

Abandonando el unilateralismo y el *status quo*: es momento de romper paradigmas y de concretar la anhelada modificación de la legislación bancaria paraguaya.

Juan Manuel Gustale Cardoni

Las opiniones que aparecen en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan la postura institucional del Banco Central del Paraguay ni de la Superintendencia de Bancos.

Introducción

El presente análisis debería iniciarse reconociendo que un artículo de esta naturaleza probablemente no hubiese tenido lugar un par de décadas atrás, cuando se concretó la última reforma de la legislación bancaria paraguaya.

Las necesidades que prevalecían en aquellos tiempos eran distintas a las actuales y el escenario económico del país difería ostensiblemente con el que nos toca vivir hoy.

Deviene entonces razonable pensar que muchas de las interrogantes que hoy se plantean los diversos actores del sistema financiero ni siquiera se encontraban en la agenda durante la década de los noventa.

La propuesta de reformular las leyes bancarias se convierte así en un recorrido que desata pasiones y que impone -ineludiblemente- la necesidad de repensar una serie de posturas.

Toda iniciativa reformadora es ambiciosa y -como no puede ser de otra forma- requiere romper paradigmas y acoger nuevos pensamientos que vayan un poco más allá de la concepción típica del sistema financiero.

Huelga decir que uno de los principales motivos que obligan a nuestro país a explorar un nuevo marco legal constituye la irreversible tendencia hacia la globalización de los mercados financieros, lo que a su vez trae consigo -entre otras cosas- la incesante proliferación de estándares internacionales.

Estos instrumentos (que adoptan diversos ropajes, tales como “estándares”, “buenas prácticas”, “recomendaciones”, etc.) se aglutinan en un paquete de *soft law* que la doctrina comúnmente denomina “arquitectura regulatoria financiera internacional”, la cual ha adquirido una incuestionable posición de relevancia.

Sin duda, quien se muestre reacio a reconocer este fenómeno -y, sobre todo, a embarcarse en la tarea de comprenderlo más acabadamente- se encontrará en una posición por demás desventajosa y hasta le será prácticamente imposible subsistir en el entorno de las finanzas.

Este artículo abordará algunas de las tendencias innovadoras que prevalecen en la actualidad en materia de regulación financiera, especialmente en cuanto a la influencia que varios de estos instrumentos pertenecientes al *soft law* ejercen sobre la manera en la que operan los mercados.

Partiendo de la premisa de que esta “arquitectura regulatoria financiera” es realmente efectiva en su afán de regular los mercados y proporciona los incentivos suficientes para adherirse a estándares internacionales, se explorarán algunos de los argumentos más convincentes que subyacen a la propuesta de modificación de las leyes bancarias que rigen actualmente en el Paraguay.

El contexto actual en el que navega el sistema financiero paraguayo

Como sabemos, Paraguay también se ha visto forzado a atravesar la penosa y oscura ruta de la crisis financiera, la que dejó -como en tanto otros lugares alrededor del planeta- un tendal de heridos y damnificados.

La Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay (1995) y la Ley General de Bancos, Financieras y otras Entidades de Crédito (1996) fueron delineadas y promulgadas a la luz de una coyuntura que no precisamente condice con la realidad que atraviesa nuestro país en estos tiempos ni con las ambiciosas proyecciones del sistema financiero paraguayo.

Dichas leyes se pensaron y estructuraron para un sector bancario con una idiosincrasia distinta y que se ceñía -en aquellos tiempos- a una mentalidad diferente, así como a reglas de juego globales que no son idénticas a las que predominan hoy.

Otros manojos legales que se asomaron posteriormente de manera complementaria emergieron como una suerte de remedios temporales y poco prolijos para hacer frente a situaciones de crisis financiera (como es el caso de la Ley N° 1.420/99 y de la Ley N° 1.947/02, las cuales establecieron sendos “Regímenes Especiales Transitorios” para la estabilización del sistema financiero nacional).

Finalmente, con el advenimiento de la Ley N° 2.334/03 pudo diseñarse un instrumento un tanto más ordenado para las potenciales resoluciones de entidades financieras, incluyendo la creación de un Fondo de Garantía de Depósitos.

En síntesis, la legislación bancaria paraguaya que aún subsiste en la actualidad fue concebida para un mercado financiero con características distintas y sin contemplar el potencial que hoy en día exhibe nuestro país.

La interrogante que aflora inevitablemente es la siguiente: si las leyes no se han alterado en prácticamente veinte años, ¿cómo hizo el sistema financiero paraguayo para evolucionar tan favorablemente a lo largo de estos últimos tiempos?

Dicha pregunta tiene probablemente numerosas respuestas, pero desde el punto de vista estrictamente regulatorio, bien puede afirmarse que el desarrollo del mercado obedeció a la eficiente labor desplegada por el Banco Central del Paraguay en cuanto a la emisión de normativas idóneas que acompañaron dicha evolución.

Puede considerarse como punto de inflexión la decisión adoptada unos años atrás por la Banca Matriz, la cual se inclinó por migrar hacia un esquema de *supervisión basada en riesgos*, lo que se tradujo en la producción de normas prudenciales que acrecentaron los niveles de cumplimiento con los Principios Básicos de Supervisión Bancaria Efectiva.

Este nuevo esquema -visiblemente más flexible- trae aparejada la adecuación de las políticas y procedimientos, de manera a anticipar -de forma oportuna- potenciales eventos de riesgo. El mismo permite identificar vulnerabilidades, para así poder dimensionar la real exposición a los riesgos por parte de cada entidad supervisada y reencauzar los esfuerzos del supervisor, dependiendo de los mayores focos de riesgo.

La Superintendencia de Bancos inició este proceso migratorio implementando -entre otras herramientas- indicadores de alerta temprana y pruebas de *stress* para las entidades del sistema e incorporando un esquema de cuadrantes que concatena elementos cuantitativos y cualitativos para agrupar a las entidades dependiendo de sus riesgos.

