y nos permite entender ciertas cosas⁵⁴:
- a. En primer lugar, que dicho balance sólo se diferencia funcionalmente de un patrimonio colectivo en el hecho de que la gestión del riesgo del mismo, por cuenta propia, la realiza precisamente el equipo de gestión del banco y con

⁵² Si se me permite el símil con la famosa frase del maestro Castán, además del tratado sobre la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones, hay un segundo piélago igual de profundo en el mar océano: El tratado de la solvencia o insolvencia bancaria. Tengamos claro que, como indican los prácticos, “cuando un banco suspende pagos, hace años que era insolvente”...

⁵³ De hecho, es usual hablar, no de los activos del banco, sino de los activos del balance bancario.

⁵⁴ Una de las consecuencias de todo esto es la controversia sobre si los bancos deben o no estar sujetos a las mismas reglas de contabilidad que otra corporación, o si el modelo de negocio y su funcionalidad inherente requieren, para evitar fomentar la prociclicidad natural del negocio, de normas especiales al efecto. Deliberadamente no deseo entrar en esta discusión.

arreglo a los criterios determinados por el órgano de administración de la entidad. La expresión de titularidad correspondiente a ese equipo, en función del tipo organizativo al que responda el comerciante bancario, es el denominado “core capital”. El nivel de recursos propios es lo que determina el nivel de crecimiento de los activos ponderados por riesgo. Si no hubiera recursos propios que perder (y accionistas frente a los que responder de su inversión) el apalancamiento del balance con recursos ajenos sería infinito, y los incentivos al mal manejo del negocio, absolutos y como dice una de las conocidas leyes de Murphy: todo lo que puede salir mal, sale mal.

- b. Que precisamente y por esa misma razón, no existe, en el momento de desagregación del balance, una vez activada una causa de resolución bancaria o un supuesto de liquidación, mucha diferenciación entre dicho balance y el de un patrimonio colectivo cuya liquidación hay que ordenar con arreglo a un régimen predeterminado de preferencias^{55 y 56}.
- c. Por tanto, siendo el riesgo de gestión el más importante riesgo bancario desde la perspectiva del pasivo a reembolsar, es evidente que los administradores de los bancos deben obedecer a una estructura de gobernanza que mire a todos quienes tienen intereses en dicho pasivo, y no sólo al accionista, sea mayoritario o minoritario. Algunas legislaciones avanzadas reconocen estas obligaciones fiduciarias de los administradores en todo tipo de corporaciones (léase la legislación derivada del New Business Model de Delaware) pero, si algún modelo de negocio tiene ese tipo de importantísimas obligaciones fiduciarias, ése es precisamente el negocio bancario. Nuestra legislación es consciente de ello y nuestra Ley de Disciplina e Intervención dedica algunos pasajes a recordar a quienes ejercen el negocio de banca que no deben poner en peligro el dinero de los depositantes. En todo caso, la conformación del pasivo del balance bancario es fundamental a la hora de establecer el régimen de prioridad en la liquidación de dicho balance. Dos cuestiones merece la pena reseñar aunque, evidentemente, no pueda, por los propios límites de esta ponencia, más que insinuarse un posterior y profundo estudio sobre los mismos:

⁵⁵ Los recursos propios serían los correspondientes en un CLO a la parte del equity, y los ajenos se ordenarían en función de las prioridades predeterminadas.

⁵⁶ CLO es una estructura de fondo que distribuye las prioridades de recobro en función de varios tramos (senior, junior, mezzanine y equity). Esta gestionado por un tercero con arreglo a criterios de gestión predeterminados en el momento de realizar la inversión.

- i. La conocida y tradicional pugna entre supervisor y supervisado al afrontar los supuestos en que las entidades quieren titular la “crema” de los activos del balance, sobre todo en supuestos de titulizaciones que no salgan del perímetro de consolidación bancaria (por no responder al concepto “true sale”).
- ii. El análisis de las prioridades entre “los representantes del pasivo” y los tenedores de títulos garantizados con activos de la entidad (covered bonds y demás ABS´s), en el caso de liquidación de una entidad bancaria.

En síntesis, la tipología de entidades que pueden “*run a bank*” es tan amplia cuanto amplio es el número de legislaciones bancarias en el mundo. La más socorrida -por los propios incentivos internos que proporciona al tener estructuralmente inserta la exigencia de un sistema de equilibrio corporativo y un régimen de “*accountability*” entre sus administradores y accionistas, al responder al sistema de organicismo de terceros- es el tipo equivalente al de una sociedad anónima por acciones, aunque deban incluirse en el tipo societario básico comprensibles mejoras en materia de gobernanza para dar adecuada respuesta a todas las obligaciones fiduciarias a que debe atender el órgano de administración de la entidad.

