

Comentarios al documento de consulta del Comité de Basilea sobre la “función de cumplimiento en los bancos”: mitigación del riesgo legal

ADRIANA ZAPATA DE ARBELÁEZ

INTRODUCCIÓN

En enero de 2004 el Comité de Basilea sobre Supervisión Bancaria presentó para comentarios el documento de consulta de octubre de 2003 sobre la función de “cumplimiento” –también llamada de “conformidad”– en los bancos.

El documento en mención (en adelante el Documento) corresponde a una materialización del llamado “riesgo legal” que, como sabemos, se encuentra apenas en camino de ser concretado como uno de los componentes del llamado riesgo operacional. El Documento aparece justo en el amanecer de los escándalos financieros que salpicaron la buena reputación de instituciones de reconocida trayectoria, lo que explicaría su alta inspiración anglosajona en cuanto a terminología y estructura. Con seguridad, su publicación abre la discusión y crea el ambiente para la generación de una cultura y atención al manejo del riesgo legal.

El presente escrito busca aportar comentarios a la propuesta y, al mismo tiem-

po, reflexionar sobre el papel que hoy en día juegan instrumentos autoregulatorios del tipo que se analiza, como fuente de obligaciones para las instituciones que los adopten, dentro de un contexto de economías y espacios jurídicos de alcance global.

En forma liminar, conviene recordar que el Comité de Basilea responde a una iniciativa de los países desarrollados orientada a establecer mecanismos para mitigar las crisis del sector financiero, en el entendido de que estos fenómenos no se dan como hechos aislados: una vez presente la crisis en un país, las posibilidades de extensión a otros países de la región como también a economías de otros confines, son altas. Hoy más que nunca esa situación se hace patente como resultado de la enorme articulación e interdependencia entre las economías mundiales.

Se mencionará de pasada que uno de los principales aportes para la conformación de un derecho bancario uniforme data del año 1988, en el marco de una propuesta orientada principalmente a establecer patrones de capital requerido por las instituciones

financieras para poder "encajar" mejor el fenómeno de la crisis.

Basilea I de 1988 se refiere a la determinación de capital adecuado, no ya establecido en función de las captaciones como solía definirse, sino de las colocaciones o activos (relación de solvencia), lo que permite medir el riesgo de

contraparte y, por supuesto, los ingresos requeridos para atender las exigibilidades. El Acuerdo demostró ser un mecanismo útil para el fortalecimiento patrimonial de las entidades, pero con los años evidenció algunas falencias y se reveló la necesidad de profundizar en otros aspectos de la actividad bancaria, todo lo cual desembocó una década más tarde en la propuesta de Basilea II¹, en la que, como sabemos, se definen tres pilares básicos de control, se dan parámetros para la medición del riesgo operativo y se hace una mención fugaz a uno de sus componentes: el riesgo legal.

De acuerdo con LÓPEZ GARAVITO y LÓPEZ ANGARITA², la propuesta de Basilea II se origina en las crisis del sector de la década de los noventa, el desarrollo de los derivados que permiten trasladar al mercado los riesgos antes asumidos por las entidades y la puesta en práctica de nuevas técnicas para administración del riesgo, tales como el VAR y la medición de probabilidades de incumplimiento.

Se llega así a la formulación de los tres pilares y con ellos a la definición de mecanismos más idóneos en la tarea de prevención de las crisis y administración de los riesgos, a saber: 1. Requisitos de capital mínimo, para el cual se introducen modificaciones al esquema original del año 1988, 2. Nuevo enfoque de supervisión que implica que los entes de control puedan contar con instrumentos adecuados de seguimiento a la

gestión de riesgo por parte de las entidades³ y 3. Disciplina de mercado.

Los nuevos esquemas de supervisión constituyen un progreso frente a los anteriores que estaban fundamentados en una visión legalista, "... en criterios absolutos, comunes y obligatorios preestablecidos por el ente de control", para evolucionar hacia un esquema que supervisa "... ya no la aplicación juiciosa de la norma sino la gestión interna de riesgo de crédito llevada a cabo por la entidad financiera de acuerdo con sus propias experiencias, criterios y modelos"⁴. En tal sentido, la supervisión "... se encamina gradualmente ya no a la determinación paternal de las reglas que todas las entidades deben observar de manera homogénea sino que da espacio a la diversidad"⁵.

No es el cometido de este documento indagar sobre los aspectos concretos de Basilea II, más aún cuando sus tópicos han sido objeto de especial análisis y seguimiento en éste y otros foros, particularmente por las áreas de riesgo y crédito de las entidades del sector. De hecho, la adopción de Basilea II está en el orden del día de las discusiones en la Unión Europea y su efecto sobre el sistema financiero latinoamericano ha merecido enjundiosos estudios por parte de Felabán y de las distintas asociaciones de bancos de cada país, en los cuales se pone de presente la inmadurez del sector de la región para adoptarlo en forma inmediata al carecer de suficiente capacidad técnica para construir sistemas internos de medición de riesgo y de historiales largos de desempeño crediticio con relevancia estadística, necesarios para la construcción de sus propios modelos. Para Felabán y la Asociación Bancaria de Colombia, la particular situación de los países en vía de desarrollo hace aconsejable evaluar con cuidado la

aplicación del Nuevo acuerdo para no generar a los países de la región dificultades mayores⁶.

