

Gobierno Corporativo una estrategia complementaria del Riesgo Legal



Luis Humberto Ustáriz González



Cláusula de Propiedad Intelectual: Este documento contiene material, ideas, y conceptos que son propiedad de Ustáriz & Abogados Estudio Jurídico. El Contenido de esta presentación no debe ser reproducido total o parcialmente por ningún medio, ni distribuido a nadie externo sin previo consentimiento de Ustáriz & Abogados Estudio Jurídico.



Swaps Index Linked to JPMorgan

The [JPMorgan Chase & Co. \(JPM\)](#) unit responsible for at least \$2 billion in losses on [credit derivatives](#).

Traders are pushing the older gauge wider as they wager it's one of the bank's positions contributing to the loss after its chief investment office took flawed positions in [credit derivatives](#), wagers that were "poorly monitored," according to JPMorgan Chief Executive Officer [Jamie Dimon](#). The index expiring in December 2017 jumped 13 basis points to 139.75 on May 11, the day after Dimon disclosed a \$2 billion trading loss in synthetic credit. It's climbed from 111.7 on March 30.

Swaps Index Linked to JPMorgan

“It would not be normal to book it at levels that were better than the dealer desk,” said Peter Tchir, founder of New York-based hedge fund TF Market Advisors. “That would strike me as a very big issue.” Bloomberg News first reported April 5 that Iksil had built positions that were so large he was driving price moves in the \$10 trillion market for credit-swap indexes.

Swaps Index Linked to JPMorgan

About a week later, on a conference call to announce quarterly results, Dimon, 56, called news about the trades a “**complete tempest in a teapot.**” On the May 10 conference call briefing analysts on the \$2 billion trading loss, Dimon said the trades, which he said initially had been a hedge against the bank’s credit exposure, turned out to be “**riskier, more volatile and less effective as an economic hedge than we thought.**” “We were reducing that hedge,” he said. “**But in hindsight, the new strategy was flawed, complex, poorly reviewed, poorly executed and poorly monitored.**”



ADAM SMITH

La Riqueza de las Naciones

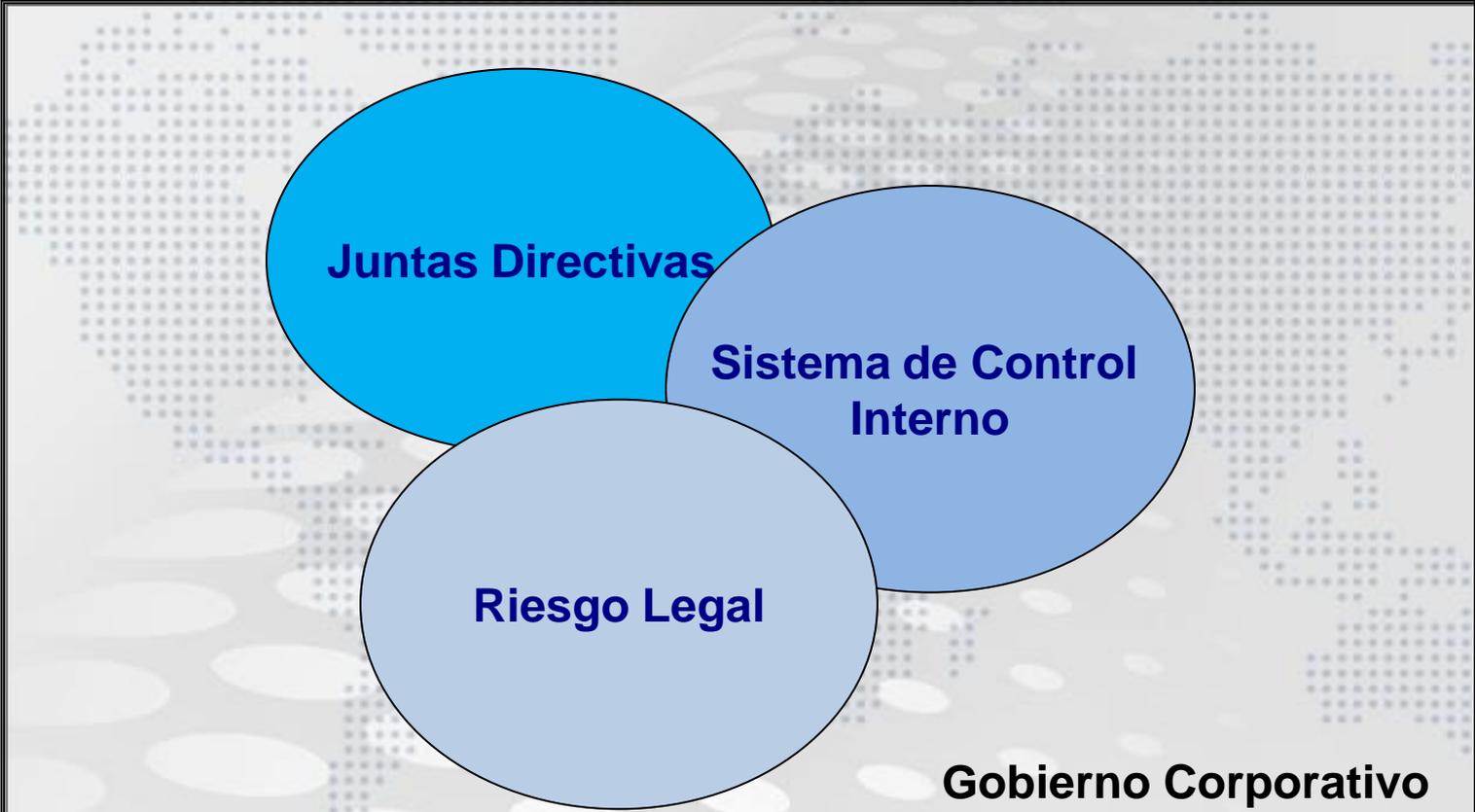
No es la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero lo que nos procura nuestra cena. No nos dirigimos a su humanidad sino a su propio interés, y jamás les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ventajas.