Pero las peculiaridades del modelo de negocio bancario, y la necesidad de contar con mecanismos competitivos de salida bancaria, requiere que, con independencia del tipo de comerciante bancario (societario, fundacional, mutual o cooperativo), dicho tipo no sea impedimento para establecer el cumplimiento riguroso de las obligaciones fiduciarias inherentes a todos los representados en el pasivo del balance bancario, y que tampoco lo sea para “resolver el balance bancario” en caso de deterioro del perfil regulatorio de la entidad⁵⁷.

El elemento procedimental: la existencia de un mecanismo de salida eficiente y competitivo

De poco sirve conocer las razones por las que regulamos los bancos si, llegado el caso, no disponemos de mecanismos que nos permitan sacar una entidad del sistema cuando ésta incumpla los mínimos que determine la autorización concreta de funcionalidad operativa o vínculo permanente.

⁵⁷ Algunos voces recientes, frente a la complejidad de los balances bancarios, sobre todo los de grandes entidades que tienen presencia en distintos países, hablan de la posibilidad de que estos hagan “living wills” (testamentos vitales). Yo no puedo estar más en contra, porque la determinación de a quién se atribuyen los residuos del balance bancario, una vez desagregado, es una cuestión de orden público y debería ser prácticamente idéntica en todos los países de nuestro entorno.

La ausencia de mecanismos de “salida” (*bank exit mechanisms*) se ha revelado como una de las causas generadoras del denominado riesgo moral (“*moral hazard*”), colocando a los depositantes y acreedores de la entidad, a los accionistas y a los supervisores bancarios y al sistema en su conjunto, en una posición de desventaja frente al banquero que observa cómo el modelo regulatorio es incapaz de sacarle ordenadamente del sistema. Rápidamente, surge el riesgo de contagio, el peligro de las denominados “*bank runs*” (corridas bancarias)⁵⁸, o el menos dramático, pero no por ello menos pernicioso efecto de “huida hacia la calidad”⁵⁹.

Las particularidades del balance bancario y, más aún, de los activos que figuran en el balance bancario, han determinado desde antiguo que sea difícil aplicar los criterios de la bancarrota a los bancos. A la dificultad de determinar cuándo un banco es insolvente, porque no olvidemos que se le da licencia para captar depósitos a la vista y capacidad para poder disfrazar problemas de solvencia con problemas de liquidez, se une el hecho de que los activos bancarios donde mejor se encuentran es dentro de un balance bancario y sometidos al control de riesgos de un profesional de la banca y al régimen de recuperaciones propio de ésta.

Además, en el mundo actual, los balances bancarios pueden llegar a ser extraordinariamente complejos y el tamaño de los mismos, inabordable para cualquier estructura judicial⁶⁰. La erosión del valor de los activos y el deterioro de la cultura del pago, son otros elementos que deben tenerse en cuenta al calibrar este problema.

El convencimiento de esta realidad llevó a un buen número de legislaciones bancarias a recurrir a la socorrida figura de la “intervención de bancos” (“*Official Administration of Banks*”), mediante la remoción total o parcial de su equipo directivo, nombrando en su lugar a agentes del supervisor, en cualquiera de las variantes que uno pueda imaginar. Si difícil es gestionar una estructura compleja en tiempos de bonanza y con altos niveles de credibilidad, imaginemos el resultado cuando la entidad está sometida a un fuerte estrés, los depositantes producen un goteo incesante de la liquidez en la entidad, y la gestión se realiza por personal que no conoce en profundidad la dinámica de ese concreto negocio.

⁵⁸ Tradicionalmente, el riesgo de “corridas bancarias” o efecto que se produce por el aluvión de depositantes que se dirigen a la entidad a solicitar el reembolso de sus depósitos a la vista, se entendía asociado a países con niveles de institucionalidad no apropiados. El caso “*Nothorn Rock*” en el Reino Unido ha despejado cualquier duda al respecto.