Regulaciones que cobijan preceptos sobre administración de riesgos, clasificación de riesgos crediticios y constitución de provisiones, requisitos previos a la autorización para operar en el sistema financiero, adopción de criterios *fit and proper* y estándares de buen gobierno corporativo, radicación de accionistas en países que no sean considerados como paraísos fiscales, gestión del riesgo operacional, son solamente algunos ejemplos normativos que vieron la luz en tiempos recientes.

Este caudal de normativas contribuyó decididamente para afianzar la positiva reputación del sistema financiero paraguayo, el cual actualmente goza de buena salud y se encuentra en condiciones estables, conformado por entidades apropiadamente capitalizadas.

Si bien el Banco Central del Paraguay ha albergado cuidadosamente esta capacidad de emitir regulaciones idóneas para escoltar el progreso del sistema financiero, dicha tarea encuentra limitantes importantes, las que solamente pueden ser superadas a través de la implementación de un renovado marco legal.

Precisamente, según las conclusiones de la última evaluación realizada en Paraguay por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial en el año 2010 (*FSAP*, por sus siglas en inglés), uno de los principales impedimentos para poder avanzar constituye la rigidez de las leyes bancarias, las cuales no confieren al órgano regulador el margen de maniobra deseable para continuar por la senda que se ha venido siguiendo.

Debe subrayarse que, a la fecha, el sistema financiero paraguayo continúa operando bajo un esquema tradicional, ya que las entidades que lo componen se dedican mayormente a la captación y colocación (banca comercial típica). El crédito bancario continúa siendo la principal fuente de financiamiento en el Paraguay, y no puede desconocerse que el tímido mercado de capitales aún se encuentra precariamente desarrollado. Todos los últimos estudios sobre la calidad del sistema financiero nacional coinciden en que las entidades que lo componen demuestran adecuada solvencia y poseen la aptitud suficiente como para hacer frente a eventuales shocks.

Las cooperativas se erigen como el segundo segmento más importante de instituciones financieras, pero generan una importante fuente de arbitraje regulatorio, ya que no se hallan sujetas a idénticas reglas que los bancos y financieras ni poseen un fondo de garantía de depósitos que proporcione un mecanismo idóneo para potenciales crisis. Por otro lado, la ausencia de regulación y supervisión de los fondos de pensiones podría considerarse como otra importante deficiencia y también como una eventual fuente de riesgo sistémico.

El proceso de despegue del sistema financiero nacional recién se ha iniciado, por lo que bien puede sostenerse que es el momento propicio para dar el salto de calidad hacia una regulación moderna que pueda terminar de apuntalar el notorio crecimiento que exhibe nuestro país.

¿Qué se necesita para avanzar? Algunas propuestas concretas de modificaciones

Básicamente, se requiere arbitrar los mecanismos necesarios para desamarrar al ordenamiento jurídico bancario de las barreras restrictivas impuestas por las leyes, las cuales muchas veces tornan poco eficaz o hasta inocua la actuación del órgano regulador, limitando notablemente su capacidad.

Se debe dotar a las autoridades de supervisión de mecanismos adecuados de protección legal. No debe perderse de vista que el rol del supervisor del sector financiero -que, dicho sea de paso, es de naturaleza eminentemente impopular- requiere no solo de una gran preparación técnica, sino también del blindaje legal suficiente que le permita llevar adelante su labor y adoptar decisiones oportunas ante posibles eventos que puedan poner en peligro la estabilidad del sistema.

Los éxitos del supervisor son raramente conocidos, pero sus fallas sí son ampliamente divulgadas y puestas bajo el escrutinio del público. Esto hace que la supervisión se erija como una tarea extremadamente desafiante, generalmente subestimada y hasta poco valorada¹.

Asimismo, se le debe proporcionar al órgano regulador una mayor capacidad para determinar requerimientos de capital y otras exigencias de tinte prudencial, de manera a que se pueda culminar el proceso de consolidación de la supervisión basada en riesgos, al tiempo de migrar hacia esquemas hasta hoy inéditos en día en nuestro país (pero tan de moda en la jerga financiera internacional), tales como la “supervisión en base consolidada”, la que abordaría los casos de futuras expansiones de entidades financieras paraguayas hacia otras jurisdicciones.

Una interesante proposición constituye la de añadir como un objetivo fundamental del Banco Central del Paraguay el de promover -además de la estabilidad- la integridad del sistema financiero, velando por las conductas apropiadas de mercado y por mantener la disciplina que reconozca a la transparencia y a la protección del consumidor como pilares esenciales.

Las instituciones reguladoras son las encargadas de enmarcar las conductas de determinados actores del ecosistema financiero. En la medida en la que dichas autoridades sean exitosas en reducir la incidencia de conductas fraudulentas e indisciplinadas, se incrementa la probabilidad de que las transacciones sean justas y transparentes².

¹ Jose Viñals y Jonathan Fiechter, “The Making of Good Supervision: Learning to Say No”. IMF Position Note. SPN/10/08. International Monetary Fund. Monetary and Capital Markets Department. May 18, 2010, p. 18

² Joseph L. Bower, Herman B. Leonard, Lynn S. Paine. “Capitalism at risk. Rethinking the role of business”. Harvard Business Review Press. Boston, p. 99

Por otra parte, se impone la obligación de reanalizar el régimen sancionatorio que rige para el supuesto de faltas cometidas por sujetos supervisados. Un nuevo marco de sanciones debería combinar parámetros idóneos de efectividad, al tiempo de mostrarse proporcional y disuasivo, generando los incentivos necesarios para garantizar el cumplimiento de las normativas.