La Teoría de los Sentimientos Morales

Por más egoísta que se pueda suponer al hombre, existen evidentemente en su naturaleza algunos principios que le hacen interesarse por la suerte de otros, y hacen que la felicidad de éstos le resulte necesaria, aunque no derive de ella nada más que el placer de contemplarla.

Warren E. Buffett

Managers are stewards of shareholder capital. The best managers think like owners in making business decisions. They have shareholder at heart.



The diagram consists of three overlapping circles within a rectangular frame. The top-left circle is bright blue and contains the text 'Juntas Directivas'. The top-right circle is a lighter blue and contains the text 'Sistema de Control Interno'. The bottom circle is also a light blue and contains the text 'Riesgo Legal'. The text 'Gobierno Corporativo' is positioned at the bottom right of the frame. The background of the frame has a pattern of small dots and larger light blue ovals.

Juntas Directivas

**Sistema de Control
Interno**

Riesgo Legal

Gobierno Corporativo

Se podría anotar que el Gobierno...

Implica PODER y el propósito de cualquier sistema de Gobierno es determinar cómo se distribuye y se ejerce el PODER.

En una institución financiera dicho poder recae en la Junta Directiva...

Y una fuerte e independiente Junta Directiva es el cimiento en el que el Gobierno Corporativo debe fundarse.

Se dice del Gobierno Corporativo que....

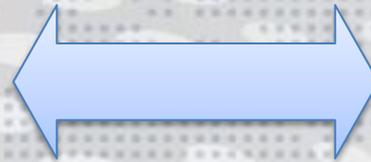
- Es el mecanismo a través del cual el poder de los administradores es monitoreado en interés de la sociedad y de los accionistas.
- Es el sistema con que las sociedades cotizadas son eficazmente administradas y controladas.
- Es el instrumento fundamental para atender el vertiginoso desarrollo de los mercados financieros, incluyendo estándares contables y sistemas uniformes de auditoría.

Pero ésta perspectiva suele resultar excesivamente teórica, en la cual se toma como punto de referencia la legislación extranjera que poco o nada tiene que ver con la la realidad del país, de empresarios e inversionistas.

El buen gobierno corporativo no asegura empresas exitosas, pero sí procura una administración honesta, leal, transparente, profesional y consciente de los riesgos que enfrenta la compañía.

Características

- **Contabilidad adecuada**
- **Revelación de información y transparencia**
- **Independencia de la Junta Directiva**
- **Igual tratamiento entre los accionistas**
- **Conducta ética y liderazgo**
- **Responsabilidad social**



Instrumentos

- **Junta Directiva**
- **Comité de Auditoría**
- **Comité de Administración de Riesgo (crédito, liquidez, operativo)**
- **Vicepresidente de Riesgos**
- **Auditoría Interna**
- **Auditoría Externa**

El Gobierno Corporativo en el Sector Financiero...

Debe responder a un apropiado y efectivo marco legal, regulatorio e institucional.

Una variedad de factores que comprenden las leyes propias del marco de los negocios, los estándares de contabilidad y transparencia, pueden afectar el buen desarrollo del mercado financiero.

Otros aspectos

Al concepto de eficiencia y competitividad de las entidades y negocios.

Poderes de las minorías, delegaciones de voto, relaciones entre grupos, pactos sociales, transparencia y valor.

En una organización que asume riesgos, es difícil separar el best practice Risk Management del best Practice Corporate Governance...

