

**ASOCIACION DE BANCOS COMERCIALES DE LA REPUBLICA DOMINICANA (ABA)
COMITÉ LEGAL**

**DOCUMENTO DE POSICION: PROYECTO DE MODIFICACION REGLAMENTO DE
GOBIERNO CORPORATIVO**

El 05 de noviembre 2014 fue publicado a consulta pública, por un período de treinta (30) días, el Proyecto de Modificación al actual Reglamento de Gobierno Corporativo para Entidades de Intermediación Financiera vigente desde finales de 2007 (en adelante el “Proyecto”). Esta reforma, conforme indica en sus consideraciones iniciales el propio Proyecto, busca alinear las reglas de gobierno corporativo en entidades de intermediación financiera (en adelante “EIFs”) a aquellas del nuevo régimen de supervisión basada en riesgos y con aquellas recomendadas por las denominadas mejores prácticas internacionales en la materia. Esta reforma, a su vez, constituye la primera que se realiza a la normativa vigente en materia de gobierno corporativo, lo cual implica, en consecuencia, una revisión a lo que han sido estas prácticas en las EIFs en los últimos siete años.

Si bien el proceso de consulta pública busca obtener comentarios puntuales o directos sobre el texto propuesto, es necesario destacar que por la propia lógica que subyace detrás del régimen de gobernabilidad corporativa para este tipo de entidades y de mercado, este proceso también amerita de un análisis integral y principiológico de los elementos y criterios que fundamentan la modificación y las consecuencias de sus planteamientos. En este sentido, a continuación hacemos un análisis sobre los principales elementos que, como criterios generales, deben constituir la piedra angular sobre la que descansa el desarrollo de este texto regulatorio, los cuales a su vez se encuentran alineados con las recomendaciones que realizamos de forma directa sobre la propuesta mediante la matriz de comentarios que se anexa a la presente comunicación:

1. Seguimiento de las mejores prácticas y aplicación a la luz de las prácticas domésticas. Una de las particularidades de este Proyecto es que parte de su razón de ser lo constituye su ajuste a las recomendaciones en la materia dictadas por el Banco Internacional de Pagos de Basilea (en adelante “BIS”). En específico éstas recomendaciones corresponden a las contenidas en el documento titulado “*Principios para el Mejoramiento del Gobierno Corporativo*”, aprobado por el BIS, en su segunda versión, en 2010¹.

En este sentido, cabe destacar aquí que las mejores prácticas, como bien reconoce el propio BIS, constituyen recomendaciones o parámetros que deben tomarse como referencia amplia de lo que es comúnmente reconocido como uso en los mercados. De manera específica el BIS resalta que estas guías asisten y proveen “*un punto de referencia para promover la adopción de mejores prácticas de gobierno corporativo en las organizaciones bancarias de los países*”². Es decir, que al tomar como referencia las recomendaciones del BIS, la regulación doméstica o nacional debe ajustarlas a su realidad como mercado, tomando como base sus particularidades corporativas y jurídicas.

¹ Estos principios de 2010 se encuentran actualmente en proceso de revisión, para lo cual en octubre de 2014 el BIS ha iniciado un proceso de consulta pública que finalizará en enero de 2015.

² BIS. *Principles for Enhancing Corporate Governance*. Octubre 2010. P. 1.

Lo anterior se traduce en que, al momento en que se incluyen reglas de gobernabilidad derivadas de mejores prácticas, éstas deben estar configuradas de forma tal que permitan un margen de aplicación, sobre todo porque dentro del mercado dominicano existen entidades con diferentes naturalezas societarias, con distintos tipos de alcance en operaciones, estructuras, e incluso, objetivos.

Debe resaltarse que el Reglamento de Gobierno Corporativo para EIFs aplica a las cuatro categorías de EIFs previstas en la regulación nacional (Bancos Múltiples, Bancos de Ahorro y Crédito, Corporaciones de Crédito y Asociaciones de Ahorro y Préstamos). Las Asociaciones de Ahorros y Préstamos, por ejemplo, son entidades mutualistas no sujetas a las reglas propias de las sociedades de capital accionario. Asimismo, alguna de las entidades reguladas forman parte de grupos económicos o grupos financieros, algunas son emisoras de valores de oferta pública y otras entidades financieras propiedad del Estado. Ante esta realidad, se evidencia que se requiere de la fijación de criterios flexibles.