El regulador debe contar en todo momento con los instrumentos más eficaces para poder hacer frente a la posibilidad de que se suscite algún fenómeno financiero adverso, especialmente en cuanto al licenciamiento de entidades³. Es por ello que, en cuanto a los requisitos de entrada al sistema, debe sopesarse la posibilidad de establecer exigencias más rigurosas al momento de otorgar licencias, de modo tal a garantizar una gestión sana y prudente de la entidad que vaya a insertarse en este mercado regulado, incluyendo una meticulosa debida diligencia con respecto a los accionistas, directores y administradores, especialmente en relación a su capacidad económica para efectuar posibles capitalizaciones y en lo que respecta al origen de los fondos que serán utilizados para integrar dicho capital.

¿Es la autoridad reguladora merecedora de mayores poderes (y responsabilidades)?

El sistema de mercado presupone la existencia de una autoridad reguladora efectiva y que goce de legitimidad, de manera a que pueda -a través de su labor- legitimar también las actividades de mercado y asegurar el normal desenvolvimiento de sus funciones esenciales⁴. Puede aseverarse, entonces, que la infraestructura institucional reguladora influye significativamente en la manera en la que funcionan los mercados. Gran parte de la doctrina se muestra proclive a aceptar esta teoría.

En ese sentido, la delegación de autoridad en las agencias regulatorias se da mayormente debido a la idoneidad que demuestran y a los altos niveles de credibilidad que muchas han podido adquirir con el tiempo⁵. La delegación de poderes puede incrementar la eficiencia, mientras que -por el contrario- el proceso legislativo tradicional es, cuanto menos, engorroso y oneroso, al tiempo de traer consigo un sinnúmero de aristas políticas difíciles de descifrar.

Uno de los principales rasgos distintivos de todo banco central es su “insularidad política”, que implica no solamente mantenerse ajeno a la injerencia política, sino también poseer la suficiente protección legal para actuar⁶.

Históricamente, los bancos centrales se han destacado por mantener una sólida regularidad en cuando a la adopción de políticas, inclinándose por regulaciones a más largo plazo y ajenas a los intereses políticos de turno, formulando así respuestas tecnocráticas desapasionadas y a la vez congruentes con la dinámica propia de los mercados financieros⁷.

³ Frederic S. Mishkin (Columbia University), Stanley G. Eakins (East Carolina University). “Financial Markets & Institutions”. Sixth Edition. Pearson Prentice Hall, p. 34

⁴ n 3, p. 92

⁵ Chris Brummer (Georgetown University). “Soft Law and the Global Financial System Rule Making in the 21st Century”. Cambridge University Press, p. 23

⁶ n 1, p. 16

⁷ n 5, p. 23

Mucho se ha aplaudido también la habilidad de los órganos reguladores para atraer más fácilmente la opinión de las entidades que caen bajo su ámbito de supervisión, en un entorno de abierto diálogo que pueda capturar apropiadamente la percepción del sector privado, de manera a volcarla posteriormente a la regulación⁸.

Pero antes de arribar a una conclusión sobre las bondades de la regulación financiera que deriva de la delegación conferida al órgano regulador y que se encuentra, por ende, lo más distante posible de los vaivenes políticos, es necesario escudriñar brevemente algunos de los motivos que subyacen a la teoría regulatoria de los mercados financieros.

Argumentos inherentes a la regulación y supervisión del sistema financiero

Si hurgamos en los fundamentos que llevan a regular la actividad financiera, quizás nos topemos con explicaciones repetitivas que coinciden en la necesidad de abordar los riesgos que genera la información asimétrica, de manera a que los mercados operen más eficientemente. Es así que la regulación financiera llega a ser concebida como una suerte de puente que busca acortar brechas, reduciendo la posibilidad de selección adversa y de riesgo moral, incrementando la calidad de la información disponible para los inversores.⁹

Naturalmente, los mercados financieros librados a su propia suerte han demostrado ser un campo fértil para pobres decisiones y conductas desastrosas¹⁰. Ya desde la época del británico Walter Bagehot (cuya obra *Lombard Street*, de 1873, constituyó una de las primeras ilustraciones sobre la operativa del sistema financiero), la doctrina se ha familiarizado con conceptos como el riesgo moral y su incidencia en la regulación bancaria¹¹.

Finalmente, este segmento de entidades se dedica a la intermediación financiera y lo que está en juego son los depósitos dinerarios del público, lo que hace que muchas veces se hable de un terreno mixto, donde coexisten intereses públicos y privados. Efectivamente, los bancos y otras instituciones financieras aceptan que hay un marcado interés público, aunque –muy razonablemente– expresen constantemente sus preocupaciones sobre la posibilidad de la regulación sea excesiva¹².

Pero la regulación *per se* no lo es todo. Su apropiada implementación es casi tan o más importante. La supervisión óptimamente concebida debe combinar escepticismo e iniciativa proactiva, incluso cuando la industria financiera atraviesa su mejor momento.

Si bien la supervisión no se da únicamente en la industria financiera, puede decirse que en este mercado el involucramiento de las autoridades es un tanto más invasivo e intervencionista, por la sencilla razón de que se busca preservar la estabilidad del sistema financiero (considerado como bien jurídico protegido).

⁸ n 1, p. 17

⁹ n 3, p. 34

¹⁰ Robert Kutner, “Financial Regulation After the Fall” (citado por Brummer) n 1, p. 1

¹¹ Stephen Valdez & Philip Molyneux, “An introduction to Global Financial Markets”, Sexta Edición. Palgrave Macmillan. 2010, p. 303

¹² Roger McCormick, “Legal risk in the financial markets” (Oxford University Press). Segunda Edición. 2010 p. 303

Varios intentos de desregular determinados segmentos del sector financiero han resultado en catastróficas crisis financieras a escala global, acaso como un resabio de la célebre frase acuñada por el poeta romano Virgilio: “*Video meliora proboque, deteriora sequor*” (veo lo mejor y lo apruebo, pero pongo en práctica lo peor).

Se exige a los supervisores entender cómo funcionan los mercados, su desarrollo dinámico, sus productos y servicios¹³. Las autoridades participan en la gestación de la entidad, le confieren la licencia y continúan ejerciendo un rol crucial a lo largo de la vida de la entidad supervisada, estableciendo reglamentaciones sobre la manera de administrar riesgos, imponiendo penalidades y hasta declarando su cierre, si necesario fuere¹⁴.