Conviene también indicar que hasta el día de hoy las entidades financieras del país, bajo el impulso de la SBC, han comprometido importantes recursos para crear sus propios sistemas de administración de riesgo crediticio –SARC–. Estando en la fase de seguimiento y calibración de los sistemas, resta esperar que los mismos entren en pleno funcionamiento cuando el momento sea propicio.

El Comité de Basilea ha propuesto estándares para regulación bancaria que responden a la necesidad de crear mecanismos de medición y prevención homogéneos, los cuales alimentan instrumentos de regulación armonizados. Estos estándares son en algunos casos observados de manera obligatoria, como acontece en el llamado Grupo de los 10⁷, al paso que en otros países los mecanismos de intervención se acogen de manera voluntaria, pero con general aceptación como efecto del enorme prestigio de la institución.

El Comité ha sido prolífico en la presentación de documentos, caracterizados ellos por plantear esquemas de regulación de entidades financieras en aspectos bien diversos. Baste simplemente recordar sus papeles sobre control interno (1998), gobierno corporativo (1999), auditoría interna (2001) y manejo y supervisión del riesgo operativo (2003), del cual uno de sus componentes es el llamado riesgo legal, sobre cuyo concepto no profundizó.

Como se indicó, fue a finales de 2003, con publicación en enero de 2004, que se planteó para discusión el Documento sobre función de cumplimiento en bancos, a cuya presentación procedemos. Con todo, nues-

tras primeras reflexiones se orientan a delimitar el concepto de riesgo legal.

I. EL CONCEPTO DE RIESGO LEGAL

En la legislación colombiana aparece el concepto de riesgo legal asociado a la administración del riesgo en operaciones de tesorería. El numeral 6.4 del Capítulo xx de la Circular Básica Financiera y Contable en cuanto al riesgo legal indica:

Las operaciones realizadas deben ser formalizadas por medio de un contrato, el cual debe cumplir tanto con las normas legales pertinentes como con las políticas y estándares de la entidad. Los términos establecidos en los contratos deben encontrarse adecuadamente documentados. La participación en nuevos mercados o productos debe contar con el visto bueno del área jurídica, en lo que respecta a los contratos empleados y el régimen de inversiones y operaciones aplicables a la entidad.

Anotemos que el concepto de riesgo legal no aparece mencionado en las normas sobre el manejo de los riesgos de crédito y de activos y pasivos.

La definición transcrita señala las siguientes responsabilidades: de una parte, el área a cargo debe realizar las operaciones con sujeción a las normas aplicables, sean estas de origen legal o proferidas internamente por la entidad; de otra, la aprobación por las áreas legales del contenido de los contratos y la adecuada documentación de los mismos. Con apego a esta definición, el riesgo legal consistiría en la posibilidad de que las operaciones se realicen rebasando los límites de las normas aplicables o sin un adecuado soporte documental, bien por inexistente, bien por incompleto o sin conformidad con las reglas aplicables.

Para CARDONA, SOTO y GAITÁN el riesgo legal se concibe como aquel que "... surge de las violaciones o no cumplimiento de leyes, regulaciones o políticas prescritas, o cuando no se establecen bien los derechos y obligaciones legales de las partes en una transacción..."⁸.

A partir de estas definiciones, dentro de la noción de riesgo legal podemos distinguir los siguientes aspectos: i) un riesgo legal *a ser sancionado* por incumplimiento de normas y ii) un riesgo legal de *pérdida de derechos* por deficiencias documentales; iii) en adición a las anteriores, consideramos que también cabría agregar un tercer aspecto del riesgo legal, esta vez asociado a la exposición a *pérdidas por litigios en contra* que la entidad afronte a consecuencia de incumplimientos eventuales a sus compromisos contractuales.

Cada uno de estos riesgos expone a la entidad a consecuencias diversas: por lo que concierne al *riesgo sancionatorio*, la consecuencia sería la que económicamente corresponde al monto de la multa o sanción por infracción a las normas aplicables; en el *riesgo de pérdida de derechos*, la imposibilidad de hacer exigibles los compromisos adquiridos por su cocontratante o contraparte; en el *riesgo de litigios en contra*, al importe de las condenas en contra definitivamente impuestas. En adición, debe indicarse que en los tres casos, una vez materializadas las situaciones de riesgo, se podrían generar, además del riesgo financiero, consecuencias adversas en términos de *pérdida de reputación* si la situación trasciende al dominio público.