Lo anterior tiene suma trascendencia, en tanto y no obstante constituye un aspecto relevante el hecho de que el Proyecto busque alinear la regulación del gobierno corporativo bancario a las prácticas recomendadas por el BIS, ello debe lograrse sobre la base de un proceso ajustado a la realidad particular de nuestro sistema, lo cual sólo se logra con reglas flexibles modulables por las diferentes entidades.

Por otro lado, a lo anterior debemos adicionar el hecho de que las mejores prácticas deben ser tomadas en consideración de manera integral. Es decir, que las mismas forman un conjunto de recomendaciones consistentes entre sí mismas, por lo que no deberían tomarse en consideración algunos criterios y otros no, en tanto se corre el riesgo de no lograr, dentro del marco de razonabilidad de su aplicación, los objetivos regulatorios previstos. Más adelante en este documento se muestran casos, dentro del propio Proyecto, donde se adoptan criterios basados en ciertos principios y otros contrarios justamente a esos mismos principios.

2. Desarrollo e implementación del régimen de gobierno corporativo en la entidad.

Otro de los elementos centrales en la configuración de un sistema de gobierno corporativo efectivo es la forma en cómo éste se diseña en cuanto a su alcance y dimensión. Respecto del alcance, o lo que es lo mismo, las implicaciones del sistema de gobierno corporativo, no existe dudas de que éste, en su definición más amplia, abarca tanto a propietarios (*shareholders*) como a las partes relacionadas o grupos de interés (*stakeholders*). Estos últimos, a su vez, también en su visión más amplia, involucran a todos aquellos directa o indirectamente relacionados con la empresa, incluyendo al Estado y a la sociedad en sentido general. Ha sido esa visión amplia por la que la normativa actual, y el propio Proyecto, se han decantado.

Ahora bien, independientemente del uso del concepto amplio de gobierno corporativo, lo que resulta relevante desde la óptica de su aplicación es cómo se configura o diseña el sistema de gobernabilidad para su efectiva traducción en la práctica de la administración empresarial. En empresas no cotizadas en mercados de valores y de tamaño reducido, por ejemplo, el desarrollo reglamentario del sistema de gobierno corporativo puede partir fácilmente desde la configuración de reglas y condiciones a nivel de los órganos de gobierno que representan a los propietarios de la empresa, es decir, el funcionamiento o funciones de la Asamblea de Accionistas y las reglas estatutarias de la sociedad. Esta regla, en cambio, es menos efectiva en empresas de capital abierto o disperso o en aquellas que, como las entidades del ámbito financiero, requieren de un régimen de administración interna mucho más dinámico.

Precisamente es por lo anterior que, sin desconocer los principios y derechos que protegen a los accionistas y socios, previstos tradicionalmente en los Principios de Gobierno Corporativo dictados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), el BIS organiza las recomendaciones de gobierno corporativo para entidades bancarias a partir de reglas aplicables a los Consejos de Administración, dejando a los propietarios (Accionistas o Socios) el control de estas prácticas a través de las actuaciones de las correspondientes Asambleas, pero no convirtiéndolos en actores del día a día en la tarea de gobernabilidad. De hecho, esta es la misma visión de la Ley No. 183-02, de fecha 21 de noviembre de 2002, Ley Monetaria y Financiera (en adelante “LMF”), en tanto las reglas de gobierno corporativo se organizan en torno al principio de regulación previsto en el artículo 55, relativo al régimen de gobernabilidad interna.

El BIS, en todas las ediciones de sus principios de gobierno corporativo para entidades bancarias (2006, 2010 y la propuesta para 2015 publicada en octubre de 2014), concentra el desarrollo del sistema interno de gobierno corporativo de las entidades bancarias en el Consejo de Administración y la Alta Gerencia. En este sentido, los actuales principios en consulta por el BIS establecen expresamente que *“el gobierno corporativo determina la asignación de poderes y responsabilidades, mediante los cuales los negocios y operaciones del banco son asumidos por sus consejos y gerencia superior”*³.