El cambio en el entorno económico estimula al sistema financiero a innovar en materia de productos y servicios. Los nuevos patrones de comercialización desafían la manera tradicional de regular los mercados financieros¹⁵ y, por supuesto, las invenciones financieras y la desregulación no hacen sino incrementar la selección adversa y el riesgo moral¹⁶. Estas fuerzas de mercado reducen muchas veces la habilidad de los órganos reguladores de intervenir eficazmente en la operativa del sector financiero¹⁷.

La globalización como desafío para la regulación

Los tiempos recientes han visto la proliferación de grupos financieros o conglomerados, propulsados por la reinante liberalización y por la progresiva globalización¹⁸.

Esta globalización también trajo aparejada la multiplicación de jurisdicciones que relajan sus reglas e imponen riesgos significativos para sus pares, ya que son agentes generadores de arbitraje regulatorio y pueden poner en peligro la estabilidad e integridad del sistema global. Ante dicha problemática, los diversos foros buscan abrazar estándares internacionales uniformes e idóneos para atacar una cuestión de naturaleza transnacional.

La tecnología hace que prácticamente cualquiera pueda participar de los mercados financieros globales de forma instantánea, por lo que los inversores disfrutan cada vez más fácilmente de mayores opciones, permitiendo transferir riesgos a cualquier lugar del mundo, muchas veces, a gran escala¹⁹.

La globalización también ha sembrado la propagación de la banca transfronteriza y el crecimiento de este segmento ha generado complejos desafíos para la supervisión. El hecho de que una banca se convierta en transfronteriza determina, *inter alia*, una división de responsabilidades entre las autoridades de supervisión de diversos países (lo que en la jerga financiera se denomina “supervisión *home-host*”)²⁰.

¹³ n 5, p. 23

¹⁴ n 1, p. 7

¹⁵ Joanna Benjamin (London School of Economics, Freshfields Bruckhaus Deringer), “Financial Law”, Oxford University Press, 2007, p. 503

¹⁶ n 3, p. 533

¹⁷ n 16, p. 504

¹⁸ n 1, p. 8

¹⁹ Howard Davies y David Green “International Financial Regulation”, The Essential Guide (8) (2008)

²⁰ n 11, 303

Estamos acostumbrados a escuchar que la industria bancaria es una de las más internacionales. Ahora bien, lo que realmente resulta un tanto más novedoso es hablar de la participación -y particular influencia- de los organismos multilaterales e instituciones de similar naturaleza, los que juegan un papel por demás protagónico en la reformulación de los marcos institucionales y legales alrededor del planeta.²¹

Se podría decir que los mercados financieros, apoyados por los organismos multilaterales, han forjado una suerte de derecho global²². Así, no son pocos los que hablan incluso de la existencia de una *lex financiaria*.

Evidentemente, los tiempos actuales demandan que la regulación se edifique de una manera más flexible y creativa que en el pasado. Los límites de la ley doméstica son numerosos, y constituye un reto cotidiano el poder contar con reglas armonizadas capaces de regular los mercados financieros²³.

Ante este panorama, no podemos más que sumergirnos con mayor profundidad en los bloques que subyacen a esta “arquitectura regulatoria financiera” globalmente concebida. En ese afán, es menester examinar con mayor precisión el entorno en el cual opera y se desarrolla.

Debe advertirse que los instrumentos de regulación financiera internacional se separan de aquellos que típicamente se observan en otros ámbitos del derecho internacional (Tratados, Convenciones, etc.), ya que los primeros emanan de organismos sin fuerza coercitiva y adoptando la forma de recomendaciones, acuerdos y estándares no vinculantes²⁴.

Organismos tales como el G-20, el *Financial Stability Board*, el Comité de Basilea, la IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*), el Grupo de Acción Financiera (GAFI) son los que fijan las agendas y una serie de estándares. Otros, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, actúan no necesariamente como originadores primarios de estándares, sino más bien como encargados de chequear su cumplimiento²⁵.

El pragmatismo del *soft law* en su tarea de regular los mercados financieros

El denominado *soft law* ocupa un lugar predominante en la regulación financiera internacional, ya que facilita la colaboración a un costo más bajo, sirve para direccionar el compromiso internacional colectivo y proporciona herramientas para administrar los riesgos inherentes a la constante evolución de los mercados financieros²⁶.

²¹ n 12, 168

²² MacNeil y O'Brien, “The future of banking regulation”, Oxford, Hart Publishing 2010, p. 86

²³ n 16, p. 513

²⁴ n 5, p. 61

²⁵ n 5, p. 69

²⁶ n 5, p. 128

Naturalmente, estas reglas carecen de obligatoriedad, pero se utilizan tan frecuentemente y han ganado tal aceptación que muchos doctrinarios -entre ellos, Cranston- la catalogan como una suerte de derecho globalmente aceptado²⁷.

La creciente atención hacia las normas de esta naturaleza se dio principalmente debido a la practicidad que las mismas ofrecen. En efecto, las respuestas estratégicas a la globalización han sido eminentemente pragmáticas, con las autoridades reguladoras del sistema financiero inclinándose por adoptar esquemas de “supervisión basada en riesgos” y mostrándose abiertos a aceptar la “regulación basada en principios”²⁸.

Si bien la regulación financiera internacional se encuentra mayormente basada en el *soft law*, existen evidencias de que la misma es verdaderamente efectiva cumpliendo el rol esencial de asignar poderes regulatorios e influenciar la conducta de los mercados.

El hecho de rotular a la arquitectura regulatoria como de *soft law* disfraza muchas veces el verdadero potencial que la misma posee, subestimando su fuerza y validez como instrumento de derecho. Pero basta con activar determinados componentes (reputacionales, institucionales y de mercado) para que la regulación financiera internacional sea más coercitiva de lo que la teoría legal ha vaticinado que podría llegar a ser²⁹.

