

D. Juan Guitard Marín
Director General de la Auditoría del Banco de Santander
Abogado del Estado exc.

“Elementos esenciales de la regulación bancaria”

1. INTRODUCCIÓN

Muchas gracias. Se nos ha pedido ser especialmente concisos y atenernos al tiempo que tenemos, por lo que paso directamente a la exposición. Muchos de los temas que trataré tienen relación con los ya abordados por otros ponentes.

He pretendido engarzar las distintas materias en el marco de un planteamiento conjunto y hacerlo desde una perspectiva jurídica. Yo no creo que haya tanta separación entre lo jurídico y lo económico, como aquí se ha dicho. Más bien me parece que muchas instituciones jurídicas son el decantado histórico de problemas que se han presentado en un momento anterior o de las soluciones que se les han dado.

Dividiré mi exposición en dos apartados: uno, el análisis estático de los elementos esenciales de la regulación bancaria antes de la crisis; otro, un análisis dinámico de lo que pasa a partir de la crisis, incluyendo las causas y los efectos normativos de la misma.

II. ANÁLISIS PRE-CRISIS

1. ¿Por qué la regulación Bancaria? Por el interés público.

La primera cuestión a plantearse es: ¿Por qué existe la regulación bancaria?. Estamos ante un conjunto normativo que supone un ejemplo claro de confluencia entre el derecho privado y la regulación pública especialmente prolija y extensa. En pocos sectores de la economía la iniciativa privada tiene más intensidad que en la actividad bancaria y financiera en general. Al mismo tiempo, es difícil encontrar sectores económicos en los que la regulación y supervisión públicas sea también tan intensa, ¿por qué?

Por un lado, el sistema financiero tiene una importancia esencial para el funcionamiento de la economía, en múltiples aspectos: captación y conservación del ahorro, sistema de pagos, proveedor de liquidez y crédito a la economía real e incluso instrumento de políticas económicas.

Por otro, son precisamente las crisis financieras el gran fundamento de la regulación bancaria. Son tales las consecuencias económicas y sociales que producen y han producido siempre -no solo esta última- que se considera imprescindible regular la actividad financiera para intentar evitarlas o mitigar sus efectos.

2. Regulación bancaria y regulación financiera.

En segundo lugar es importante destacar que no cabe hablar solo de regulación bancaria, sino de regulación financiera. Cada vez más, y desde luego la crisis lo ha puesto de

manifiesto, los distintos ámbitos que teóricamente cabe distinguir en la actividad financiera (la banca, los valores, los seguros), se entremezclan. Y ello por muchos motivos, incluyendo la interconexión de los mercados financieros, la equivalencia financiera de los productos y la desintermediación. Como ejemplo, uno solo: hoy por hoy un producto con igual contenido (prestaciones financieras para el cliente) puede tener estructura de seguro (por ejemplo, un unit linked), de valores (como un fondo garantizado o la gestión mediante cartera de cestas) o bancaria, (un depósito estructurado). Los tres son intrínsecamente lo mismo. Pero tienen formatos y quedan sujetos a normativas distintas.

3. Evolución a impulsos de las crisis.

La evolución de la ordenación financiera se hace, en gran medida, a impulso de las crisis. Hay una teoría clásica, según la cual las crisis financieras son consustanciales al sistema y se producen cada tanto tiempo. Y es así por la diferencia entre el plazo al que se captan los recursos (básicamente el depósito, de disposición inmediata) y el plazo al que se invierte (préstamos por cierto tiempo): Si a ello se añade la eventualidad de fraude y el apalancamiento, la posibilidad de crisis financieras, se dice, es evidente.

Sea o no cierta esta teoría, podemos hablar, simplificando mucho, de tres estadios en la evolución moderna de la regulación y la supervisión, vinculados a sucesivos episodios de crisis.

El primero, nacido del “crash“ del 29, supone una regulación muy rígida, separación de actividades y supervisores y actividad básicamente local.

El segundo surge vinculado con las crisis bancarias de los 70 y los 80. Su hito regulador es el control prudencial modelizado en Basilea I. Empieza a haber una internalización intensa de la actividad bancaria y una creciente complejidad en los productos.

El tercer estadio, anterior todavía a la última crisis, es el de Basilea II, que supone un avance en los mecanismos de medición y control de riesgos, al menos conceptualmente mucho más adaptados a las características de cada entidad. Se produce en un momento en que la desintermediación, la innovación y la internalización son realidades obvias y muy extendidas.