⁵⁹ Recuerdo cierta ocasión, en un país latinoamericano, en el que asistí a una reunión en la que estaba el Presidente del Banco Central, el Superintendente Bancario y el Ministro de Economía. Los tres querían cerrar un banco que presentaba muchos problemas pero el Superintendente bancario estaba temeroso de los procesos legales en que podía verse involucrado si revocaba la licencia bancaria, el Presidente del Banco Central estaba temeroso de la pérdida que la liquidación judicial del banco entrañaría para el Banco Central por los préstamos de liquidez otorgados a la entidad y el Ministro de Economía se negaba a pagar la factura que supondría aceptar el pago del seguro de depósitos. Los tres querían algo positivo, pero carecían de los incentivos apropiados para tomar una decisión adecuada.

⁶⁰ Hay un banco en la República Dominicana que lleva más de 60 años en liquidación judicial.

A ello debe unirse el riesgo legal que supone el que los banqueros despojados de su negocio inicien toda suerte de acciones legales contra el supervisor que les ha descabalgado de su puesto de trabajo y, por ende, procuren atribuir el deterioro del perfil financiero de la entidad no a su mala gestión, sino a la gestión de quienes les sucedieron. La historia está trufada de estos ejemplos. Por si fuera poco, la noción de intervención tiene un tufillo a rescate poco alineado con la idea de que nos encontramos ante un negocio privado, aunque sometido a una intensa regulación.

En adición a la intervención bancaria, la ulterior liquidación judicial de una entidad bancaria se ha desvelado a lo largo de la historia como el peor de los mundos posibles, generando además la pérdida derivada del “*ongoing concern*” (valor del negocio en marcha). Es una evidencia empírica que las liquidaciones judiciales erosionan el valor de los activos bancarios y además orientadas precisamente a la liquidación destruyen innecesariamente tejido bancario sano, más aún cuando lo mejor es mantener los activos bancarios dentro del sistema porque, si no, se erosiona la cultura del pago y, además, porque debe evitarse la huida de los depositantes del sistema.

Es cierto que durante los últimos años se han alumbrado mecanismos destinados a fortalecer la confianza de los depositantes en el sistema. Tal es el caso de los Fondos de Garantía o Sistemas de Seguro de Depósitos, que orientados inicialmente a un modelo “*pay box*” (pago al depositante por el fondo en la cuantía asegurada y subrogación del fondo de turno en la posición jurídica del depositante en la correspondiente liquidación bancaria) han ido escorándose hacia sistemas algo más proactivos de gestión de sus recursos. En sí mismos, el diseño de estos fondos constituye una herramienta importante de política financiera y un mal diseño de un sistema de garantía de depósitos puede infligir un notorio perjuicio al sistema financiero, de la misma manera que establecer garantías ilimitadas, discriminar a depositantes por razones distintas a la cuantía de la cobertura o nacionalizar siquiera sea temporalmente bancos (lo que equivale a garantizar todos los depósitos) puede producir efectos de huida hacia la calidad⁶¹.

A la luz de estos problemas, los reguladores optaron por diseñar, junto a la intervención bancaria, un modelo “administrativo” de liquidación de la entidad cuando esta no fuera viable, bien por carecer de patrimonio neto positivo, bien por el volumen de pérdidas, bien por la propia inviabilidad del modelo de negocio. La historia revela toda suerte de esfuerzos en esta línea y un sin número de bancos centrales tienen en su balance activos de lo más variopinto, fruto de aquellas liquidaciones. Y si, además, ello se producía en el marco de una economía nacional, siempre cabía el recurso de la creación de “hospitales de bancos” o de la absorción de unas entidades por otras con ayudas del correspondiente fondo de garantía de depósitos para reequilibrar el impacto que la absorción pudiera producir en el banco absorbente desde la

⁶¹ Tal fue el caso en Inglaterra, tras la nacionalización de algunos bancos irlandeses al inicio de la presente crisis financiera, observándose cómo un buen número de depositantes en bancos ingleses trasladaron sus depósitos a dichos bancos irlandeses.

perspectiva de las reglas de adecuación de capital. En estos modelos administrativos, la liquidación de la entidad se realizaba por el propio supervisor o por una agencia de garantía de depósitos. Este paso fue importante por cuanto permitió empezar a observar que no era precisa la intervención judicial para garantizar el buen fin de las operaciones de liquidación ordenada de una entidad, si bien debe reconocerse que los riesgos legales derivados de las reclamaciones de aquellos que no hubieran visto reembolsado sus depósitos, o satisfechos sus préstamos, se mitigaban merced a una generosa extensión de la protección al general de las personas representadas en el pasivo del balance bancario del banco con problemas, excepción hecha -no siempre- de los accionistas.