Este es el criterio que debe primar en todo el Proyecto. Es decir, la configuración del sistema de gobernabilidad interna de las EIFs debe construirse a partir de las obligaciones y funciones del Consejo de Administración y sus miembros, así como respecto de la Alta Gerencia. Debemos reconocer que sobre este criterio el Proyecto avanza en algunos aspectos; sin embargo, mantiene criterios que no son consistentes con esta visión de gobernabilidad. Respecto al avance, el Proyecto integra con mayor precisión a la Alta Gerencia al proceso de gestión, reconociendo expresamente que la misma debe estar alineada con las prácticas internas de gobernabilidad, pero sobre todo haciéndola responsable conjuntamente con el Consejo de su implementación y efectividad.

No obstante, contrario a este criterio de gobernabilidad recomendado por el propio BIS, el Proyecto tiende a establecer obligaciones y reglas que necesariamente deben contenerse a nivel estatutario, lo que se traduce en la construcción de un régimen de gobernabilidad donde los propietarios (accionistas y socios) no sólo logran protección de sus intereses, sino que se convierten en actores activos del sistema. Como ejemplo de estos casos podemos citar los artículos 6, 9, 13 y 21 del Proyecto, en los cuales se obliga a inclusiones de disposiciones a nivel de los estatutos sociales.

En consecuencia, para que el Proyecto se encuentre alineado con los criterios del BIS en materia de gobierno corporativo, es necesario que se logre estructurar de forma tal que los propietarios (Accionistas o Socios) puedan conocer del desempeño de sus administradores, sin sujetarlos a participar en un rol activo en el proceso de regulación. El desarrollo de las reglas, por tanto, debe ser una obligación del Consejo de Administración y la Alta Gerencia mediante reglamentos y políticas internas de carácter dinámico, proceso que en definitiva es supervisado tanto por los propietarios (a través de la Asamblea y los miembros del Consejo que los representan), por los Comisarios de Cuentas en su función de fiscalización prevista en la legislación de sociedades, como por el regulador en su rol de supervisor. La duplicación de regulación, es decir, la exigencia tanto de modificaciones estatutarias como de normas internas sobre los

³ BIS. *Principles for Enhancing Corporate Governance*. Consultative document. Octubre 2014. P. 3.

mismos aspectos, como plantea el Proyecto, no se traduce en un mejor sistema de gobierno corporativo.

2.1. La libre configuración de los órganos internos. Un aspecto vinculado al tema central de la configuración y desarrollo de las reglas internas de gobierno corporativo es el relacionado con la configuración de los órganos internos de administración. El Proyecto aborda este tema de manera ecléctica, quizá producto de la mezcla de criterios respecto de su alcance, como hemos comentado en el apartado anterior.

El Proyecto avanza hacia el reconocimiento de la libre configuración de órganos internos de gobierno, en la medida que plantea, al proponer eliminar el actual artículo 10, que el Consejo de Administración establecerá libremente sus reglas de composición, con la única condición de que en el mismo no pueda participar más de un (1) miembro interno o ejecutivo. Sin embargo, por otro lado, el Proyecto se distancia de este criterio al establecer, por ejemplo, la prohibición de que el Consejo de Administración pueda estar presidido por el miembro de carácter interno o ejecutivo. Lo mismo ocurre cuando se propone establecer que los Comités de apoyo del Consejo deban estar compuestos sólo por miembros externos.

Para una mejor ilustración de las implicaciones de estas reglas abordaremos ambos temas a continuación:

- **Separación del Presidente del Consejo y el Presidente Ejecutivo.** El Proyecto, en el párrafo del artículo 12, plantea la prohibición de que el cargo de Presidente del Consejo de Administración sea asumido por el miembro interno o ejecutivo que forme parte del Consejo. Como es evidente, la inclusión de este criterio es contrario a la tendencia que se refleja en el propio Proyecto de permitir la configuración de dichos órganos en base a la naturaleza, tamaño y tipo de operaciones de cada entidad.

De igual manera, este criterio no es consistente con las prácticas internacionales. En el caso del BIS, incluyendo su propuesta de principios de gobierno corporativo para 2015, publicada en octubre de 2014, la recomendación es que o el Presidente del Consejo no sea un miembro interno o ejecutivo, o que en los casos en los que lo sea se establezcan reglas de contrapeso para la toma de decisiones y para el funcionamiento del órgano. Precisamente este sistema de contrapesos es el que se encuentra vigente en base a la actual normativa nacional.