II. RIESGO LEGAL Y RIESGO DE CUMPLIMIENTO EN EL DOCUMENTO

El Documento de Basilea no define explícitamente el riesgo de cumplimiento como

riesgo legal. Sin embargo, basta con aproximarse a la definición para entender que lo que allí está en juego es precisamente el riesgo legal de las entidades financieras. En el documento de la Banque de France sobre la "Función de cumplimiento en el seno de los establecimientos de crédito y de las empresas de inversión" se indica que la definición del riesgo de no conformidad incluida en el Documento se diferencia del riesgo jurídico por litigios en contra, pues no está referido al enjuiciamiento de los establecimientos por litigios en razón de sus obligaciones contractuales, sino a las consecuencias adversas por la inobservancia de normas que en esencia son de orden público⁹.

En el Documento se define el riesgo de cumplimiento como "el riesgo de sanciones legales o regulatorias, pérdidas financieras o pérdidas de reputación que un banco pueda sufrir como resultado de su incapacidad de cumplir con todas las leyes aplicables, regulaciones, códigos de conducta y estándares de Buena práctica"¹⁰.

La definición de Basilea sobre el riesgo de cumplimiento parece estar más asociada al riesgo sancionatorio que a los riesgos por pérdida de derechos o litigios en contra, según la terminología que hemos adoptado; sin embargo, podemos afirmar que a través del estudio del Documento sobre función de cumplimiento nos acercamos al concepto en una de sus más importantes materializaciones hasta nuestros días.

III. ALCANCE DEL CONCEPTO DE FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO EN EL DOCUMENTO DE CONSULTA DE LA COMISIÓN

El Documento de consulta propuesto por el Comité de Basilea se enfoca en el manejo

del llamado riesgo de cumplimiento (o de conformidad según la traducción francesa del término anglosajón *compliance*), mediante la fijación de políticas, estándares de conducta, seguimiento y control, que eviten que el Banco incurra en él. La gestión que el banco despliega para su prevención es la llamada "función de cumplimiento".

Con el tiempo se ha visto aparecer en las distintas legislaciones algunas manifestaciones puntuales de la función de cumplimiento. En Colombia, por ejemplo, se conocen oficiales de cumplimiento para el SIPLA y para informaciones eventuales ante la Superintendencia de Valores. Estos antecedentes legitiman la propuesta de una figura que no es extraña ya en la práctica financiera, y que antes bien tiene larga tradición en países como Estados Unidos cuyas primeras elaboraciones datan de los años cuarenta¹¹.

El objetivo de la institución es la creación de una instancia poderosa e independiente para que funja como aglutinante de la gestión de cumplimiento sobre las distintas actividades de las entidades financieras. Para el Comité, la función de cumplimiento ha adquirido independencia y autonomía temática a punto que justifica su trato separado de otras figuras existentes en los organigramas de bancos y entidades del sector.

El Documento alude a todas las leyes, regulaciones y estándares aplicables y explica que se trata de aquellos relevantes para la actividad de la entidad. Las diferentes asociaciones han criticado la amplitud del concepto y consideran que la definición de leyes y reglas sólo debería estar asociada a normas referidas a la actividad financiera.

En este sentido se pronuncia la American Bankers Association, para quien la función de cumplimiento debe sólo dirigirse a la prevención del riesgo de incumplimientos materia-

les de las leyes aplicables, pero no de toda ley, sino sólo de aquellas aplicables a instituciones financieras; así mismo, a la prevención del incumplimiento de los estándares de autorregulación y guías relacionadas con dicha legislación, expresiones que prefiere a las incluidas en el Documento ("todos los códigos de conducta y estándares de buenas prácticas"), que considera de gran vaguedad¹².

Para la Asociación Francesa de Bancos resulta excesivo que la definición de riesgo legal incluida en el Documento concierna a aspectos como las leyes laborales o fiscales: "Nos oponemos con fuerza, por razones prácticas, a que se extienda el campo de la definición de la función de conformidad a leyes, reglamentos y estándares que no correspondan estrictamente a la actividad bancaria".

El Institute of International Bankers (IIB) sugiere que la definición de la función de cumplimiento sea reformulada para que sólo se refiera a las leyes y reglamentaciones que gobiernan la actividad bancaria¹³, lo que implica la exclusión de la referencia a códigos y estándares.

Para el IIB, el requerimiento de identificar y en consecuencia aplicar los códigos y estándares, que pueden tener distintas fuentes e ir más allá de lo que normalmente sería legalmente vinculante, podría imponer una carga vaga y excesiva sobre lo que debería ser la función de cumplimiento¹⁴. En tal sentido, la referencia a estándares y códigos debería ser suprimida.

Estos últimos comentarios merecen ser contrastados con la situación en Colombia. En principio, las entidades financieras no son pasibles de la imposición de sanciones que no se originen en la violación de leyes o reglamentos. Valga recordar que fue su-

primida la alusión a violaciones de "reglamento" que, como causal de sanción administrativa, aparecía incluida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en la antigua versión de los artículos 209 y 211. A partir de la reforma introducida mediante Ley 795 de 2003¹⁵, la norma establece como causal de sanción la ejecución de "... actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones".