Asociado intuitivamente a la noción de patrimonio colectivo que tiene ese balance bancario, el regulador norteamericano creó en 1933 la FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC) que permitió una administrativización de estos procedimientos de “desagregación del balance bancario”. El FDIC, ha ido aprendiendo a lo largo de los años en forma tal que hoy pueden sistematizarse el sistema de “resolución bancaria” o “*bank resolution*” por referencia a sus procedimientos. Los rasgos fundamentales de este sistema derivan de los siguientes elementos:

- a) Un sistema de “triggers” objetivos que determinan pasar de un régimen de supervisión intensiva a un régimen de resolución bancaria o desagregación del balance de la entidad con problemas. Con ello se consigue minimizar los riesgos legales que el supervisor bancario tiene que afrontar tanto frente a la entidad a la que revoca la licencia, como frente a administradores, acreedores y accionistas de la misma. La desagregación responde a un sistema predeterminado de preferencias (“*priority of claims*”).
- b) El abandono de la noción de “intervención bancaria” clásica en el sentido de que se trata de desagregar balances de entidades bancarias, no de que continúen funcionando bajo la protección pública.
- c) La combinación de un sistema de garantía de depósitos (que alcanza a la suma actual de 250.000 dólares por depositante y entidad - como regla general-) con un sistema de “exclusión de activos y pasivos” de la entidad y su transferencia a otras entidades que adquieren estos paquetes en régimen de competencia. Esta es la técnica denominada de “*purchase and assumption*”, cuyo fundamento legal se encuentra precisamente en la noción de patrimonio colectivo anteriormente apuntada. El total coste de la operación por cada entidad afectada no puede superar el máximo que el FDIC tendría que pagar en caso de pagar a los depositantes y subrogarse en la posición de los depositantes en el procedimiento de liquidación. Esta regla se denomina “*Least cost rule*” y da un amplio margen al FDIC para proceder a resolver bancos con arreglos a criterios competitivos, pudiendo llegar incluso a suscribir con los bancos adquirentes acuerdos de compartición de pérdidas (“*loss*”).

sharing agreements”) en supuestos en que el paquete de activos a transferir no sea fácilmente evaluable.

- d) Existen, además, otras herramientas que permiten este sistema denominado de “*open bank resolution*” o desagregación a banco abierto, como pueda ser el modelo de banco puente “*bridge bank*” o incluso plantearse la posibilidad de un banco bueno-banco malo (“*good bank-bad bank*”). Estas herramientas son posibles merced a la extraordinaria confianza del público en esta institución y el alto grado de institucionalidad de la misma.
- e) En países con menores grados de institucionalidad, donde la agencia de resolución de activos bancarios de turno no goza de ese nivel de confianza del público, se han desarrollado esquemas en los que se convierte el balance del banco insolvente en una estructura de titulización, en cuyo activo figuran todos los activos del balance de la entidad y cuyo pasivo se ordena en bonos de titulización que se entregan a las entidades a quienes se hayan transferido los depósitos, hasta la cuantía máxima asegurada. Los bonos se gradúan de modo similar al de una estructura SIV tipo CLO (“*Collateralized Loan Obligation*”) y la ley determina el orden de prioridades de forma clara. En los arranques de este modelo se encuentra el modelo argentino derivado de la aplicación del antiguo artículo 35 bis de la Ley del Banco Central de la República Argentina, vigente a fines del año 2000, utilizándose al sistema de seguro de depósitos (SEDESA) como proveedor de liquidez a las transacciones. Este modelo es un modelo de resolución bancaria con banco cerrado para evitar precisamente los riesgos de contagio y permite, a través de estas estructuras de titulización del balance, evitar los dilatados procesos de “*due dilligence*” que requerirían la valoración de los activos del balance y que determinaban el deterioro del valor de los activos. Muchas legislaciones latinoamericanas contienen vestigios de este modelo, con diversas variantes locales.

En conclusión, las características legales del balance bancario permiten, sin problema jurídico alguno, la transferencia de activos y pasivos de una entidad a otra del sistema financiero, bajo la supervisión del supervisor bancario, a modo de epílogo de esa permanente autorización de funcionalidad operativa, revelándose como una forma eficaz y competitiva de “honrar” los depósitos del banco con problemas de solvencia.