Por su lado, en la práctica comparada la situación refleja también que este criterio de separación de estos cargos tampoco es una tendencia mayoritaria. El reporte Spencer Stuart, que refleja la data de las empresas que conforman el índice S&P 500, uno de los más relevantes de los mercados mundiales, muestra en su edición 2014, que aún más del 50% de las empresas analizadas no separan estas funciones⁴.

Asimismo, la doctrina especializada, como Larcker y Tayan, en la obra "*Corporate Governance Matters*" (2013), establece que este criterio de separación del cargo no prueba que mejore por sí mismo el sistema de gobierno corporativo y que, en definitiva, su configuración debe girar en torno a la libre

4

https://www.spencerstuart.com/~media/PDF%20Files/Research%20and%20Insight%20PDFs/FSBI2013_FINAL_19Mar2014.pdf

determinación por parte de las empresas. Lo describen de la siguiente manera: *“The circumstances under which this structure is beneficial will likely vary depending on the specific situation, so the decision of whether to Split the chairman and CEO roles is best left to the discretion of the company and its stakeholders. Research does not support mandating the Split for all companies”*.

Consideraciones similares podemos encontrar en casos como el análisis *“Separation of Chair and CEO Roles”* de Matteo Tonello Director de Gobierno Corporativo de *The Conference Board, Inc.* Este estudio, por ejemplo, muestra que este tipo de separación no se traduce necesariamente en una mejora del gobierno corporativo y que obligar a la separación puede ir en detrimento del logro de un liderazgo como base esencial del sistema de gobernabilidad.

Este criterio que se trata de establecer en el Proyecto, a su vez, no es consistente con el principio universal de gobierno corporativo *“One size does not fit all”*, en tanto no deben existir reglas universales que impidan la modulación de las reglas de gobernabilidad hacia lo que sea más efectivo para cada empresa en particular. Esta regla incluso no es consistente con el criterio de la legislación general de sociedades de nuestro país, que precisamente otorga al Presidente del Consejo de Administración la representación legal y general de la empresa.

- **Composición del los Comités de apoyo del Consejo.** En este mismo sentido, el Proyecto en su artículo 9 literal d) establece que los Comités obligatorios del Consejo (Auditoría, Nombramientos y Remuneraciones y Administración Integral de Riesgos) deben estar compuestos por miembros externos y presididos por miembros externos de carácter independiente. Este criterio no flexible produciría efectos adversos al sistema interno de gobernabilidad, destacándose los siguientes:
 - Se excluye la participación del ala ejecutiva o interna del debate en estos Comités, sobre todo cuando la participación ejecutiva nunca podrá ser mayor de un (1) miembro, que es el número máximo de ejecutivos o internos permitidos a nivel del Consejo; y,
 - Se obliga, sobre todo en el caso de entidades pequeñas y medianas, a que los miembros de estos Comités se repitan, incentivando con ello a que se produzcan situaciones de conflictos de interés, en tanto estos Comités estarían compuestos por miembros cruzados de Comités que deben ejercer las funciones de contrapeso en el sistema de gobernabilidad interna (ejemplo: Auditoría y Administración Integral de Riesgos).

Como se observa, la determinación de la configuración de órganos internos de las entidades en base a reglas generales se traduce en un sistema de gobierno corporativo menos efectivo, complejo y muchos casos más costoso y riesgoso. La regla que debe primar, como es el espíritu en algunos puntos del Proyecto, es la de flexible configuración de órganos.

3. El equilibrio entre la regulación y la intervención del regulador. Por otro lado, uno de los aspectos más relevantes del Proyecto es el cambio de criterio respecto de la participación del regulador en el proceso de supervisión de las prácticas de gobierno corporativo. En el modelo vigente se asume al gobierno corporativo como una herramienta de supervisión, pero desde una actuación del regulador más pasiva que activa. En el Proyecto, sin embargo, el rol del regulador, más allá de establecer las reglas y su supervisión, avanza hacia una esfera de actuación que puede ser

denominada como “interventora”, en tanto se abroga el derecho, en diversos casos, de poder ordenar a las entidades la actuación material en uno u otro sentido.