Una organización eficiente debe asegurar los roles y responsabilidades de cada mecanismo de riesgo dentro de una unidad de negocios

Responsabilidad

Lo fundamental es que la Junta Directiva desarrolle un claro entendimiento de la estrategia de negocios, los riesgos y las recompensas

+

Alternativas de Risk Management:

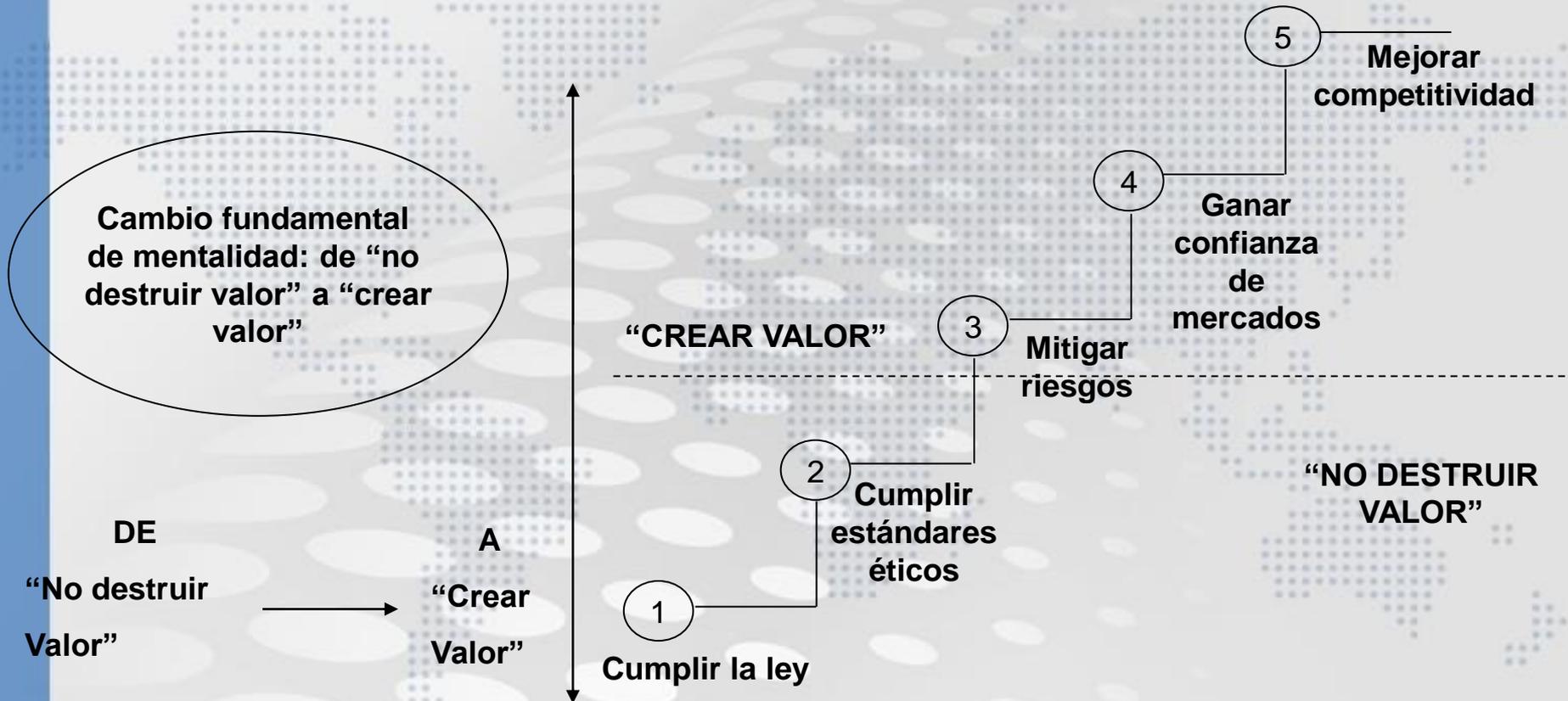
1. Evitar el riesgo
2. Transferir el riesgo
3. Mitigar el riesgo
4. Aceptar el riesgo

+

El rol de la Junta

Asegurar que la entidad cuente con los mecanismos adecuados para asumir el riesgo y para alinear esto con los intereses de los accionistas.

Etapas en el Desarrollo del Gobierno Corporativo



Importancia de la responsabilidad frente a los depositantes

- El funcionamiento adecuado del sector bancario y de la economía en general, exige que las entidades financieras mantengan la confianza de los ahorradores y depositantes.
- El Gobierno Corporativo facilita el autocontrol de la gestión y una adecuada gestión de riesgos.
- Una falla en la confianza del público puede tener cualquiera de las siguientes consecuencias:
 1. Un retiro masivo de fondos, con la consecuente crisis de liquidez para la entidad o entidades afectadas.
 2. Si la situación de iliquidez no puede solventarse, podría llegarse a una quiebra bancaria, con la necesaria afectación de los depositantes y ahorradores.
 3. Un riesgo sistémico.

Principales Pronunciamientos Del Comité De Supervisión Bancaria De Basilea En Temas De Gobierno Corporativo De Las Entidades Financieras

- **ENHANCING BANK TRANSPARENCY;** La transparencia en la información como pilar para un gobierno corporativo eficaz y la disciplina de mercado. (septiembre de 1998).
- **ENHANCING CORPORATE GOVERNANCE FOR BANKING ORGANIZATION:** Guía para los Supervisores Bancarios con el fin de incentivar el buen gobierno corporativo. (septiembre de 1999). Se fundamentó, en los principios señalados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
- **LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN LAS ORGANIZACIONES BANCARIAS:** Señala principios indicativos para mejorar el marco del Gobierno Corporativo, los cuales deben adecuarse al tamaño, importancia económica, perfil de riesgo de cada Banco y del Grupo al que este pertenezca. (febrero de 2006).