Fuentes *soft law* de regulación financiera internacional

A grandes rasgos, puede ensayarse la siguiente clasificación:

1. Estándares, recomendaciones o mejores prácticas: tienen la capacidad de fijar estándares básicos que sirven como *benchmarks* o referencias para que una jurisdicción pueda sentirse cómoda demostrando un apropiado nivel de cumplimiento. Abordan una amplia gama de cuestiones afines al sector financiero. Por solo citar algunos de los ejemplos más representativos, tenemos los siguientes: los Principios Básicos de Supervisión Bancaria Efectiva (Comité de Basilea), las 40 Recomendaciones sobre Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo del Grupo de Acción Financiera (GAFI o FATF, *Financial Action Task Force*), los Principios Básicos para Sistemas de Seguros de Depósito (IADI, *International Association of Deposit Insurers*), los Principios Básicos de Seguros (IAIS, *International Association of Insurance Supervisors*). Generalmente, estas recomendaciones contienen además notas interpretativas, metodologías a ser utilizadas al momento de evaluar su cumplimiento y otros mecanismos para delimitar su alcance de una manera más comprensible para los países que vayan a adherirse.

2. Reportes de organismos multilaterales: los cuales dejan un rastro estadístico; se los considera comúnmente como “la fotografía de un país en un tiempo determinado”. Se elaboran a la luz de una metodología preestablecida y aceptada. Sus resultados generan una reacción por parte de las autoridades del país para hacer frente a las vulnerabilidades identificadas. La evaluación FSAP (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional) es

²⁷ Ross Cranston “Principles of Banking Law”, Oxford: Clarendon, 1997, p. 421

²⁸ Julia Black, “The emergence of risk based regulation and the new public management in the UK” *Public Law*, 2005, p. 512

²⁹ n 5 p. 18

probablemente la que más aceptación ha adquirido a nivel global. Por otro lado, existen también derivados de esta subespecie, como las Evaluaciones Mutuas que conducen los países que integran el GAFI en materia de combate al lavado de activos y al financiamiento del terrorismo, sobre las cuales nos explayaremos luego.

3. Memorandos de Entendimiento o análogos: que se delinean para compartir información y coordinar esfuerzos de supervisión entre las autoridades. Actualmente, son valiosísimos para poder evaluar la exposición de bancos sobre una base consolidada, especialmente cuando se empieza a despertar la banca transfronteriza de una jurisdicción determinada.

Los Principios Básicos de Supervisión Bancaria Efectiva de Basilea

Basilea es una pequeña ciudad suiza, localizada estratégicamente a orillas del Rin y adyacente a Francia y Alemania. Si bien no posee dimensiones importantes ni una vasta población, cumple un importante rol en los mercados financieros globales, pues alberga al Banco Internacional de Pagos (catalogado como “el banco central de los bancos centrales”, pues allí se deposita una importante porción de las reservas internacionales de varios países) y agrupa además a una serie de instituciones afines, incluyendo al denominado Comité de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*).

Instaurado en el año 1975 por los países del entonces G-10, este Comité estandariza los parámetros de “Supervisión Bancaria Efectiva” a nivel mundial, poniendo a consideración de las autoridades reguladoras una lista de recomendaciones que buscan fortalecer la labor de vigilancia y contribuir a la estabilidad financiera.

Posiblemente, uno de los más fieles reflejos del *soft law* reside en estos principios. Evidentemente, los mismos ya tienen vuelo propio y han conquistado un innegable estatus en los mercados financieros internacionales. La Unión Europea ha adoptado la mayoría de las recomendaciones de Basilea a través de sus Directivas. Otros bloques económicos y numerosos países -incluyendo grandes potencias financieras- han emulado esta conducta.

Al margen de su aceptación, estos principios carecen de efectos legales por sí solos, lo que suscita la inevitable interrogante sobre su aplicabilidad en el caso de que las jurisdicciones no los incorporen a sus respectivas legislaciones domésticas.³⁰

Por último, antes de proseguir, resta hacer una distinción crucial: los Principios Básicos de Supervisión Bancaria Efectiva no equivalen a los Acuerdos de Capital que también emite el Comité de Basilea, los cuales constituyen acuerdos que persiguen fortalecer el capital regulatorio de las entidades financieras.

³⁰ El Paraguay ha avanzado notoriamente en cuanto al grado de acatamiento de los denominados Principios de Basilea (pasando de un porcentaje del 17% en el año 2005 a más de un 60% de cumplimiento a finales del año 2010), situación que se ha dado principalmente en base a normativas emitidas por el Banco Central del Paraguay, ya que no han existido alteraciones legales significativas.

Las disciplinas de mercado como mecanismo coercitivo. Otros dispositivos extralegales de persuasión

Una postura que ha demostrado ser errónea ha sido la de subestimar la capacidad de los mecanismos extralegales como instrumentos de disciplina de los mercados financieros³¹

Muchas veces, son los propios participantes del sistema los primeros en impulsar el cumplimiento de estándares internacionales. Por ende, puede decirse que los incentivos reputacionales constituyen -en su calidad de herramienta persuasiva- una importante fuente disciplinaria de los mercados³².

Este razonamiento se encuentra directamente asociado a lo que llamamos el “imperativo del propio interés” de las entidades financieras para adaptarse a las mejores prácticas, sopesando el costo/beneficio de optar por dicho enfoque y poniendo en la balanza variados incentivos que se encuentran a la vista.

Los bancos y otras entidades financieras parecen encontrarse en una posición en la que aceptan esta clase de regulación global, la consideran apropiada y concluyen que vale la pena pagar el precio de insertarse en los mercados internacionales³³.

Naturalmente, una pobre reputación irroga mayores costos operativos. Es entonces donde puede hablarse del “imperativo del propio interés” para las entidades financieras, en el sentido de elevar al máximo sus niveles de cumplimiento y contrarrestar las probabilidades de incurrir en riesgos reputacionales.