La legislación bancaria de otros países da muestras de estas posibilidades, y si bien es cierto que hay cuestiones de derecho privado que son objeto de depuración en función de las peculiaridades legales de cada país, no es menos cierto que la identidad de razones y similitud de procedimientos permite acercarnos a la posibilidad de establecer normas materiales de derecho internacional privado que permitan resolver sin mayor problema las entidades con actividad transfronteriza, pero recordemos que tales normas son “*hard law*”.

En un entorno más globalizado, tales normas no solo son necesarias sino que constituyen un poderoso remedio para acometer la tarea de enfrentarse a la insolvencia de las entidades que son demasiado grandes para dejarlas caer (*“too big to fail”*) y que frente a las propuestas de limitación de tamaño y actividades a las que en momentos de crisis puede ser tan proclive el regulador, deben reconocerse como necesarias. Como indica Charles Calomiris⁶² para las entidades bancarias y sostiene en general Oliver Williamson⁶³ frente a la legítima preocupación del fisco por los efectos de rescate de este tipo de entidades, no debe caerse en la tentación de Simon Johnson, antiguo economista jefe del IMF, quien se manifestó a favor de establecer límites draconianos para limitar el tamaño de las instituciones financieras, dado que ello generaría importantes perjuicios a la economía internacional, por el papel que estas entidades realizan en términos de arbitraje de costes, asegurando una integración global de los mercados. Las grandes entidades no son grandes *per se*, sino porque necesitan de esos tamaños para operar a gran escala y tener acceso a los mercados globales de capitales.

El elemento institucional: la concreta capacidad del supervisor para supervisar las entidades bancarias y para dirigir los procesos de resolución bancaria

Como anticipé al inicio de esta intervención, la última variable, cuya importancia hay que subrayar doblemente por cuanto en ocasiones suple los déficits que el concreto modelo pueda tener en alguno de los elementos anteriores, es la capacidad institucional del supervisor bancario.

La capacidad concreta institucional del supervisor bancario está delimitada, a su vez, por una serie de entendimientos cuales son el grado de autonomía funcional o independencia institucional efectiva, el seguimiento de criterios de gobernanza que le permitan tener niveles adecuados de *accountability* y la mejor coordinación posible con el banco central para no entrar en situaciones de conflicto de interés y que le permitan evitar situaciones de captura del supervisor, el adecuado nivel de protección legal y un marco normativo adecuado para imponer el cumplimiento de sus decisiones.

Mucho se ha hablado de la oportunidad o conveniencia de mantener juntos o separados al supervisor bancario y al banquero central. En mi opinión, los bancos centrales deben ser quienes tengan encomendada la supervisión bancaria en su total dimensión, pues es conveniente que quien concede préstamos de política monetaria tenga conocimiento directo (la técnica de coordinación no es en ocasiones suficiente, y el *“Trojan Horse Effect”*⁶⁴ es

⁶² Profesor de Finanzas en la Columbia Business School

⁶³ Charles Calomiris: “In the World of Banks, Bigger Can Be Better. We Can Solve the Too-Big-To-Fail- problem without losing the benefits of a global financial system”. Oliver Williamson, economista de la Universidad de California y recientemente galardonado con el Nobel por sus trabajos sobre “boundaries of the firm”.

demostrativo de que coordinación e independencia deben lograrse por otros mecanismos) de la situación de la entidad. Siempre he sostenido que banca central y regulación bancaria son el anverso y el reverso de la misma moneda y que los potenciales conflictos de interés deben encontrar su acomodo en la peculiar estructura de gobernanza que deben seguir los bancos centrales⁶⁵. El modo en que se organiza por tanto de forma interna, un banco central, asegurando entre sus funciones propias las de la supervisión bancaria⁶⁶, debe por tanto tener presente la utilización de técnicas que impidan el nacimiento de esos conflictos de interés como acontece en otros sectores de la actividad financiera.

El segundo tema importancia en materia de capacidad institucional es la protección del supervisor bancario, especialmente en el caso en que deba llevar a cabo procesos de revocación de licencia bancaria y de desagregación del balance bancario. No es inusual la proliferación de “*vexatious litigation*” contra el supervisor con el objeto de intimidarle en la toma de decisiones con impacto negativo en la entidad. Más aún en supuestos de resolución bancaria donde los precedentes han determinado que muchos organismos internacionales hayan dedicado esfuerzos al análisis de esta cuestión⁶⁷. La IADI (*International Association of Deposit Insurers*) en un borrador de documento de fecha 29 de julio de 2009 sobre “*Guidance for the Establishment of a Legal Protection Scheme for Deposit Insurance Systems*” define como principio básico el de la protección legal, indicando: *The deposit insurer and individuals working for the deposit insurer should be protected against lawsuits for their decisions and actions taken “in good faith” while discharging their mandates. However, individuals must be required to follow appropriate conflict-of-interest rules and codes of conduct to ensure they remain accountable. Legal protection should be defined in legislation and administrative procedures, and under appropriate circumstances, cover legal costs for those indemnified*”.