Principales pronunciamientos del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en temas de Gobierno Corporativo de las Entidades Financieras

Principios especializados de Gobierno Corporativo por parte del Comité de Supervisión de Basilea, los cuales están orientados a la administración y al control del propio banco, de suerte que esto se traduzca en una disciplina de mercado independientemente de que los bancos coticen o no en Bolsas de Valores.

De los principios a los cuales estamos haciendo mención, cinco (5) se dirigen a la Junta Directiva de manera exclusiva; dos (2) a la Junta directiva y a la Alta Gerencia; y uno (1) relativo al principio de transparencia aplicable en una entidad financiera.

En los principios orientados a la Junta Directiva se establece lo siguiente:

Principio 1. Los miembros de la Junta Directiva deben aportar su aptitud y capacidad para cumplir sus deberes;

Principio 2. Los miembros de la Junta Directiva deben explicar los objetivos estratégicos y los valores corporativos del banco y comunicarlos dentro de la entidad y supervisarlos;

Principio 3. Los miembros de la Junta Directiva deben establecer y hacer cumplir las líneas claras de responsabilidad en todo el banco;

Principio 4. Los miembros de la Junta Directiva deben asegurar que realizan un seguimiento adecuado a la alta gerencia;

Principio 5. Los miembros de la Junta Directiva deben servirse del trabajo de la revisión interna, de la auditoría interna y de los controles internos para asegurar un adecuado cumplimiento de las normas al interior y frente a terceros (Compliance y Contralor Normativo);

En los principios orientados a la Junta Directiva y la Alta Gerencia se establece lo siguiente:

Principio 6. Los miembros de la Junta Directiva y la Alta Gerencia deben establecer de manera conjunta una política y práctica retributiva de los bancos;

Principio 7. Los miembros de la Junta Directiva y la Alta Gerencia deben establecer la estrategia empresarial, el cumplimiento, así como la gestión del riesgo.

En el principio orientado a la Transparencia se establece lo siguiente:

Principio 8. El principio de transparencia orientado a la actividad y a la estructura operativa del banco o grupo bancario en el desarrollo del objeto social.

Recomendaciones del Comité de Basilea:

1. La supervisión bancaria debe dar a los bancos una guía corporativa para el buen Gobierno Corporativo y para su puesta en práctica.
2. La supervisión bancaria debe contemplar el buen Gobierno Corporativo como una parte de la protección de los depositantes.
3. La supervisión bancaria debe decidir si el banco busca un buen Gobierno Corporativo y si lo pone en práctica de manera eficaz.
4. La supervisión bancaria debe evaluar la calidad de las funciones, de evaluación y control del banco (interna o externa v.gr. Compliance y Contralor Normativo).
5. La supervisión bancaria debe evaluar el impacto de la estructura bancaria del grupo bancario.
6. La supervisión bancaria debe indicar al consejo de administración y a la alta gerencia los problemas que ha descubierto en la supervisión bancaria.

Conclusiones preliminares

El centro de gravedad del buen Gobierno Corporativo pasa por la fijación y control de la estrategia empresarial y de las políticas empresariales, así como en la gestión de riesgos y en el control de los mismos, aspectos que se verán reflejados en la relación de solvencia de la entidad y en la percepción de riesgo del mercado.

Conclusiones preliminares

Los ocho (8) principios anteriormente expuestos, propenden por “la protección del inversor y la protección funcional o institucional, también a la protección de los depositantes y protección de la supervisión bancaria. Tales principios establecen exigencias a la Junta Directiva y al consejo de vigilancia, entre otros, la aptitud, la independencia y la organización interna.