Justamente, varios de los estándares y mejores prácticas ven la luz en el seno de las propias instituciones financieras. Los organismos internacionales no son los únicos originadores de *soft law*. Por el contrario, las propias entidades privadas se muestran proclives a adoptar buenas prácticas internas, códigos de conducta y estándares, de manera a exhibir una más robusta administración y una cultura de buen gobierno corporativo, entre otras.

Incluso, existe una marcada tendencia -por parte de las instituciones financieras- de mantener niveles de capital regulatorio por encima del mínimo legal exigido en la jurisdicción en la que operan³⁴.

En síntesis, puede decirse que las disciplinas de mercado ejercen una importante influencia en el comportamiento de los mercados y actúan como un elemento extralegal, pero coercitivo al fin, que empuja a las entidades del sistema a adherirse a los estándares y mejores prácticas.

La confianza es el activo intangible más valioso en el mundo financiero y las instituciones se ven forzadas a ir más allá del mero cumplimiento formal de las regulaciones, buscando superarse constantemente y acrecentando así la competitividad del mercado.

³¹ n 5, p. 137

³² n 5, p. 140

³³ n 12, p. 186

³⁴ Daniel Tarullo “Banking on Basel: The Future of International Financial Regulation”, 2008, p. 142

De esta manera, bien puede aseverarse que los centros financieros que buscan ganar terreno en los mercados internacionales deben comprender que el precio a pagar por cumplir con los estándares es relativamente bajo en proporción al beneficio que pueden obtener.

Los límites de la regulación financiera internacional. El unilateralismo y el escepticismo

La doctrina se ha mostrado particularmente escéptica sobre el verdadero rol de las agencias internacionales y sobre el grado de legitimidad y obligatoriedad que logra obtener la arquitectura regulatoria financiera a nivel global.

Es cierto que los estándares internacionales no siempre son óptimos y pueden no abordar de la manera más idónea los riesgos que pretenden mitigar. Es así que McCormick concluye afirmando que existen riesgos de descansar demasiado en *soft law* y en sus fuentes³⁵.

El mismo autor explica además que muchas de las innovaciones del derecho bancario internacional se han originado en jurisdicciones de *common law*, sencillamente porque es allí donde radican varios de los más importantes centros financieros (Nueva York, Londres, Hong Kong, por solo citar algunos)³⁶.

Esta tendencia impone muchas veces una serie de dificultades para los países que se rigen por sistemas civilistas u otros cuyos principios cardinales no necesariamente conciben con los del *common law*. Y es precisamente allí donde emerge la compleja tarea de conciliar diversos sistemas legales, acaso una de las más difíciles labores al momento de uniformar principios y buenas prácticas.

Ello, a su vez, le resta aplicabilidad a los estándares internacionales, sobre todo cuando los mismos colisionan con algún derecho constitucional u otro sumamente arraigado en una jurisdicción determinada.

La globalización también se halla sometida a un escrutinio constante y no son pocos los que se muestran por demás críticos hacia la misma. El célebre economista Joseph Stiglitz, uno de los principales detractores de esta teoría, insiste en que la globalización no ha resultado como quienes la pregonan hubiesen querido.

Llevando este razonamiento a la esencia de la legislación bancaria, no puede desconocerse que el enfoque territorial sigue prevaleciendo y probablemente no decaerá. La ley permanece atrapada dentro de las jurisdicciones individualmente concebidas y es natural que los gobiernos se muestren reacios a ceder elementos de soberanía, lo que ciertamente puede causar efectos negativos y generar un considerable “costo político” a quién ose plantear la modificación del marco legislativo.

Lógicamente, un mayor grado de cumplimiento con estándares internacionales implica muchas veces que un país deba revisar su norma primaria e incluso parte de su estructura institucional, lo que automáticamente puede generar cierta animadversión.

³⁵ n 12, p. 308

³⁶ n 12, p. 316

Por el contrario, mantenerse apegado a la regulación meramente territorial podría dejar a cualquier país en una relativa zona de confort, sin tener que incurrir en posibles costos políticos inherentes a la incorporación de elementos de *soft law* internacional³⁷.

En pocas palabras, los Estados no quieren “capitular” ante los mercados financieros globales. La doctrina describe esta reticencia como algo natural, lo que hace que muchos países prefieran mantener el *status quo*.

Al margen de estas consideraciones -que traen al ruedo el lado oscuro de la arquitectura regulatoria financiera internacional- el denominado “unilateralismo” es cada vez más difícil de abrazar y de justificar, sobre todo en el contexto actual.

Así, asoma la interrogante sobre los sistemas jurídicos individualmente concebidos y cuán bien se hallan diagramados para hacer frente a un sistema financiero que busca traspasar fronteras y que -de hecho- se encuentra cada vez más interconectado con el mercado financiero global.

Deviene ineludible formular las siguientes interrogantes:

¿Se encuentran nuestras leyes preparadas para hacer frente a los avances de la globalización y al desarrollo de un ecosistema financiero?

¿Es suficiente nuestro marco legal para brindar la certeza jurídica necesaria, en el escenario de exponencial crecimiento económico que exhibe el Paraguay?

Si bien hemos enumerado y repasado con relativo detalle algunas de las barreras de la regulación financiera internacional -y particularmente la dificultad de incorporar estándares a la ley nacional- los países suelen repensar las posturas “unilateralistas”, más aún cuando existen numerosas ventajas inmediatas e incentivos tangibles como para contrarrestar el escepticismo³⁸.

A modo de reflexión, debe decirse que la tarea de conciliar ambas tendencias puede convertirse en un trabajo un tanto frustrante. Pero ello no debe actuar como impedimento o freno para que se impulse decididamente la campaña reformadora.

