

Guías para la Gestión del Riesgo Legal

Julio César Gemio Montes de Oca*

() Supervisor de Riesgo Legal Senior de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI). Los criterios y puntos de vista vertidos en el presente documento no reflejan necesariamente la opinión de la institución.*

Resumen

En esta guía se transmiten los lineamientos y guías básicas para comprender y gestionar el riesgo legal, ello involucra conocer básicamente las políticas para la gestión de este riesgo, la estructura organizacional, funciones y responsabilidades con relación a su gestión y el proceso mismo de gestión del riesgo legal. Muchos de los eventos más significativos que afectaron los sistemas financieros mundiales durante los últimos años pueden ser caracterizados como eventos de riesgo legal, lo que genera preocupación en relación al rol de los operadores así como a las acciones adoptadas por éstos con miras a mitigar este riesgo de baja frecuencia pero alto impacto. Las conclusiones provisionales señalan que el riesgo legal es transversal con los otros riesgos y que esta característica debería promover un cambio de paradigma en los operadores de la industria en relación al rol de los Abogados, lo que involucrará un papel mas activo como administradores de riesgo que como simples proveedores de consejo legal.

Palabras clave: Riesgo legal, gestión, guías.

Clasificación JEL: K22, K25, K29, K35, K42

I. ANTECEDENTES Y OBJETIVOS

El presente documento se constituye en una guía práctica para las entidades de intermediación financiera (EIF) y de servicios auxiliares financieros orientada a coadyuvar en el diseño, desarrollo e implementación de un sistema de gestión de riesgo legal por parte de estas entidades.

Se debe reconocer que hoy en día no existe suficiente claridad en la industria y en el propio Comité de Basilea para abordar la gestión del riesgo legal como parte del riesgo operativo/legal, además de no contarse con evidencia empírica suficiente sobre cuáles serían los temas claves de este riesgo para el sistema financiero boliviano.

El Comité de Basilea pone énfasis en el Riesgo Operacional como un problema para las entidades financieras en el contexto de la regulación, esto ha sido estimulado por el alarmante número de fraudes que han sufrido las entidades financieras en los años recientes hasta el presente, dando crecimiento a pérdidas significativas e inclusive a la ruina financiera de más de una institución como tal.

El contenido de la presente guía toma en cuenta algunos de los planteamientos propuestos por el Comité de Basilea, entre otros, el documento de febrero del 2003 denominado “Prácticas Sanas para la Administración y Supervisión del Riesgo Operacional”, así como el documento de consulta emitido por el Comité de Basilea el año 2004 denominado “La Función de Cumplimiento”, cuyos contenidos son altamente relevantes, con el objetivo de proporcionar pautas generales para la gestión del riesgo legal, introduciendo definiciones y proporcionando criterios y lineamientos para la adopción de políticas y procedimientos relacionados con el desarrollo de metodologías de identificación y medición así como para el establecimiento de mecanismos de monitoreo, control y mitigación de exposición a este riesgo.

Los objetivos específicos son:

- Promover en las EIF mayor conciencia en relación a la importancia de gestionar este riesgo.
- Proponer lineamientos para la definición de políticas y mecanismo de identificación, medición, monitoreo, control y mitigación del riesgo legal.
- Proporcionar pautas con relación a las funciones y responsabilidades que les corresponden a las distintas instancias de la estructura organizacional de las EIF en lo concerniente a la gestión del riesgo legal.
- Proporcionar lineamientos para que las instancias de fiscalización y control interno de las EIF evalúen internamente la efectividad del sistema de gestión del riesgo legal.
- Proponer definiciones y un marco conceptual para abordar de manera práctica la gestión del riesgo legal.

II. POLÍTICAS DE GESTIÓN DEL RIESGO LEGAL

Las EIF deben contar con políticas explícitas para la gestión del riesgo legal, las cuales deben estar formalmente aprobadas por el Directorio u órgano equivalente y estar adecuadas a las características de su mercado objetivo. Estas políticas deben tender a resguardar a la EIF frente a daños económicos que pudieran provocar la ocurrencia de contingencias legales.

