

NOTA 46. REGLAS VERSUS DISCRECIONALIDAD EN EL SECTOR FINANCIERO

27 de agosto 2013

1. En la discusión sobre la regulación, que se da en el marco de las políticas públicas, se distingue en general entre la aplicación de reglas y el ejercicio de la discrecionalidad. La esencia de la regla es abstraer, en aras de la claridad y precisión, algunas circunstancias determinantes de todas aquellas que puedan ser relevantes.

Esta dicotomía puede también ampliarse para proponer un trío compuesto por: reglas, estándares y discreción. La administración de las primeras (p.ej. el nivel de capitalización) y en especial de los segundos (p.ej. la cantidad de crédito otorgado que se considera suficiente) comprenden un cierto grado –que puede ser amplio- de discreción.

La aplicación literal o estricta de las reglas no es siempre viable, ya que quienes las diseñan no pueden anticipar el alcance completo de las circunstancias a las que la regla que han establecido se van a aplicar.

Así pues, las reglas no extinguen la discreción, pero sí limitan su ejercicio. En ocasiones una regla laxa o un estándar pueden cumplir mejor con su objetivo (como puede ser la solvencia de un banco u otra institución financiera). Las reglas modifican o ajustan el modo, o el grado, del ejercicio de la discrecionalidad. Un regulador, habiendo emitido una regla, debe mantener la discreción para modificarla o hasta para rescindirla. Puede haber, entonces, una diferencia operativa entre una regulación y una ley¹.

2. La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto una serie de cuestiones relativas a la regulación, la supervisión y la forma en que interactúan las instituciones, los mercados y los gobiernos. Esto ha acarreado un replanteamiento de aspectos tales como la regulación prudencial, la supervisión y, de modo más general, la fragilidad financiera y la consideración de los riesgos que entrañan las instituciones que llegan a ser demasiado grandes para quebrar.

En cuanto a la relación entre las reglas y la discrecionalidad, se advierte un fracaso de la evaluación cuantitativa de los riesgos para evitar una crisis sistémica y que ha llevado a plantear las reglas de Basilea III que son más simples que las anteriores y con algún espacio para la discrecionalidad regulatoria (como son los amortiguadores contracíclicos).

¹ Ver The Becker-Posner Blog, Universidad de Chicago, s/f.

Los aspectos que se plantean hoy, tienen que ver con la preferencia por reglas simples y transparentes que sirvan para estabilizar las expectativas frente a aquellas cuya aplicación por las instituciones financieras y su seguimiento por parte de los supervisores son más complicadas. Además, se cuestiona cómo es que las reglas se asocian con el entorno económico y con la estructura legal e institucional existente. Igualmente, se ha puesto sobre la mesa el debate acerca de la efectividad de la supervisión financiera tanto en sus mismas posibilidades como en cuanto a que se hace de manera independiente de la política fiscal. Incluso se debate sobre el carácter y la naturaleza de la independencia de los bancos centrales.

Una serie de consideraciones surgen en torno a este problema, entre ellas:

- La interacción de los riesgos, las reglas y los incentivos; lo que puede expresarse como la identificación de las externalidades negativas derivadas de las reglas y la discrecionalidad.
 - Los circuitos entre la regulación-supervisión y las crisis bancarias.
 - Escenario de reglas estrictas, sin discrecionalidad pero con aplicación tolerante, en contra de reglas tolerantes, con discreción y aplicación estricta.
 - El dilema entre reglas y discreción en el marco del problema de la inconsistencia temporal de las decisiones.
 - La regulación prudencial aplicada de manera micro o macro.
 - Fragilidad financiera: enfoque en síntomas (resolución de conflictos) o en la enfermedad (prevención)².
3. La regulación en torno a Basilea III o la que se desprende de la Ley Dodd-Frank apunta a la adecuación del capital de los bancos y considera explícitamente tanto las posibilidades del estallido de una crisis, incluso de carácter sistémico, así como la manera de hacer creíble la autoridad de resolución de los reguladores y supervisores. Pero para que esos objetivos se cumplan no se requiere necesariamente de reglas que se impongan a expensas de la discrecionalidad. Las autoridades que ejercen la discrecionalidad pueden replicar las reglas estrictas, por ejemplo, referidas al nivel de apalancamiento de un banco de modo que en principio la discreción puede ser tan efectiva como la regla.

Un problema asociado con la discrecionalidad es lo que se conoce como **captura regulatoria** que es un asunto clave del análisis sobre la teoría y la práctica de la regulación. La captura se da cuando en el proceso de regulación-supervisión se genera una cercanía entre quien regula y quien es regulado y que conduce a una especie de acuerdo (captura). Más significativo, por supuesto, es el caso de la influencia que ejercen las instituciones financieras de tamaño muy grande y que

² Estas cuestiones han sido planteadas por Angelos A. Antzoulatos, Department of Banking and Financial Management, University of Piraeus, Greece.

hacen que la regulación se sesgue, incluso en exceso, a su favor y en detrimento de otros legítimos intereses, como son los de instituciones más pequeñas. Esto puede afectar, finalmente, a los contribuyentes y hasta incidir de modo adverso en el ritmo del crecimiento económico.

Existe también la llamada **captura cognitiva** asociada con la regulación. En este caso, el regulador absorbe por medio de su trabajo y del contacto directo con las entidades a su cargo su visión, sus preocupaciones y temores, sus opiniones y un punto de vista de lo que debe hacerse. Eso, cuando menos, debilita su capacidad de juicio independiente³.

Una “**captura profunda**” del proceso regulatorio por parte de las entidades más grandes del sistema financiero ha tendido a convertirse en un problema muy significativo en el sistema. Para promover una política regulatoria más consistente tiene que actuarse sobre las condiciones en las que se desarrolle una mayor competencia regulatoria, de modo que los resultados obtenidos lleven a una situación más favorable para la industria y el interés público en general. La captura a la que se alude aquí, puede ser también de índole política o hasta ideológica y todo esto pone en evidencia de una manera adicional la contraposición entre reglas y discreción⁴. Por un lado las instituciones quieren menos reglas directas y limitativas, por el otro, están inconformes con la forma de actuar de los supervisores ejerciendo su discrecionalidad o, incluso, su conducta burocrática.

En un entorno de incertidumbre como el que define al régimen económico desde 2008 y al sistema financiero en particular, hay quienes prefieren un marco de compromisos y flexibilidad por encima de la dicotomía entre reglas y discreción. Se requiere estar informado por reglas y principios generales, pero a sabiendas de que su aplicación no puede presentarse con detalles precisos para cada una de las posibles contingencias. Estas seguramente ocurrirán, de modo que se necesita flexibilidad para responder a situaciones que ni siquiera se han pensado.

La flexibilidad debe llevar a condiciones más simples que dependan de los incentivos que motiven a los agentes y las organizaciones en la dirección del comportamiento que se quiere influir. En cambio, las reglas que se están implementando tanto en Basilea III como en Dodd-Frank representan muy altos costos para su cumplimiento.

³ FED of Atlanta, Multimedia. Rules versus discretion, 2013 Financial Markets Conference, An interview with Willem Buiter, chief economist, Citigroup. April 2013.

⁴ Lawrence G. Baxter, Capture in Financial Regulation: Can We Redirect It Toward the Common Good?, 21 *Cornell Journal of Law & Public Policy* 175-200 (2011).