Lo anterior implica que a la luz de las normas colombianas, no existe exposición a multas y otras sanciones por violación a códigos de conducta; es decir, no son factores que puedan originar riesgo de cumplimiento. Sin embargo, no debe dejarse de lado que, en lo que concierne a éstos, una vez difundidos, se constituyen en compromisos unilateralmente asumidos por la entidad, que generan una expectativa en el tercero que aspira a que esas reglas sean cumplidas y sus modificaciones informadas.

Existe en esta materia el ejemplo de los códigos de buen gobierno adoptados por los operadores del mercado público de valores, que constituyen parámetros unilateralmente adoptados para regir la relación con potenciales inversionistas, normalmente previstos en las normas estatutarias. Pero la adopción de un código de conducta no significa que las normas sean inmodificables: podrán ser cambiadas o suprimidas a condición de respetar los procedimientos de publicidad y difusión, con la misma amplitud que la adopción del código mereció¹⁶, y siempre que no contraríen la norma estatutaria que prevea su

existencia. En terminus prácticos, la supresión de un código de buen gobierno por un emisor le implica que ciertas entidades no puedan realizar inversiones en los papeles que emita y un eventual incumplimiento de sus estatutos en tanto y en cuanto éstos tengan prevista la figura.

En relación con los estándares de la industria, sabemos que corresponden a las mejores prácticas, adoptadas de manera uniforme por quienes están al frente de un determinado negocio o actividad. En cuanto constituyan costumbre mercantil, podrían adquirir un carácter vinculante, dentro de condiciones de fondo y forma legalmente definidas (arts. 3.º y 6.º C. Co.). En nuestro medio, los acuerdos interbancarios pueden asimilarse a estándares aplicables, cuya transgresión no da lugar a la imposición de multas o sanciones por parte de las autoridades de vigilancia y control.

IV. INDEPENDENCIA CONCEPTUAL DEL RIESGO LEGAL FRENTE AL RIESGO DE PÉRDIDA DE REPUTACIÓN Y OTROS RIESGOS

La definición de Basilea no incluye el concepto de riesgo de pérdida de reputación dentro del riesgo operativo; en cambio, sí incluye en éste al riesgo legal¹⁷. A pesar de lo anterior, la definición de riesgo legal establece como una de sus consecuencias, la eventual pérdida de reputación de la entidad. Por lo anterior, para algunos comentaristas, el riesgo de pérdida de reputación debería estar incluido dentro del concepto de riesgo operativo como uno de los componentes que deben ser manejados, al lado del riesgo legal¹⁸.

Según TORTORIELLO, se entiende por riesgo reputacional el que resulta de la

opinión pública negativa sobre los productos o las actividades de una institución, enfocado especialmente a la preocupación de que la publicidad negativa sobre las prácticas negativas y de cumplimiento de una entidad, o sus clientes, sean ellas verdaderas o no, pueda causar una disminución en la base de clientes, litigios costosos, reducción de ingresos o pérdida de confianza en la integridad de la institución¹⁹.

De acuerdo con esta definición, son claras las diferencias que separan un riesgo del otro: el legal (en sus tres aspectos: sancionatorio, de pérdida de derechos y de litigios en contra) está asociado a consecuencias adversas por incumplimientos reales de las leyes y normas aplicables, internas o externas, de obligaciones legalmente adquiridas o por prácticas negligentes en la elaboración de contratos y la documentación de las operaciones, mientras que el riesgo reputacional está asociado al impacto derivado de publicidad negativa por hechos que pueden o no ser reales y que pueden estar asociados a riesgos legales o de otro tipo, por ejemplo, de crédito, de mercado, etc. A diferencia del riesgo legal, el de pérdida de reputación tiene como requisito *sine qua non* la difusión de información en el mercado (clientes, usuarios, inversionistas y público en general) que ocasiona una percepción negativa sobre la conducción de los negocios.

Sin embargo, aunque distintos, es innegable que existe entre ellos una fuerte vinculación, como quiera que el legal puede derivar en un riesgo de pérdida de reputación. Esta vinculación no se observa tan palmariamente entre el riesgo legal y otros riesgos. Veamos.

En el capítulo VI de la Circular Básica Financiera y Contable 100 de la SBC, a pro-

pósito de la gestión de activos y pasivos, se establece la obligatoriedad de medición de tres riesgos: de liquidez, de tasa de interés y de tasa de cambio, cuya tipificación no da lugar a pensar que el riesgo legal esté involucrado: El *riesgo de liquidez* corresponde a la contingencia de pérdidas excesivas por venta de activos a precios inusuales para disponer rápidamente de recursos para cumplir obligaciones contractuales; el *riesgo de tasa de interés* alude a la pérdida de mercado en el valor de la entidad derivada de la variación de la tasa de interés, el cual se incrementa al no existir una adecuada correspondencia entre la estructura de los pasivos y de los activos en cuanto a plazos, montos y modalidades de tasa de interés; el *riesgo de tasa de cambio* atañe a la contingencia de pérdida derivada de las variaciones de la tasa de cambio de las monedas. En estos tres casos, los riesgos corresponden sobre todo a circunstancias exógenas, originadas en razones económicas o de mercado. Ninguno de ellos se ofrece como causa o consecuencia de un riesgo legal.