La formalidad y sofisticación del esquema de gestión del riesgo legal, debe guardar relación con el nivel y perfil de riesgo, tamaño, naturaleza y complejidad y demás características propias de la EIF.

Las políticas de gestión del riesgo legal deben considerar, al menos los siguientes aspectos, los cuales se formulan de manera enunciativa y no limitativa:

- Definiciones
- Definición de Líneas de Negocio
- Clasificación del Riesgo Legal
- El Riesgo Legal y su Relación con el Riesgo Operacional
- Acciones para Reducir el Riesgo Legal en las Entidades
- Diseño de Políticas de Riesgo Legal

2.1 Definiciones

Las políticas deben consignar un conjunto de definiciones y criterios que posibiliten la comprensión del enfoque y direccionamiento que la EIF otorga a la gestión del riesgo operativo/legal. En este sentido, se deben incorporar definiciones básicas y fáciles de comprender y los conceptos relacionados con la gestión del riesgo legal.

Con el objeto de elaborar una matriz “líneas de negocio - eventos de pérdida”, la EIF debe definir las actividades en las que se encuentra enfocada, las cuales deben estar plasmadas en las políticas de gestión del riesgo legal.

De manera referencial y no limitativa, algunas líneas de negocio podrían ser:

- Finanzas Corporativas.
- Inversiones (Trading) y tesorería.
- Banca de consumo.
- Banca comercial.
- Microcrédito.
- Vivienda.

- Pagos y cobranzas.
- Administración de activos.
- Comercio exterior.

Estas líneas de negocio pueden servir para reportar pérdidas actuales y proyectar pérdidas esperadas por riesgo legal, e incluso para posteriormente asignar capital económico, tal como sugieren las mejores prácticas internacionales.

El riesgo legal se puede clasificar en función de las causas que lo originan, como son:

- a) Riesgo de documentación: Es el riesgo de que documentos incorrectos o extraviados, o la inexistencia de los mismos, incida negativamente en las actividades de negocio.
- b) Riesgo de legislación: Riesgo de que una operación no pueda ser ejecutada por prohibición, limitación o incertidumbre acerca de la legislación del país de residencia de alguna de las partes, o por errores en la interpretación de la misma.
- c) Riesgo de capacidad: Está compuesto por el riesgo de que la contraparte no tenga capacidad legal para operar en un sector, producto o moneda determinada y por el riesgo de que las personas que actúan en nombre de la contraparte no cuenten con poder legal suficiente para comprometerla.

2.2 El Riesgo Legal y su Relación con el Riesgo Operacional

De acuerdo al Comité de Basilea, el riesgo legal puede ser abordado desde la perspectiva de riesgo operacional. El Comité de Basilea define el riesgo operacional como “el riesgo de pérdida resultante de inadecuados o fallidos procesos internos, de la gente, de sistemas, o de acontecimientos externos, incluyendo el riesgo legal”. Con base en el concepto anterior y en lo establecido por el Comité de Basilea, los riesgos operacionales pueden ser clasificados.

Como parte del riesgo operacional se encuentran los siguientes aspectos relacionados con el riesgo legal:

- I. Fraude Interno: Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación destinada a cometer fraude, apropiarse de bienes indebidamente o eludir leyes, reglamentos, resoluciones, normativas o políticas empresariales, en las que se encuentra implicada, al menos, una persona interna a la entidad.
- II. Prácticas de empleo y seguridad laboral: Pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación, acuerdos laborales, higiene y seguridad en el trabajo. Adicionalmente, pago de reclamos por daños al personal, por casos relacionados con la diversidad / discriminación, por aspectos relativos a la remuneración, prestaciones sociales, extinción de contratos y la organización laboral.
- III. Ejecución, entrega y gestión de procesos: Pérdidas derivadas de errores en el procesamiento de operaciones o en la gestión de procesos, así como de relaciones con contrapartes comerciales y proveedores, como por ejemplo incumplimientos en la obligación de informar, documentación extraviada, acceso no autorizado a información confidencial, registros incorrectos de clientes, fallos de contrapartes, subcontratación o litigios con distribuidores, entre otros.
- IV. Clientes, Productos y Prácticas Comerciales: Pérdidas derivadas del incumplimiento involuntario o negligente de una obligación frente a clientes. Adicionalmente, pérdidas por la naturaleza o diseño de un producto, violación de la privacidad de los clientes, el uso inadecuado de información confidencial o la responsabilidad de la contraparte.
- V. Interrupción de operaciones o fallos de sistemas: Pérdidas derivadas de la interrupción de operaciones o fallos de sistemas, como es el caso de los perjuicios a clientes y a terceros.