Implementación

Basilea 2

Pilar I
Requisitos de
Capital

Pilar II
Revisión del
Supervisor

Pilar III
Disciplina del
Mercado

Diseño

Infraestructura Integral de Riesgo

Estrategias,
Límites y RM

Estructura
organizacional,
Gobierno
Corporativo y
recursos
humanos

Establecimiento
de procesos
para manejo
del negocio

Recopilación
de Datos y
diseño de
presentación
en la
información

Fijación de
metodología
de medición
de riesgo

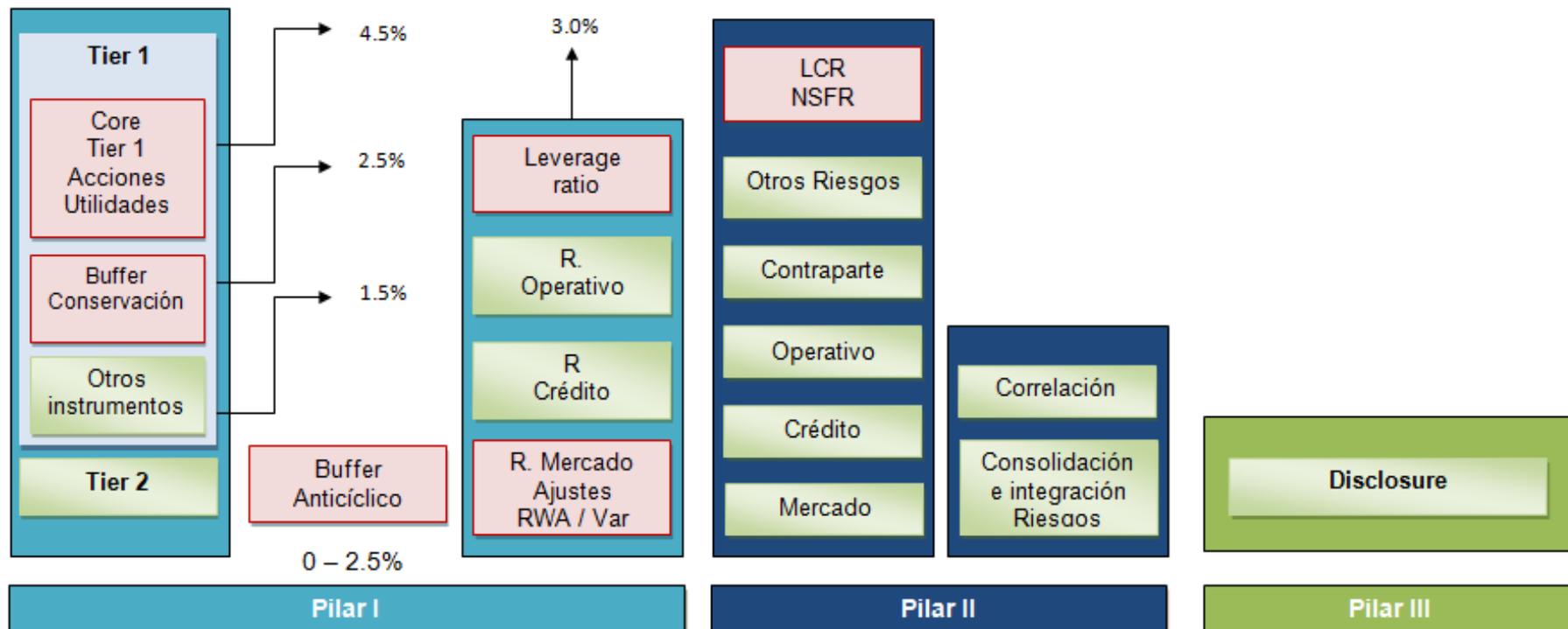
Soluciones
tecnológicas

Diagnóstico

CORPORATE GOVERNANCE

Basilea III

Nueva estructura de los pilares



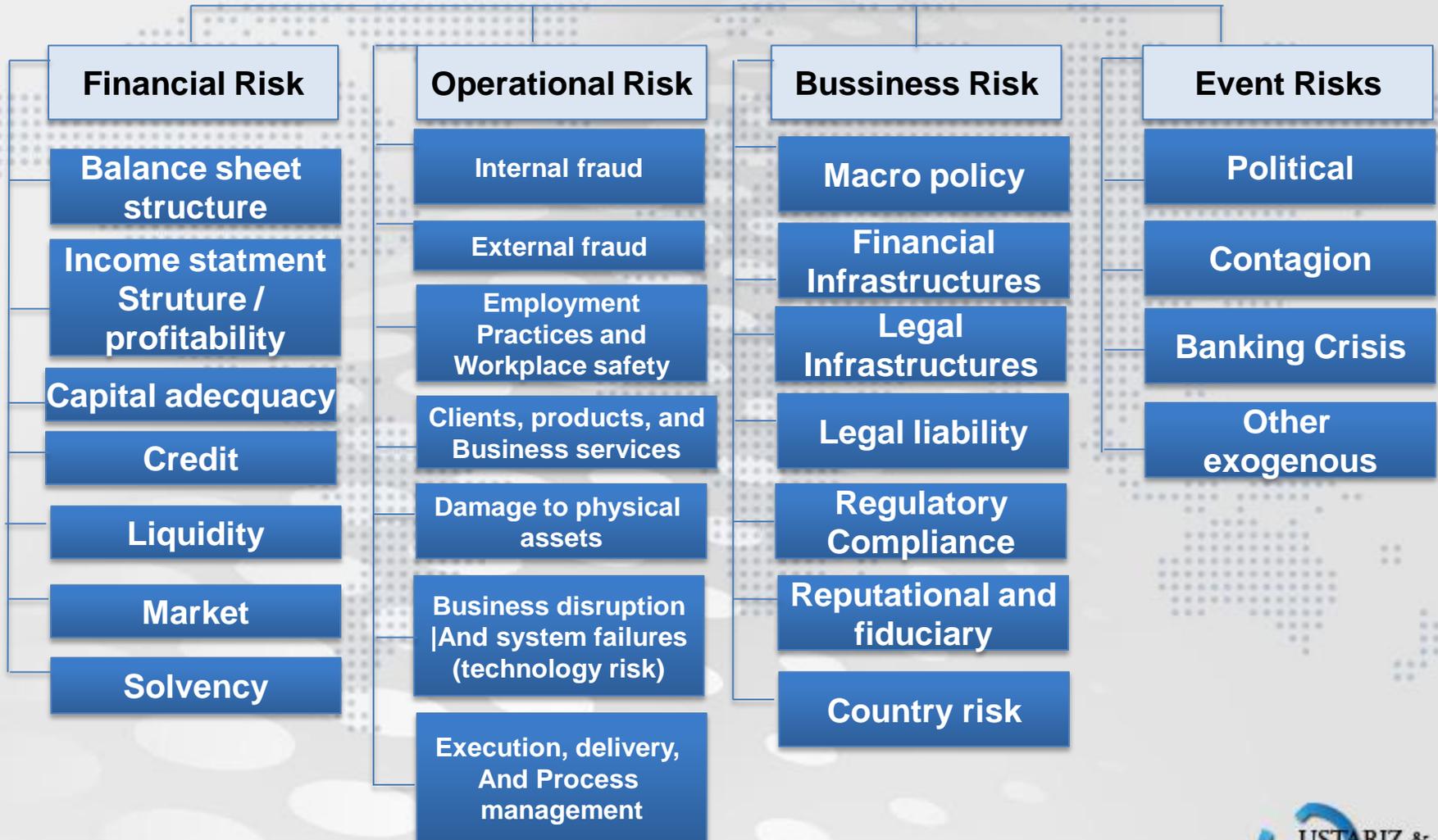
Los destacados en rojo son los nuevos elementos Basilea III