4. Las grandes materias que requieren regulación.

Dicho esto y a la luz de la evolución normativa ¿cuáles son las grandes materias que requieren regulación?

a) En primer lugar, la actuación de los bancos es estatutaria: no pueden iniciar su actividad sin haber sido autorizados y cuando operan están sometidas a unos requisitos que afectan, básicamente, a: (i) solvencia, o exigencia de recursos propios suficientes. Los recursos propios son la medida de la actividad que la entidad puede desarrollar. Su regulación es esencial, compleja y requiere una base técnica para evaluar los riesgos y precisar el nivel de capital asociado; (ii) control de la conducta, cada vez más intensa, en la que pueden incluirse materias como la prevención del blanqueo de capitales, el tratamiento a los

clientes o la venta de productos y (iii) organización y “governance” de las instituciones, muy importante y conectado con algunos aspectos de Basilea.

b) En segundo término, el sistema estatutario de autorización y sometimiento a reglas de actuación debe aplicarse también a las otras instituciones que operan en los mercados financieros, por ejemplo sociedades de valores. Obviamente las posibilidades de actuación y los requisitos exigibles variarán, pero todas han de estar reguladas. Como veremos, uno de los problemas esenciales de la crisis ha sido la existencia de “extravagantes”, aquellas entidades que, de una forma u otra, operaban en los sistemas financieros pero no estaban reguladas, o lo estaban mínimamente.

c) En tercer lugar, es también esencial la existencia de un sistema de supervisión, de nuevo una institución jurídica, una relación de supremacía especial en toda la extensión de la palabra. Esta mañana ha sido citada por el Ministro de Justicia la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las circulares del Banco de España, que fueron objeto de una polémica jurídica muy intensa, tras la cual se llegó a la conclusión de que esa relación de supremacía especial justificaba este tipo de normas como manifestación de la potestad reglamentaria. No solo es supremacía especial en la teoría, lo ha sido en la práctica: supervisión próxima, cercana e intensa.

Esa relación de supremacía especial tiene algunos elementos básicos, como son: el control permanente, mecanismos de información exhaustivos, un régimen disciplinario adecuado y, de nuevo importantísimo, un régimen de intervención de entidades preparado para entrar en funcionamiento cuando no pueden sobrevivir. Una pieza tan importante como el régimen de intervención no estaba resuelto a nivel internacional, ni en muchos otros países.

d) Y por último, a mi modo de ver también esencial, un sistema de protección y defensa de los depositantes, que no se improvisa. El Fondo de Garantía de Depósitos, que se ha ido dotando con recursos procedentes de las entidades durante un período largo de tiempo, no resuelve todos los problemas de la crisis, pero sí resuelve una parte, y es complementario a los sistemas de provisiones y de capital. No existe en todos los países con la configuración del nuestro y se plantea cómo dotarlo ahora y de dónde sacar los fondos que las entidades no pueden aportar.

III. LA CRISIS Y SUS CONSECUENCIAS

La segunda parte de mi exposición se refiere al análisis dinámico, causas y efectos normativos de la crisis.

1. Las causas

a) Por lo que toca a las causas de la crisis, cabe referirse en primer lugar a la “exhuberancia financiera”, que se manifiesta en el exceso de liquidez y la vulgarización del riesgo.

El exceso de liquidez tuvo su origen en diversos motivos: el sobreflujo de fondos desde ciertas economías, a las economías occidentales y las políticas monetarias continuamente expansivas, fruto, entre otras razones, de los acontecimientos del 11-S.

Y como consecuencia del exceso de liquidez, la vulgarización del riesgo: se acortan los márgenes, pero también es posible obtener financiación para comprar cualquier activo. Todo ello en un ambiente en que la impresión generalizada es que en poco tiempo se revalorizará la inversión y permitirá plusvalías importantes. Por tanto, si hay financiación casi ilimitada y si utilizándola se obtienen beneficios casi seguros, se invierte en todo, se llega incluso a crear artificialmente activos nuevos para ofrecerlos a la inversión.

b) La segunda causa es la desintermediación nociva. ¿Qué quiere esto decir? La titulización española se basa en que las entidades que han producido, básicamente, créditos hipotecarios, conociendo a sus clientes y conservando parte del riesgo, ceden otra parte para financiarse. Producen y venden riesgos ciertos, conocidos y conscientes, a los que siguen vinculados. Por el contrario, cabe también acopiar de forma poco rigurosa e incluso producir “ad hoc” carteras de crédito cuya calidad no preocupa a quien las genera, porque pretende transmitirlos cuanto antes y totalmente al mercado. Esa es la desintermediación perversa.