- VI. Daños o pérdidas de activos fijos: Detrimentos provenientes de acciones judiciales contra la entidad por perjuicios generados a la comunidad ante daños o pérdidas de activos fijos
- VII. Fraude Externo: Pérdidas derivadas de algún tipo de actuación destinada a defraudar, apropiarse de bienes indebidamente o eludir la legislación, por parte de un tercero, como por ejemplo robo, hurto, falsificación, utilización de cheques sin fondos, entre otros.

2.3 Acciones para Reducir el Riesgo Legal

Las acciones que deben regir la gestión del riesgo legal en la industria se basan en las experiencias exitosas y sanas prácticas de administración del riesgo legal en otras entidades. Tales acciones deben estar orientadas a reducir el impacto de este riesgo en el negocio, por lo cual se hace mención de las siguientes acciones:

- I. Implementar políticas y procedimientos de cumplimiento, en las cuales se definan de manera clara las responsabilidades y funciones de supervisión de cada área.
- II. Analizar las normas y regulaciones jurídicas que representen mayor exposición de riesgo para la entidad, tomando como base para la determinación de las mismas, las multas, sanciones, reclamos, quejas y requerimientos presentados por clientes y autoridades.
- III. Establecer las prohibiciones, limitaciones y restricciones a las operaciones, cuyo incumplimiento pueda derivar en multas y sanciones para la entidad, sus accionistas, directivos, gerentes, funcionarios y empleados.
- IV. Elaborar políticas y procedimientos de control interno que procuren una adecuada instrumentación y seguimiento de los convenios y contratos en los que participe la entidad.

- V. Contribuir con la emisión de un código de ética o conducta que constituya el conjunto de normas de carácter general que establezcan los principios de actuación para todo el personal de la entidad.
- VI. Proveer al personal de canales o mecanismos de denuncia de actuaciones indebidas contra la entidad, que garantice la confidencialidad del denunciante.
- VII. Establecer sanciones a las personas que incumplan las disposiciones contenidas en el código de ética o conducta que atenten contra la moral y las buenas costumbres.
- VIII. Mantener una base de datos histórica sobre las resoluciones judiciales y administrativas, sus causas, costos y consecuencias.
 - A fin de fortalecer la cultura de riesgo y control en la organización, se debe crear conciencia sobre la importancia de cumplir con disposiciones legales y regulatorias.

2.4 Diseño de Políticas de Riesgo Legal

El diseño de políticas para mitigar el riesgo legal es una de las principales acciones para reducir este tipo de riesgos en las entidades. En la práctica, uno de los lineamientos esenciales con el que debe contar una entidad, es la aprobación de un Manual de Políticas de Riesgo Legal, el cual debe contar al menos los siguientes aspectos:

- Una base conceptual homogénea y unívoca con las operaciones del negocio.
- El entorno legal de la entidad.
- Principios normativos para contrarrestar el riesgo legal.
- Lineamientos para la divulgación y capacitación del personal de la entidad en nuevos aspectos legales, por área u operaciones del negocio.

- Aspectos clave a considerar para la comunicación de los riesgos legales.
- Aspectos clave sobre los contratos: Definición, Objetivos, Tipos de Contratos, consideraciones generales de los contratos, entre otros.
- Maneras de cómo intervienen las áreas legales y/o cumplimiento de la entidad.

Consiguientemente, para el Comité de Basilea, el Riesgo Legal constituye un elemento del riesgo operacional, siendo en consecuencia parte importante de la gestión integral de riesgos. Se puede afirmar que sólo a través de un adecuado control y gestión del riesgo legal, será posible para las entidades enfrentar el futuro de manera más competitiva, con acceso al crédito en condiciones favorables y disminuyendo notablemente la posibilidad de conflictos y contingencias que en definitiva afecten directamente el valor de la entidad o de sus activos.