Por supuesto que toda transición es complicada, pero –en este caso- la misma debe concretarse, más temprano que tarde. Echemos un vistazo a algunas de las ideas que sustentan esta afirmación.

Rompiendo paradigmas en Paraguay. Saliendo de la (aparentemente cómoda) zona de confort

Las planas ejecutivas del sistema bancario, tradicionalmente educadas para hacer negocios, obtener rentabilidad, vencer a la competencia u ofrecer nuevos productos, deben mostrarse abiertas a desarrollar nuevos hábitos y virtudes.³⁹

³⁷ n 5, p. 43

³⁸ n 12, p. 177

³⁹ n 2, p. 192

Las personas que tienen a su cargo el liderazgo del sistema financiero deben acercarse más al contexto sociocultural y a los factores institucionales que permiten al sistema funcionar más eficientemente. Luego de la crisis global, mucho énfasis se ha puesto en la dimensión ética de la gobernanza corporativa de los bancos y en el verdadero propósito de las finanzas como un instrumento hábil para el desarrollo de la sociedad, a través de la colocación de recursos dónde más se necesitan.

El sistema financiero tiene la obligación de interiorizarse sobre los nuevos estándares. No obstante, la realidad nos indica que hasta los más avezados y experimentados participantes del sector tienden a encontrarse poco familiarizados con la regulación financiera internacional y con la manera en la que ésta se desenvuelve.

Ello no es del todo reprochable, pues es natural que quienes trabajan cotidianamente en el negocio de las finanzas busquen concentrar sus esfuerzos en obtener resultados lucrativos para sus respectivas entidades, pues -finalmente- el sector privado busca generar rentabilidad en un mercado cada vez más competitivo.

Sin embargo, dicho enfoque individualista debe ser superado, y los referentes más representativos del sector financiero deben interesarse en comprender cómo actúa y opera la regulación financiera internacional, cómo se fijan los estándares y metodologías y cuál es impacto real que los mismos tienen en el desarrollo de los mercados⁴⁰.

Probablemente, al realizar este esfuerzo, se terminen sorprendiendo sobre los costos de oportunidad y los múltiples beneficios que pueden obtenerse.

Beneficios plausibles y concretos de cumplir con los estándares. El caso particular de Paraguay y las listas GAFI

Los organismos internacionales no se establecen en vano: están allí para generar estándares que deben ser implementados a lo largo y ancho de los diversos sistemas legales existentes y respetando la idiosincrasia de cada nación individualmente concebida.

Cuando los participantes de los mercados perciben la existencia de costos derivados de la falta de cumplimiento, reaccionan buscando elevar sus estándares y mostrando aversión al riesgo de pagar por ser parte de una jurisdicción que no goza de buena reputación.

Si bien no existen muchos análisis estadísticos sobre los beneficios derivados de cumplir con determinados estándares, bien podría traerse a colación el estudio elaborado por Donato Masciandaro, catedrático de la Universidad Bocconi (Italia), quien en un interesante reporte evalúa los efectos financieros de caer en las listas del GAFI y los costos inherentes a las transacciones con países “enlistados”.⁴¹

⁴⁰ n 5, p. 2

⁴¹ Donato Masciandaro. “Is the Anti-Money Laundering Compliance Convenient? International Capital Flows and Stigma Effect in Latin America: The Case of Paraguay”. Inter-American Development Bank Capital Markets and Financial Institutions Division Institutions for Development Sector, No. IDB-DP-311

Antes de repasar algunas de las conclusiones de dicho análisis, debe aclararse que el objetivo que persigue el Grupo de Acción Financiera con las listas es imponer una presión *de facto* a los países que no se ajustan a los estándares internacionales, lo que a su vez genera el llamado “efecto estigma”. Tal vez el esquema del GAFI ha demostrado ser incluso más efectivo que el del FSAP, ya que prácticamente condena al ostracismo a muchos de los países enlistados (se citan como ejemplos Irán y Corea del Norte).

Habiendo hecho esta salvedad, podemos pasar ahora a concentrarnos en el caso de Paraguay, el cual estuvo inmerso en la denominada “lista gris” del GAFI desde el año 2008, luego de que la Evaluación Mutua llevada a cabo en nuestro país arrojara resultados sumamente insatisfactorios. Posteriormente, la valiosa labor desempeñada por las autoridades nacionales hizo que Paraguay pueda ser finalmente removido de la lista en el año 2012. Actualmente, puede hablarse de nuestro país como un ejemplo exitoso de una nación que fue removida de las listas GAFI y que, lejos de conformarse con ello, persigue metas mucho más ambiciosas en el marco del combate contra estos ilícitos⁴².

Volviendo a las conclusiones de Masciandaro sobre el alcance del “efecto estigma”, el mismo afirma que las regulaciones de prevención de lavado de dinero son determinantes en los patrones de movimientos de capitales y que esto se aplica directamente al caso de Paraguay. El citado autor explica que los movimientos de capitales hacia un país tienden a disminuir cuando un país se encuentra inmerso en las listas GAFI. En contraste, un país que es removido de dichas listas obtiene mayores posibilidades de recibir inversiones y ello se refleja en el caso paraguayo.

Masciandaro sostiene que no cumplir con los estándares es costoso, ya sea porque eleva los costos transaccionales, ya sea porque incrementa el daño reputacional. La relevancia de estar “enlistado” es enorme y las posibilidades de que el sector bancario sobresalga son mayores cuando el país se halla fuera de las listas.

Los resultados del estudio demuestran que los esfuerzos de Paraguay para incrementar sus niveles de cumplimiento han producido efectos positivos en su reputación dentro de los mercados financieros internacionales. En síntesis, puede afirmarse -con base en evidencia estadística- que existen beneficios para el sistema financiero si se implementan regulaciones consistentes con los estándares internacionales del GAFI.

Los riesgos de no querer aceptar el cambio

Dejar pasar por mucho tiempo la posibilidad de modificar la legislación bancaria podría generar ineficiencias en el sistema financiero y acarrear riesgos difíciles de administrar y que, si son desatendidos, podrían incluso desembocar en un factor de riesgo sistémico⁴³.