Y por otra parte, hay una comunicación tal entre los mercados que cualquier cosa que se produce en un sitio por alguien no consciente puede acabar en muy poco tiempo en manos de otra persona, profesional o no profesional, en cualquier parte del globo.

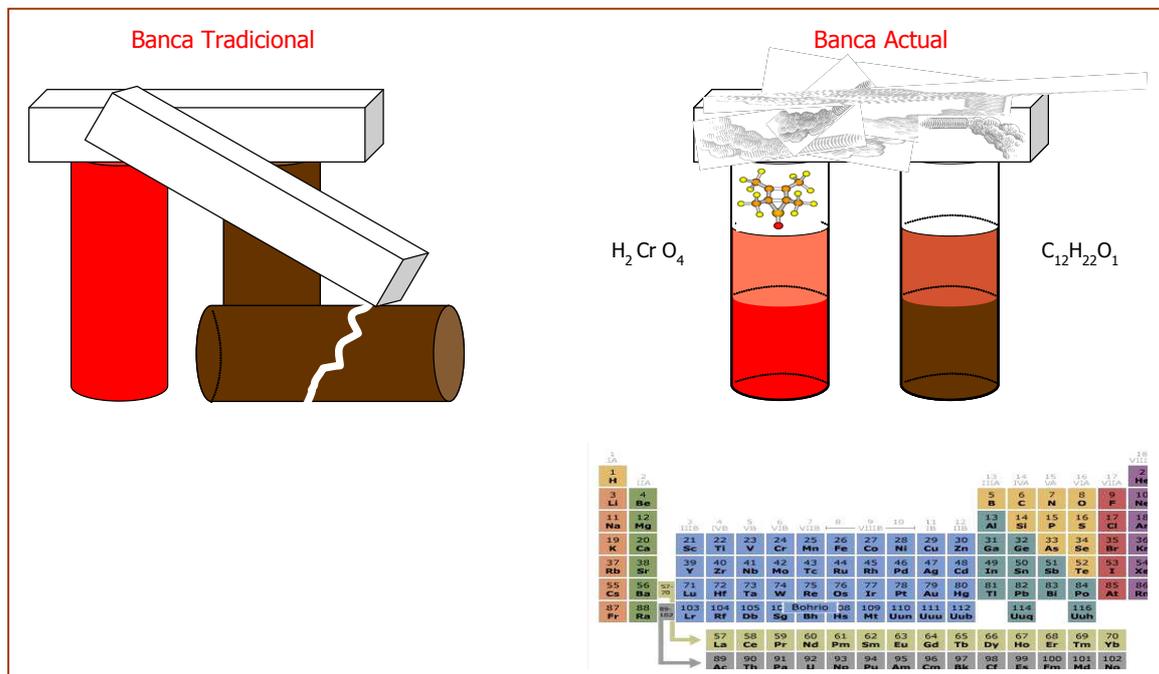
c) En tercer lugar, los agujeros negros. Esto es, las zonas o sujetos exentos de una regulación o supervisión adecuadas y, sin embargo, con importancia cada vez mayor en un sistema financiero globalizado.

La supervisión era nacional, la realidad de la actividad era internacional.. Pretendemos tener un régimen estatutario de autorización y control, ya que somos conscientes de la necesidad de regular y supervisar un sistema que es esencial para la economía. Pero tiene una dimensión ya internacional, cuando la regulación y supervisión son básicamente, sobre todo la segunda, nacional.

Además había agentes y mercados esenciales (probablemente los más innovadores: hedge funds y derivados son las palabras clave) que no estaban suficientemente controlados

d) Por último, la prociclicidad, sobre todo de algunas normas contables.

Todo lo anterior puede resumirse gráficamente de la siguiente manera:



En la banca tradicional los bancos quebraban. En el sistema financiero inmediatamente anterior a la crisis, se intoxicaban, porque las cuentas de resultados echaban humo, pero eran humo en muchos casos. Y en ciertas actividades financieras, y desde luego la de muchos agentes no regulados, acababa consistiendo en la composición de moléculas, más o menos tóxicas, de múltiples elementos financieros (derivados, ABS, estructuraciones... etc). Quizá alguien las entendía en origen, pero luego recibían sucesivos tratamientos, hasta ponerse en el mercado en unos formatos que ni las propias agencias de rating eran capaces de valorar. De tal manera que se creó un sinfín de instrumentos tóxicos, volátiles y que se podían difuminar por el mercado. Es importante destacar también que el sistema financiero es aquel en que las nuevas tecnologías pueden tener una mayor importancia, porque no hay entrega física. Por tanto se puede contratar con una pantalla en cualquier mercado del mundo y liquidar en el mismo día.