Fuente: Torres, Luis Alfonso. (2011). Brechas para la implementación de Basilea III en Colombia. Revista Carta Financiera, 155, 22-30.

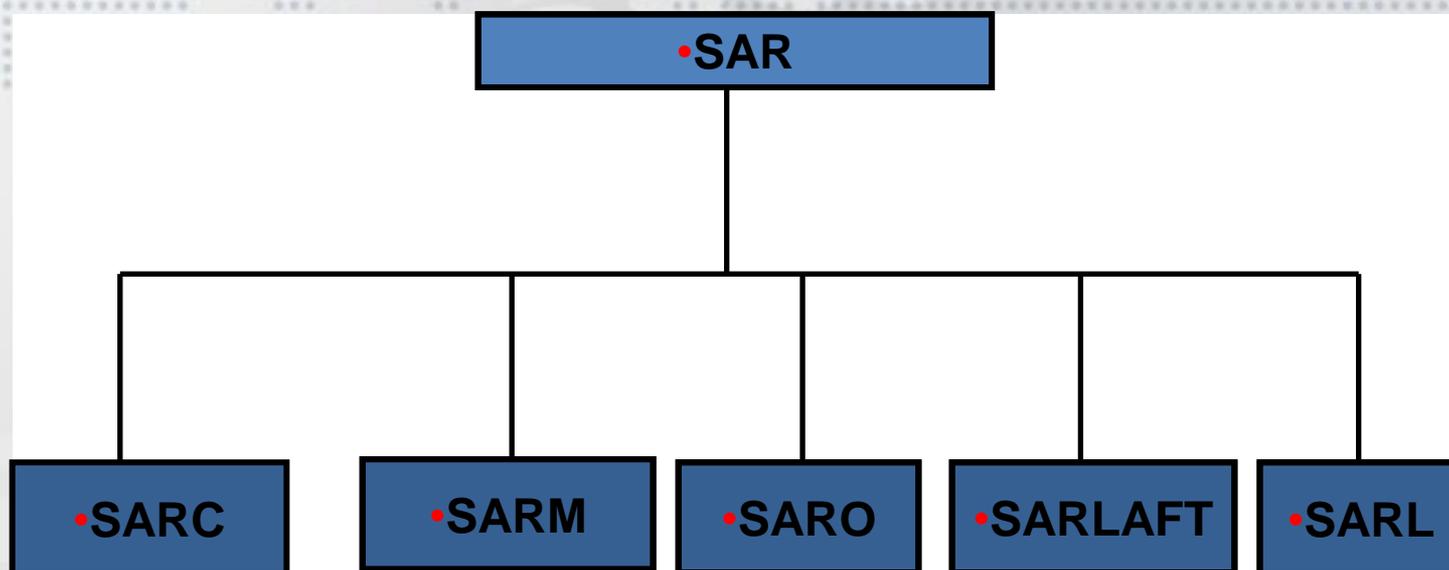
El Gobierno Corporativo un elemento del Sistema de Control Interno

- Falta de un adecuado seguimiento por parte de la dirección, y una adecuada atribución de responsabilidades a la alta dirección y carencia de cultura de control dentro de los bancos.
- Inadecuado reconocimiento y valoración del riesgo en algunas actividades bancarias.
- Ausencia o insuficiencia, de ciertas estructuras de control tales como la segregación de tareas, sistemas de aprobación, verificación y de reconciliación, y revisión y de reconciliación, y revisión del desempeño de operaciones.
- Inadecuada comunicación entre los diversos niveles gerenciales del banco, especialmente por lo que se refiere a la elevación de problemas a los escalones superiores.
- Programas de auditoría, y demás actividades de seguimiento, inadecuados o ineficaces.