Por otra parte, en el capítulo XX de la misma Circular 100, al tratarse el concepto de administración de riesgos de operaciones de tesorería, se identifican los siguientes: de crédito y/o contraparte, de mercado y de liquidez. Se mencionan igualmente los riesgos operacional y legal. Además de las operaciones de tesorería, el *riesgo de contraparte* también surge en la actividad crediticia, y se entiende por tal, la posibilidad de sufrir pérdidas por el incumplimiento de los compromisos contractuales adquiridos por los clientes. En este caso, se observa que el riesgo legal puede aparecer asociado al de contraparte en la medida en que la causa del incumplimiento del cliente esté reforzada por deficiencia o carencia de los respectivos contratos. De su

lado, el *riesgo de mercado*, entendiéndolo por tal "la posibilidad de que un establecimiento incurra en pérdidas y disminuya el valor de su patrimonio técnico como consecuencia de cambios en el precio de los instrumentos financieros en los que la entidad mantenga posiciones dentro o fuera de balance", no parece ofrecer vinculación con el riesgo legal, como causa o consecuencia suya. Finalmente, el *riesgo de liquidez*, es decir aquél que surge de la incapacidad de un banco para cumplir con sus obligaciones cuando es debido, sin incurrir en pérdidas inaceptables aunque el banco pueda finalmente cumplir con sus obligaciones, podría derivar en un riesgo legal y un riesgo de pérdida de reputación.

El esfuerzo por establecer vinculaciones entre el riesgo legal y los otros riesgos de la actividad financiera puede ser útil en términos de establecer la necesidad de constituir, como lo propone el Documento, un órgano de gestión autónomo o, por el contrario, concluir que la gestión del riesgo legal (o de cumplimiento en un sentido más estricto), de traslaparse con funciones cubiertas por otras instancias ya existentes al interior de las instituciones, no justifica la creación de una unidad autónoma.

V. ¿INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA GESTIÓN DEL RIESGO LEGAL FRENTE A LA GESTIÓN DE OTROS RIESGOS?

Entendemos por independencia funcional de la gestión del riesgo legal y de cumplimiento la completa separación de otras áreas que dentro de las entidades estén a cargo del control de otros riesgos del negocio, aspecto sobre el cual caben las siguientes reflexiones:

El Documento establece el principio

según el cual la función de cumplimiento debe ser independiente del resto de las actividades del banco (Principio 5). Esta independencia se garantiza permitiendo el libre acceso del encargado de la función a la alta gerencia y la Junta para reportar cualquier irregularidad o incumplimientos identificados con sus investigaciones. Para esto es necesario que el responsable de la función tenga derecho a que por su propia iniciativa pueda comunicarse con cualquier empleado de la entidad y acceder a todos los archivos necesarios para el cumplimiento de su función.

Es claro en todo caso que la independencia que se plantea en el Documento no debe extremarse a tal punto que se convierta en un alejamiento y desconocimiento de las realidades del negocio. El IIB sugiere que entre la función de cumplimiento y el resto de las unidades del negocio exista una "línea punteada", de forma que permita interactuar, especialmente en la gestión cotidiana. De allí que se espere para estas áreas la definición de políticas claras, que incluyan la posibilidad de escalar la discusión sobre los posibles riesgos a las altas jerarquías, la identificación de las áreas que presenten mayor exposición a riesgos legales, en fin, el monitoreo a reportes y sistemas de información.

Puede observarse que las actividades de la función de cumplimiento aparecen vinculadas a las que adelantan las áreas legal, de auditoría interna y de gestión de riesgo operacional. La fijación de una frontera al papel asignado a cada una de ellas no parece tarea fácil, como se verá a continuación. A esta dificultad se agrega otra referida a que la función, tal y como está concebida, deja de lado aspectos como el tamaño y las características del negocio. Surge en primera instan-

cia la duda de si el más llamado a ejecutar la función de cumplimiento no debería ser el área de gestión del riesgo operacional. Esta conclusión parecería imponerse al tener en cuenta que el riesgo legal es parte integrante de aquél: "El manejo de los riesgos, legal, de cumplimiento, estratégico y reputacional es un componente crítico del marco del riesgo operacional"²⁰.

El *staff* encargado de la función de cumplimiento debe tener una especial preparación que no siempre coincide con la que de ordinario ostentan los encargados de la gestión del riesgo operacional, normalmente referido a procesos, personal, sistemas y eventos externos. Podría así admitirse la dependencia de las áreas de riesgo operacional, pero no con las mismas personas.

De su lado, el área legal desarrolla como una de sus más importantes funciones la de asesoría a la organización. De esta manera, suelen estar dentro de sus obligaciones la difusión de normas, su interpretación, la aplicación para casos concretos en el quehacer de la entidad. En todo lo anterior va implícito el compromiso de velar porque la organización se ajuste a estas disposiciones para evitar que ella, sus directivos y administradores, sean objeto de sanciones por incumplimiento de normas. Por estas razones, no es descartable que la función de cumplimiento pueda ser ejercida por las áreas legales, en el entendido de que debe haber una separación entre quienes ejercen la función y quienes asisten a la entidad en la toma de las decisiones, aprobación de la contratación y ejecución de nuevas operaciones.