2. Consecuencias normativas

a) Los primeros esfuerzos normativos fueron campamentales, en estado de histeria totalmente lógica porque la situación lo requería. Con otra característica esencial: fueron abordadas básicamente por gobiernos nacionales, porque son los que siguen teniendo la capacidad normativa y la capacidad fiscal, además de la presión de los depositantes.

Se toman tres tipos de medidas básicas: suministro de liquidez por los bancos centrales, utilización de fondos públicos para atender necesidades; y, en tercer lugar, intervención de entidades.

En la utilización de fondos públicos fue especialmente importante la garantía de los depósitos de los clientes, lo que dio lugar a algunas consecuencias normativas y jurídicas inmediatas. Se trata de regulaciones de emergencia que producen algunas distorsiones enormes de principios clásicos, entre ellos, como especialmente significativa y clara, la de las normas de competencia comunitarias.

Este conjunto de normas de primer momento tiene tres objetivos: estabilizar el sistema, normalizar los mercados y regenerar el crédito. El primero está conseguido y el segundo en gran medida. El tercero todavía no, y tardará. Uno de los motivos de la crisis fue el sobreapalancamiento (exceso de liquidez). Otro, prestar a quien no se debía (vulgarización del riesgo). Ahora se presta con más cuidado y además hay que digerir el exceso de apalancamiento existente. Y combinar eso con la continuidad del crédito es especialmente complicado.

b) ¿Hacia dónde van las propuestas normativas más sosegadas? Es tal el número de iniciativas de todo tipo y origen que es difícil buscar orden en ellas. Ocurre, sin embargo, que las iniciativas tienen que ser globales, porque la crisis ha sido global y el sistema financiero también lo es. Pues bien, en esta perspectiva global cabe destacar las iniciativas del G20 y el Consejo de Estabilidad Financiera; en segundo lugar las de la Unión Europea; y por último están aquel conjunto de iniciativas que inciden en la necesidad de una supervisión y regulación macro prudencial.

¿Cuáles son los aspectos básicos, los ámbitos fundamentales de esta regulación en ciernes?

En primer lugar incluir a los extravagantes, en el sentido literal del término, los que vagaban fuera. Esto es, someter a regulación y supervisión, so pena de no poder actuar en el sistema, a entidades y mercados como los ya citados hedge funds y derivados.

En segundo lugar y dentro del ámbito estatutario en que deben moverse todos los sujetos, varias de las materias básicas identificadas más arriba centran los esfuerzos. Nuevas y más rigurosas exigencias de solvencia –de las que se acaba de hablar- posible coeficiente de liquidez y límite de la dimensión, bajo el tan citado concepto de que no pueden existir entidades demasiado grandes para caer. Yo no estoy de acuerdo en que el tamaño sea lo esencial. El tamaño es relevante, pero no lo más relevante. La complejidad, el modelo de negocio, la gestión, el control de riesgos y la supervisión adecuada lo son mucho más.

Otro ámbito de propuestas planteadas es el de la remuneración de los ejecutivos bancarios. Es cierto que en algunos tipos de banca uno de los motivos de la crisis ha sido el incentivo irracional inmediato: por ejemplo, titularizar para vender porque al mes siguiente se fijan los bonos. Da igual lo que se titulariza y da igual a quien se vende, siempre que se genere resultado.

Por último, la unificación y actualización de las normas contables es esencial, porque en alguno de sus aspectos han tenido un efecto procíclico clarísimo.

3. Algunas peculiaridades de nuestro sistema.

Quiero acabar haciendo referencia a varias características de la actividad de los grandes bancos españoles que los han hecho distinguirse en la crisis.

En primer lugar, hemos tenido la suerte de una supervisión cercana, acertada y experta.

En segundo lugar, nuestra estructura de financiación es distinta a la de otros, no hemos titulado empaquetando basura y mandándola al mercado, sino creando y cediendo activos buenos. Además tenemos un modelo minorista de banca, y consecuentemente, estamos pegados a la mejor fuente de liquidez y de recursos, que son los depósitos.

En último término, quiero insistir en la idea de que esa función del sistema financiero que es la intermediación en el crédito la está cumpliendo también, en el actual proceso de desapalancamiento, en un entorno muy difícil por las previsiones cruzadas entre mantener la calidad crediticia e incrementar en el volumen prestado.