⁴² El informe FSAP del FMI y del Banco Mundial (elaborado en 2010, publicado en 2011) concluyó que el compromiso demostrado a través de las mejoras en el marco de prevención de lavado de dinero fue fundamental para Paraguay y ampliamente reconocido por la comunidad internacional. En el mes de junio de 2013, el Gobierno Paraguayo lanzó la Estrategia Nacional de Combate al Lavado de Activos y al Financiamiento del Terrorismo, la cual constituye una Política de Estado que busca justamente continuar por la misma senda. La concreción del Plan fue posible gracias a la asistencia del Fondo Monetario Internacional y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

⁴³ n 12, p. 202

La creciente diversidad de fuentes de financiamiento, a raíz de la globalización, exacerba los costos económicos y políticos del “unilateralismo”, disminuyendo de esta forma los incentivos para subsistir con un marco doméstico inflexible⁴⁴.

La discordia puede ser especialmente significativa cuando la aplicación extraterritorial genera costos que deben ser absorbidos por los participantes del sistema.

Una vez más, debe subrayarse que las disciplinas de mercado juegan un rol preponderante en este contexto, ya que muchas veces fuerzan a los integrantes de un sistema financiero a mostrarse deseosos de cumplir con estándares internacionales. De esta manera, no hacen más que enviar señales poderosas al interior y al exterior, incrementando la confianza del público tanto a nivel nacional como internacional.

Conclusiones. ¿Cómo superar la visión unilateralista y concretar la propuesta de modificar la legislación bancaria?

Tal y como hemos podido observar, la labor reguladora que viene desempeñando la autoridad encargada de velar por el sistema financiero encuentra importantes limitantes en el marco legal actual, el cual evidentemente fue concebido y edificado para un mercado -no solo a nivel doméstico, sino a escala global- muy distinto al actual.

Dicho escenario solamente puede ser superado a través de una modificación de la legislación bancaria paraguaya, la que debe configurarse cuanto antes, ya que este presente encuentra al sistema financiero nacional en una etapa de crecimiento exponencial, adecuadamente capitalizado y ávido de insertarse con solvencia en los mercados financieros globales, en congruencia con el excelente andar económico del Paraguay.

Todo parece indicar que es el momento propicio para dar el salto de calidad hacia una legislación bancaria moderna y adaptada a los estándares que delinea la llamada “arquitectura regulatoria financiera” a nivel internacional.

Ello implica mostrarnos proclives a abrazar novedosas cuestiones afines a la globalización, a la interconexión de los mercados financieros, al tiempo de incorporar conceptos como la supervisión basada en riesgos, la regulación transfronteriza y el enfoque de supervisión consolidada.

Naturalmente, los sistemas financieros permanecerán un tanto escépticos y hasta reacios a adoptar estándares internacionales, en la inteligencia de que los mismos no siempre conciben con la realidad nacional.

Sin embargo, para cumplir el anhelo de reformar la legislación debe apelarse a un cambio de paradigmas, lo que incluye pregonar enérgicamente el cambio de la idiosincrasia y mentalidad de muchos de los participantes que día a día empujan la evolución del sector financiero paraguayo.

⁴⁴ n 5, p. 40

La otra opción que se nos presenta es la de mantener el *status quo* y sujetarnos al “unilateralismo” de la ley doméstica, postura que -de ser adoptada- conlleva evidentes costos de diversa naturaleza.

Es aquí donde debe considerarse la cuestión a la luz de la influencia que la regulación financiera –y sus estándares internacionales- ejercen en un sistema financiero cada vez más globalizado.

Desde esa óptica, deben sopesarse primeramente los incentivos y posteriormente debe asumirse que deviene prácticamente imposible darle la espalda al amplísimo caudal de regulación financiera internacional. Por el contrario, el hecho de adoptar estándares internacionales bien podría constituir inclusive un “imperativo del propio interés” para los propios integrantes del sistema financiero paraguayo.

Un sinnúmero de beneficios podrían emanar de un renovado marco legal y las entidades deberían ser las primeras en dimensionar las ventajas que podría traer consigo la adopción de estándares internacionales.

Por supuesto que la aplicación territorial de la ley y la soberanía deben ser respetadas y permanecer incólumes, pero ello no necesariamente implica desconocer la evolución de los mercados financieros y los dictados de la arquitectura regulatoria financiera.

Indudablemente, ha llegado la hora de romper el estancamiento y de alejarnos de la aparentemente placentera zona de confort, de manera a poder avanzar hacia la verdadera consolidación de un sistema financiero solvente, estable, íntegro y -sobre todo- de renombre a nivel internacional.

Para dicho cometido, si bien la autoridad regulatoria -en este caso, el Banco Central del Paraguay- es la que debería impulsar la modificación⁴⁵, los demás actores del ecosistema financiero paraguayo -referentes de entidades bancarias y financieras, así como los demás representantes del sector privado- no pueden ni deben quedar rezagados en esta iniciativa y deben mostrarse abiertos a apoyarla.

De no obrar en tal sentido, incluso podría correrse el peor de los riesgos: que dicha propuesta emerja potencialmente de otros sectores que poco y nada conocen sobre el mercado, con los riesgos que ello podría traer aparejado.

Si se llegase a concretar esta propuesta, el sistema financiero paraguayo seguramente contará con mejores herramientas para distinguirse entre sus pares, demostrando estar a la altura de las circunstancias y poder aspirar a afianzar una economía sustentable e inclusiva, para el bien de la sociedad toda.

⁴⁵ De hecho, la actual Ley N° 489/95 “Orgánica del Banco Central del Paraguay” le confiere a la Banca Matriz la prerrogativa de participar como asesor del Gobierno en todas las modificaciones legales y reglamentarias que puedan incidir en el ejercicio de sus funciones (artículo 4°, inciso g)