Otra área muy vinculada a la función de cumplimiento es la de auditoría interna, orientada a velar porque las normas, resoluciones, instructivos y manuales de la en-

tidad sean conocidos y acatados por los empleados de la misma. El Documento precisa que la función de cumplimiento deberá ser objeto de revisiones periódicas por parte de las áreas de auditoría, a fin de probar la efectividad de los controles adoptados para asegurar la función, concluyendo así que las funciones de auditoría y de cumplimiento deben estar separadas (Principio 10). La gestión de las contralorías se desarrolla en forma previa y *ex post*. En el primer modo, la función también enmarca dentro de la definición del Comité sobre la función de cumplimiento. Por esta razón, la Italian Banking Association (ABI) recomienda que la función de cumplimiento se limite a verificar de manera previa la correcta incorporación de las reglas externas dentro de los procedimientos internos de los bancos, sin extenderse a los chequeos posteriores de las conductas observadas en la aplicación de dichas reglas y procedimientos²¹, pues ello ordinariamente corresponde a las áreas de auditoría interna.

También existen hoy en día otras instancias especializadas que desarrollan parcialmente la función de cumplimiento en materias específicas. El caso más notorio es el de las áreas SIPLA, entre cuyas funciones se encuentra la de ejercer actividades tendientes a la prevención del lavado de activos y a evitar el riesgo de transgresión de las normas aplicables en la materia. En este caso es innegable la duplicidad de la función, lo que lleva a sugerir la unión del SIPLA a la función de cumplimiento.

Deben también mencionarse las funciones de áreas como la tributaria, la contable y la de recursos humanos, que ejercen una labor de interpretación normativa y prevención de riesgos por indebida aplicación de sus respectivos estatutos. Una función de

cumplimiento, donde quiera que resulte asignada, debería excluir de su gestión aquellas áreas que como las citadas, ejercen con propiedad y amplios conocimientos la labor de determinación de las normas que los conciernen.

En conclusión, no parecen nítidos los límites que separan la gestión de las áreas de control de riesgo operacional, legal y de auditoría interna, entre otras, frente a la misión que estarían llamados a ejecutar los encargados de la función de cumplimiento, y que de acuerdo con el Documento deben gozar de completa independencia; de allí que sea este uno de los aspectos sobre los cuales convergen las mayores críticas.

Basilea no propone que la función de cumplimiento se adelante únicamente en forma centralizada (Principio 5, par. 23); de hecho, plantea la alternativa de un ejercicio descentralizado, localizado en distintas áreas, lo que permitiría eliminar duplicidad de funciones. Sin embargo, esta descentralización, de no acompañarse de una adecuada delimitación de roles y responsabilidades dentro de cada unidad del negocio podría dar lugar tanto a cúmulos como a vacíos en el manejo del referido riesgo y a pérdida de independencia.

Para la Italian Banking Association (ABI)²², quien se identifica con los principios que inspiran la iniciativa, en tanto se encuentran incorporados en la gestión normal de la banca italiana, el aspecto que requiere mayor reflexión en el Documento es precisamente el relativo a la coordinación que implica la función de cumplimiento entre las áreas o cuerpos que se encontrarían estrechamente vinculadas al mismo, a saber, las áreas de auditoría interna, de riesgo operativo y legal. En otro frente, ABI puntualiza que una revisión conjunta de

otros papeles emanados de Basilea se hace ahora necesaria pues ciertos tópicos son tratados simultáneamente por los otros documentos, lo que dificulta la interpretación y aplicación de los mismos.

La American Bankers Association (ABA)²³ consideró importante alertar a la Comisión para que no se concluya que la función de cumplimiento debe organizarse de una determinada manera. Al efecto, ofrece ejemplos de cómo en la práctica bancaria americana en los bancos de mayor tamaño esta función reporta más a las áreas de riesgo y legal que a la alta gerencia, y en menor medida a las áreas de auditoría.

En otro frente, surgen igualmente críticas relacionadas con la dimensión del área encargada de la función (Principio 5, pars. 24 y 25). Para la Asociación Francesa de Bancos, el Documento no refleja adecuadamente la diversidad de las instituciones financieras en cuanto a su tamaño, organización y tipo de actividad; de forma que, para ellos, no existe una base pertinente de definición o de aplicación de la función.

VI. RESPONSABLES DE LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El Documento asigna a la alta dirección enormes responsabilidades en el seguimiento de la función de cumplimiento. Aparece en primer término la Junta Directiva de la entidad, a quien corresponde la aprobación de las políticas, mediante la adopción de una carta o documento formal que establezca con carácter permanente la función de cumplimiento. Esta responsabilidad de los Directores no se cumpliría a cabalidad si no expresa un claro compromiso de ellos con la promoción de los valores de integridad y honestidad. En este aspecto, el Documen-

to adopta un carácter claramente deontológico.