En el Proyecto se otorgan las siguientes potestades a la Superintendencia de Bancos:

- a. Solicitar el aumento o disminución de miembros del Consejo y sus calidades;
- b. Requerir el reemplazo de los miembros del Consejo de Administración cuando no cumplan con los perfiles o sus funciones; y,
- c. Ser mediadora de oficio o a petición de partes para los conflictos entre los miembros del Consejo de Administración o de éstos y los accionistas.

En cuanto a los literales a) y b), estas potestades constituyen la asunción de poderes excesivos por parte del regulador, en tanto condicionan, en base a criterios no establecidos previamente, el funcionamiento de los órganos de gobierno. El regulador no puede, sin que ello no constituya una intervención en el régimen de propiedad y administración de la empresa bancaria, solicitar modificaciones que no estén amparadas en reglas, condiciones y procedimientos expresamente establecidos. De esta forma, no es posible que el regulador se auto abrogue la potestad de determinar las calidades de los miembros o su desempeño en base a criterios no objetivos y tampoco establecidos previamente mediante norma de carácter general y consistente con la LMF. Esto a su vez es contrario a las reglas de Administración Pública, pero también a las disposiciones de la LMF, las cuales establecen que la Administración Monetaria y Financiera sólo tiene facultad para asumir lo que la legislación le encomienda (artículo 5.c) y que sus actuaciones deben respetar la seguridad jurídica (artículo 4.e), esto último lo cual implica no asumir posiciones o decisiones sobre criterios no establecidos previamente o sobre la base de la discrecionalidad.

Por su lado, el literal c) constituye, además de una contradicción del literal c) del artículo 5 de la LMF, que nunca ha otorgado potestad a la Superintendencia de Bancos para asumir de mediador en estos casos, una disposición jurídicamente inconsistente, esto por dos razones centrales: i) no puede existir mediación de oficio, en tanto ésta no puede ser impuesta por un tercero –porque deja de ser “mediación”; y, ii) la mediación no puede ser asumida por un órgano no neutro, en tanto la Superintendencia de Bancos dicta y aplica normas, a la vez que desarrolla las reglas sobre gobierno corporativo que serán, en la mayoría de los casos, precisamente el núcleo central de donde partirán o se relacionarán las mismas controversias. El rol del regulador no debe pasar por ser componedor de intereses privados o empresariales.

Finalmente, como se puede notar de estas breves notas generales sobre el Proyecto, éste amerita no sólo un análisis directo sobre el texto del articulado propuesto, sino una revisión sobre los principios que fundamentan la propuesta, de forma tal que desde ese punto de vista, éste también sea consistente con las mejores prácticas y con las particularidades del mercado dominicano y, sobre todo, que recoja los mismos desde una visión integral, cohesionando así el Proyecto y por consiguiente las prácticas de gobierno corporativo de las EIFs en República Dominicana. En conclusión, se amerita de que:

- Las mejores prácticas no constituyan una camisa de fuerza, sino un marco de referencias ajustado a las realidades regulatorias, de mercado y jurídicas de nuestro sistema;

- La normativa concentre la búsqueda de la efectividad del sistema de gobernabilidad en el desarrollo de prácticas y políticas a nivel del Consejo de Administración y la Alta Gerencia, asegurando los canales necesarios para que los propietarios puede estar al tanto y supervisar el cumplimiento de las mismas;
- Los órganos internos deben poder ser configurados por las propias entidades, atendiendo a la naturaleza, tamaño y operaciones de las mismas, estableciendo correctos mecanismo de explicación e información a los reguladores y al mercado; y,
- El regulador no debe jugar un rol de intervención o suplantación de los órganos de gobierno de las entidades, limitándose a supervisar que las reglas generales y previamente establecidas sean cumplidas, y respetando los derechos de propiedad y administración propios de cualquier empresa.

En definitiva, la gobernabilidad corporativa no es un fin en sí misma, sino una herramienta para el logro de mejores sistemas de administración de la empresa y, como herramienta, debe poder ajustarse y responder a las realidades de cada entidad y del mercado.

ABA
Comité Legal
5 diciembre 2014