Banking Risk Exposure



Gobierno Corporativo y la Administración de Riesgos



Responsabilidad de la Junta Directiva



PIRAMIDE JURIDICA DE RESPONSABILIDAD



Riesgo Legal

Es el riesgo de pérdida debido a la inesperada aplicación de una ley o reglamento, por el potencial incumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales, porque un contrato no se puede hacer cumplir, o porque un contrato puede ser inejecutable, o porque presenta fallas en la formalización y constitución de garantías, porque no es válido, o por la expedición de resoluciones administrativas o judiciales desfavorables.

DEFINICIÓN RIESGO LEGAL

- Comité de Basilea: “El riesgo legal incluye, pero no está limitado a, exposiciones a multas, sanciones, o daños punitivos resultantes de acciones de los supervisores al igual que arreglos privados”.
- UNIDROIT: “El riesgo legal igualmente se refiere a una situación en la que las leyes aplicables no proveen una solución predecible y sólida”.
- International Bar Association: “El riesgo legal es el riesgo de que una institución sufra pérdidas como consecuencia de (a) una transacción defectuosa; o (b) la presentación de una demanda (incluyendo la contestación de una demanda de reconvencción) u otro evento que ocurra y que resulte en responsabilidad de la institución u otra pérdida; o (c) el no tomar las medidas necesarias para proteger los activos propiedad de la institución; (d) un cambio en la ley”.