Basilea prescribe para la Junta Directiva al menos una revisión anual de las políticas y de la forma en que se ha desarrollado la implantación de la función (Principio 1).

La alta gerencia (*senior management*) tiene igualmente un importante papel que jugar. A ella corresponde el establecimiento de la función y el aseguramiento de que se cumpla, so pena de tener que adoptar los correctivos y medidas a que haya lugar; le corresponde igualmente reportar a la Junta sobre el desarrollo de la función e informar si ella continua siendo apropiada para la entidad (Principio 2); finalmente, la alta gerencia debe disponer de los medios y recursos necesarios en orden a garantizar que la función será cumplida (Principio 3).

El desarrollo cotidiano de la función de cumplimiento debe ser adelantado por un titular o responsable, respetuoso de los principios indicados en el Documento (Principio 7). Para el desarrollo de su gestión, la cabeza de la función debe contar con un *staff* con experiencia y cualificación tales que lo habilite para desarrollar sus funciones con efectividad (Principio 8).

VII. EL RIESGO LEGAL COMO RIESGO LOCAL

El riesgo de cumplimiento es ante todo un riesgo local. Tanto el carácter territorial de las leyes y reglamentos, como la actividad misma de las entidades, que al ser desarrollada dentro de un espacio geográfico definido implica la misma extensión para la aplicación de los estándares y buenas prácticas, permiten llegar a esa conclusión.

Sin embargo, para los bancos internacionales el Documento plantea que la es-

tructura de la función debe garantizar que el cumplimiento de las normas locales responda a las políticas de cumplimiento del banco como un todo (Principio 9). Este postulado alude a un deber de coordinación de la función, pero también de consistencia con los requerimientos locales (Principio 9, par. 34).

Parte de las preocupaciones sobre la orientación del Documento en relación con la operación bancaria internacional la expresa la IIB, al indicar que la función de cumplimiento, que parece estar en él asimilada a un "departamento de cumplimiento", supondría contar con un *staff* al rededor del mundo, reportando a una sola cabeza, lo que luce difícil para la ejecución de la función, costoso y quizá innecesario²⁴. Y es que, en efecto, definido el carácter local del riesgo de cumplimiento, todo apunta a que las estructuras de cumplimiento de cada país deban depender de la alta dirección local, más si se tiene en cuenta que están en mejor posición de conocer e interpretar el contenido de las normas.

VIII. ALCANCE DEL DOCUMENTO PARA DISCUSIÓN EN LA PERSPECTIVA DE UN MARCO REGULATORIO DE ALCANCE GLOBAL Y CONCLUSIONES

En épocas anteriores, la noción del Estado liberal aparecía asociada al monopolio de la producción normativa: sólo de él emanan las normas generales, impersonales y abstractas, a cuyo imperio también el Estado se encuentra sometido. Las teorías positivistas y el formalismo jurídico responden a esta concepción.

En una fase posterior, el papel del Estado en la formulación del Derecho evoluciona hacia una definición de los contenidos

normativos, orientada por una intención regulatoria y de corrección de imperfecciones del mercado: el *estado del bienestar* se concibe dentro de una óptica de intervención que garantice los postulados económicos de pleno empleo y eliminación de la pobreza sobre los cuales descansa. El derecho debe nutrirse de elementos extrajurídicos para completar sus contenidos, y es así como los sociales y económicos, entre otros, vendrán a integrar las normas. En esta concepción, lo jurídico está definido por el contenido material antes que por la forma de su creación.

Esta aproximación al Derecho (que responde a postulados keynesianos en lo económico), tiende ahora a ser desplazada por una concepción restrictiva del papel del Estado en la formulación de las normas. Se parte de reconocer que el Estado no logra penetrar con sus disposiciones todos los espacios de la sociedad y de allí que dentro de los determinados subsistemas de la misma, se permita a los actores la formulación de normas o contenidos de autorregulación. En este caso, las normas dejan de tener origen estatal exclusivamente, para ser producidas y aplicadas también por los propios operadores. Piénsese en el caso de las prácticas que emanan de las operaciones de los conglomerados o en las adoptadas por las asociaciones de profesionales, tales como los acuerdos interbancarios. En ese escenario, la orientación de las normas de origen estatal, tendrá la finalidad de facilitar que dentro de la sociedad los distintos operadores interactúen de manera adecuada: estas normas se caracterizan entonces por tener una gran flexibilidad, de manera que los operadores autolimiten sus comportamientos para que el equilibrio dentro del sistema no se pierda o se recupere si se ha

alterado. El papel del Estado dentro de esta concepción pierde protagonismo en beneficio de los subsistemas locales, pero sobre todo frente a los sistemas de alcance internacional, cuyo desarrollo está favorecido por la tendencia hacia economías abiertas, interdependientes y globales.

En ese contexto, los subsistemas (tal y como el financiero) necesitan de una autonomía que acaba siendo autorregulada. Aparecen así estándares de la industria, de buen gobierno, en fin, códigos de deontología, en respuesta a la necesidad de armonizar las prácticas comerciales y los enfoques de supervisión, establecer mínimos de gestión en orden a mitigar la exposición a los riesgos de la actividad, pero también al control de la ética de las entidades.