Por último, el supervisor debe contar con un adecuado marco normativo para imponer coactivamente sus decisiones. Esta circunstancia, cuya mención

⁶⁴ Se conoce como *Trojan Horse Effect* aquellas técnicas de coordinación que consisten en sentar a un representante del gobierno en un órgano dotado de autonomía funcional por mor de la mejor coordinación posible. Tal situación tiende a debilitar la autonomía de dicho órgano más que a fortalecer la coordinación.

⁶⁵ Existe un documento elaborado por los servicios del BIS sobre Gobernanza de los bancos centrales titulado “*Issues in the Governance of Central Banks*” preparado por el Central Bank Governance Group, presidido por el anterior gobernador del Banco Central de México, Guillermo Ortiz que señala que los bancos centrales siguen siendo predominantemente los supervisores bancarios en la mayor parte de los países.

⁶⁶ En algunos países de la cordillera andina y Centroamérica, la misión Kémerer (economista de Princeton) en los años 40 dio lugar al nacimiento de las superintendencias bancarias. En mi opinión, ese fue el desacertado compromiso de otorgar autonomía a los bancos centrales a cambio de dejar la supervisión en manos del correspondiente Ministerio de Hacienda sin entender, o entendiendo perfectamente, el alcance y sentido de la supervisión bancaria.

⁶⁷ Ross Delston, abogado del Departamento Legal del FMI, publicó en 2001 un documento analítico sobre los diversos regímenes de protección del supervisor bancario que puede encontrarse en la web de esta institución.

puede extrañar en un país como el nuestro, con una notoria raigambre del Derecho Administrativo, no es sin embargo baladí en determinados países donde las estructuras del Derecho Administrativo o no existen o están en fase muy embrionaria⁶⁸.

Lejos están, por tanto, y lejos deben estar los tiempos de la persuasión moral. El Derecho tiene hoy técnicas que permiten encapsular correctamente las decisiones del supervisor y ello constituye no sólo la garantía de su correcta actuación, sino la garantía de su revisabilidad. Ello no significa que la reputación institucional otorgue el beneficio de la “auctoritas” al supervisor y que sus manifestaciones deban ser extremadamente prudentes en la medida en que son prudentemente escuchadas, pero las opiniones son opiniones y los actos administrativos, actos administrativos y, por complejo que este mundo bancario pueda parecernos, no es óbice para entender que si algo es la regulación bancaria es precisamente Derecho Administrativo.

A modo de conclusión, me gustaría cerrar mi intervención con tres mensajes

La legislación bancaria debe asumir la crisis de las entidades con “normalidad”. Es preciso que la legislación bancaria explicita un modelo efectivo de salida bancaria con el objeto de mantener siempre a los bancos más eficientes en el sistema. Las normas bancarias deben escribirse siempre pensando en facilitar, más que entorpecer, los mecanismos de salida bancaria.

El fundamento del título de intervención en materia de actividad bancaria tiene que servir para priorizar los distintos intereses en liza, predeterminándolos de modo claro en la norma bancaria, en caso de que utilicemos los mecanismos de resolución bancaria. Las particularidades del balance bancario deben permitir, por encima de la tipología a que pertenezca determinada entidad bancaria, la existencia de mecanismos competitivos de desagregación del balance bancario.

El modelo regulatorio bancario es suficiente si todos los elementos del modelo están lo suficientemente bien alineados para permitir que entidades no solventes no permanezcan en el sistema y las podamos sacar de forma eficaz, rápida y competitiva, con los menores costes para el sistema, la menor destrucción posible de tejido bancario sano y con los menores riesgos legales posibles.

Muchas gracias.

⁶⁸ La Ley Monetaria Financiera y Bancaria de la República Dominicana de comienzos de la presente década, contiene un capítulo inicial donde se encapsula proteicamente las bases del derecho administrativo local con objeto de dar eficacia ejecutiva a las disposiciones de la Junta Monetaria y someter su revisión a un orden contencioso administrativo.

25 de noviembre de 2009