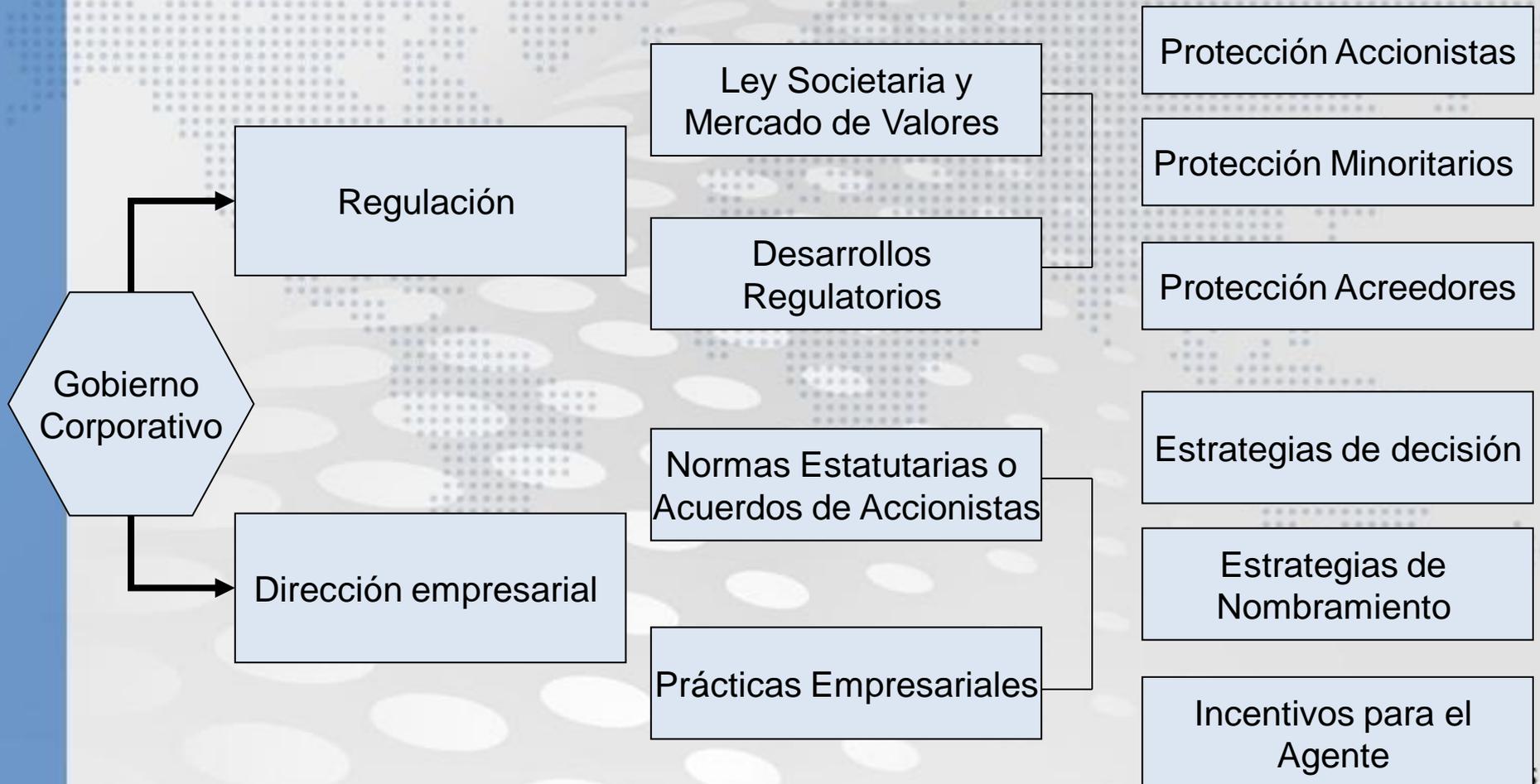
DEFINICIÓN RIESGO LEGAL

- **Superintendencia Financiera de Colombia:** “Es la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales. El riesgo legal surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones.”
- **Comisión Nacional Bancaria y de Valores de México:** “El riesgo legal se define como la pérdida potencial por el incumplimiento de las disposiciones legales y administrativas aplicables, la emisión de resoluciones administrativas y judiciales desfavorables y la aplicación de sanciones, en relación con las operaciones que las Instituciones llevan a cabo”

DEFINICIÓN RIESGO LEGAL

- **Otras Definiciones:**
 - a. **“El riesgo legal es usualmente entendido, principalmente, como el riesgo de pérdidas (i) como resultado de que la documentación de una transacción no tenga los efectos que una o más de las partes quería (ii) como resultado de requerimientos en contra (involucren o no litigios)”.**
 - b. **“El riesgo es la combinación de la probabilidad de ocurrencia de un evento y sus consecuencias. Un riesgo es un riesgo legal, si su fuente involucra una norma legal. Por lo tanto, el riesgo debe ser una manifestación del detrimento potencial que podría producir una norma. Tanto la incertidumbre legal como la fáctica pueden influenciar el riesgo legal”.**

Fuentes del Gobierno Corporativo





PILARES RIESGO LEGAL

- a. El riesgo de que una institución financiera sufra pérdidas.**
- b. Sanciones del Estado. Pago de multas, decisiones administrativas, daños e indemnizaciones.**
- c. Casos entre particulares. Imposibilidad de ejercer el derecho de percibir algún pago que se esperaba o la pérdida de un activo o del derecho a explotarlo.**
- d. Litigios. Pérdida de litigios judiciales o arreglos privados.**
- e. Otros aspectos. Incertidumbre legal en estricto sentido o en incertidumbre fáctica.**

CLASES DE RIESGO LEGAL

a. Riesgo en la documentación, en la legislación y en la capacidad:

- En la documentación: Cuando se origina por, entre otros, (i) errores, o (ii) inexistencia de los documentos necesarios para respaldar una transacción.
- En la legislación: Cuando se origina debido a que las normas aplicables (i) prohíben una operación, (ii) limitan los efectos de una cláusula o acuerdo, (iii) no son claras con respecto a los efectos que un acuerdo podría llegar a tener o a la posibilidad de exigir su cumplimiento judicialmente, o (iv) se prestan para que haya errores en su interpretación.

CLASES DE RIESGO LEGAL

- **En la capacidad:** Cuando se origina debido a la falta de capacidad o de poder legal de (i) Una persona (normalmente jurídica), para desarrollar una determinada actividad o negocio, o (ii) de una persona para vincular jurídicamente a otra (v.gr un representante legal o apoderado excede sus facultades).

CLASES DE RIESGO LEGAL

b. Incertidumbre legal y fáctica:

Es posible distinguir entre (i) El riesgo legal generado por incertidumbre fáctica y (ii) El riesgo legal generado por incertidumbre legal.

c. Tipo 1 y Tipo 2: El tipo 1 es el riesgo de ser (i) demandado (ii) sujeto de una acción o procedimiento en contra o (iii) la ejecución de una actividad que da lugar a responsabilidad civil extracontractual. Mientras que el Tipo 2 es el generado por errores o defectos en la forma en que una transacción es llevada a cabo.

En suma el Gobierno Coporativo en el sector financiero debe responder a...

A una estrategia en la cual el éxito y la contribución de los individuos sea adecuadamente medido en función del riesgo que se asume.

Establecimiento y cumplimiento de responsabilidades, contabilidad apropiada y mecanismos de delegación de riesgo.

Sistemas adecuados de control y procesos funcionales.

Valores corporativos, códigos de conducta, manejo de conflictos de interés y de filiales.

Transparencia en la información que se transmite al público.

Compensaciones, promociones y sanciones para toda la organización.

ADAM SMITH

En la carrera hacia la riqueza, lo honores y las promociones, el hombre podrá correr con todas sus fuerzas, tensando cada nervio y cada músculo para dejar atrás a todos sus rivales. Pero si empuja o derriba alguno, la indulgencia de los espectadores se esfuma. Se trata de una violación del juego limpio, que no podrán aceptar.

MUCHAS GRACIAS



www.ustarizabogados.com