En un ambiente de negocios internacionalizado, interdependiente y en buena medida deslocalizado, la necesidad de conductas homogéneas para los operadores parece justificarse. Sin embargo, ni los riesgos ni las condiciones que los desencadenan se viven del mismo modo en todas las latitudes. Por ello se hace necesaria la adaptación de los documentos y demás iniciativas del Comité de Basilea, a fin de tener en cuenta dichas variables. En el caso de Documento sobre la función de cumplimiento, muchos factores en cada país entrarán en consideración al momento de definir las estructuras encargadas de la función.

Está visto que el Documento ha sido ampliamente comentado por todas las asociaciones, con miras a introducir en él cambios que van desde optar por la formulación de principios en lugar del diseño de una función como está propuesto, hasta discutir si la función debe referirse sólo a leyes y reglamentaciones, o incluir los códigos de conducta y los estándares.

Estamos pues frente a una propuesta que encaja dentro de las tendencias modernas de autorregulación, conveniente para la industria y para los clientes y usuarios de la misma, en proceso de ser definida y más lejos aún de poder ser cuantificada a través de modelos de medición. La importancia de los temas que aborda, en particular en un país en el que el riesgo legal también se origina en la inseguridad derivada de una caracterizada inestabilidad jurídica e interpretativa de las normas, amerita un pronunciamiento de los destinatarios. Debemos entrar en la discusión.

- 1 Sin embargo, antes de la propuesta de 1998, el Acuerdo de capital fue objeto de otras modificaciones en los años 1991 y 1996. Cfr. NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA. *Cátedra de derecho bancario colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Legis, 2004, pp. 127 y ss.
- 2 LUIS FERNANDO LÓPEZ GARAVITO y DAVID FERNANDO LÓPEZ ANGARITA. *Estrategias de regulación financiera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 172 y ss.
- 3 MARIO HUMBERTO BAQUERO HERRERA. "SARC o no SARC, he ahí el dilema", *Contexto*, Revista de Derecho y Economía, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 100 y ss.
- 4 *Ibíd.*, p. 104.
- 5 *Idem.*
- 6 Comentarios a la propuesta de Acuerdo de Basilea. Resumen de las principales conclusiones del foro organizado por la Federación Latinoamericana de Bancos, la Asociación Bancaria de Colombia y la Facultad de Administración de empresas de la Universidad de los Andes.
- 7 El Grupo de los 10 está integrado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Reino Unido, Suecia y Suiza.
- 8 FEDERICO CARDONA MUÑOZ, FABIO LEÓN SOTO ARROYAVE y DIEGO GAITÁN PEÑA. "Evaluación de riesgos de la actividad financiera en Colombia basados en el acuerdo de Basilea". Tesis para optar por el título de especialista en Revisoría Fiscal y Auditoría Internacional. Facultad de Contaduría Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26.
- 9 Banque de France. *La fonction de conformité au sein des établissements du crédit et des entreprises d'investissement* [www.banque-france.fr.archivo:étude2.pdf], p. 165.
- 10 En el texto en inglés: "... the risk of legal or regulatory sanctions, financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply with all applicable laws, regulation, codes of conduct and standards of good practice (together, "laws, rules and standards)". En *The compliance function in banks. Consultative Document*, Basel Committee on Banking Supervision, october 2003, par. 2.
- 11 En países como Francia la función está tipificada desde 1997; en Bélgica desde el 2001, en terminus similares a la concepción de Basilea.
- 12 American Bankers Association. Comentarios de JOHN J. BYRNE. *The compliance Function in Banks*, New York, January, 28, 2004.
- 13 Insitute of International Bankers. Comentarios de LAWRENCE R. UHLICK. *Consultative Document on the Compliance Function in Banks*, New York, January, 2004, p. 2.
- 14 *Idem.*
- 15 Y sin duda en razón de la Corte Constitucional. Sentencia C-1161 de 2000.
- 16 Cfr. Superintendencia de Valores de Colombia. Resolución 275 de 2001.
- 17 "Strategic and reputational risk is not included in this definition...": *Operational Risk. Consultative Document*. Basel Committee on Banking Supervision, Basel, January 2001, par. 6.
- 18 ROBERT L. TORTORIELLO, Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. Basel II, Including U.S. and Global Implementation Issues. Institute of International Bankers Seminar, New York, julio de 2004, p. 3.
- 19 *Idem.*
- 20 *Ibíd.*, p. 10.
- 21 Italian Banking Association. *Position Paper of the Italian Banking Industry on the Basel Committee document "The compliance function in banks"*, p. 4.
- 22 *Ibíd.*, p. 3.
- 23 American Bankers Association. Comentarios de JOHN J. BYRNE. *The Compliance Function in Banks*, enero de 2004, p. 2.
- 24 Institute of International Bankers. Comentarios de LAWRENCE R. UHLICK, cit., p. 2.