Las entidades que logren adoptar una estructura y sistemas eficientes de gestión del riesgo legal estarán entonces mejor preparadas para enfrentar el futuro. Aquellos que sigan estancados en un modelo tradicional o reactivo tendrán seguramente serios problemas para competir en mercados cada vez más regulados, competitivos e informados, donde los espacios para cometer errores prácticamente tienden a desaparecer (Españeira y Sheldon Asociados, 2007).

III. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL, FUNCIONES Y RESPONSABILIDADES CON RELACIÓN A LA GESTIÓN DEL RIESGO LEGAL

3.1 Estructura Organizacional

En concordancia con los preceptos de la gestión integral de riesgos, una adecuada gestión del riesgo operativo/legal requiere que las entidades establezcan una estructura organizacional apropiadamente segregada,

que delimite claramente las funciones y responsabilidades, así como los niveles de dependencia e interrelación que corresponde a cada una de las áreas involucradas en la realización de operaciones afectadas por el riesgo operativo/legal, las áreas de registro de la información y las áreas de control de riesgos. La verificación de la delimitación de funciones y responsabilidades del personal, así como el cumplimiento de los procedimientos formalizados, forma parte de las revisiones del control interno.

Todos estos aspectos deben estar contemplados en el Manual de Organización y Funciones, formalmente aprobado por el Directorio u órgano equivalente de la EIF.

Es necesario enfatizar que la Unidad de Auditoría Interna no debe ser entendida como la directa responsable de la gestión del riesgo operativo/legal, pues el Directorio u órgano equivalente de la EIF, es el máximo responsable, en la perspectiva de una gestión integral de riesgos. Los demás órganos, como el Comité de Riesgos, la Unidad de Gestión de Riesgos y la Unidad de Auditoría Interna, cuentan con funciones y responsabilidades específicas sobre la gestión del riesgo legal

3.2 Responsabilidades y Funciones

Conforme al rol que usualmente le corresponde a cada uno de los órganos de la EIF, involucrados en la gestión del riesgo operativo/legal y por tanto del legal, a continuación se presentan, de manera referencial, algunas de las responsabilidades concernientes a estos órganos, pudiendo la EIF asignarle otras responsabilidades adicionales.

Directorio u órgano equivalente

Según las pautas establecidas por el Comité de Basilea en el documento “Buenas Prácticas para la Gestión y Supervisión del Riesgo Operativo”, el Directorio u órgano equivalente debe conocer cuáles son los principales aspectos del riesgo operativo/legal a los que se encuentra expuesta la EIF a su cargo, considerando que la gestión integral de riesgos es de entera responsabilidad del citado órgano de Dirección. En este orden, el Directorio

es responsable de la instauración de un adecuado sistema de gestión del riesgo operativo/legal, debiendo aprobar y revisar periódicamente el marco y los principios que se aplicarán para la gestión de este riesgo, debiendo contemplar una definición de lo que se entenderá por riesgo operativo/legal al interior de la EIF.

Bajo este marco, el Directorio u órgano equivalente tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades relacionadas con la gestión del riesgo operativo/legal:

- Aprobar, revisar y actualizar las estrategias, políticas y procedimientos para identificar, medir, monitorear, controlar, mitigar y divulgar el riesgo operativo/legal al que se enfrenta la EIF.
- Aprobar los sistemas y metodologías de medición del nivel de exposición al riesgo operativo/legal.
- Aprobar límites prudenciales para la gestión del riesgo operativo/legal, compatible con las actividades, estrategias y objetivos institucionales.
- Conocer los principales factores del riesgo operativo/legal y establecer niveles de tolerancia para su exposición.
- Aprobar planes de continuidad del negocio y de contingencias para la gestión del riesgo operativo/legal, que permitan a la EIF una reacción eficaz frente a situaciones adversas.
- Aprobar los manuales de organización y funciones y de procedimientos, relacionados con la gestión del riesgo operativo/legal, y asegurar su permanente revisión y actualización.
- Aprobar políticas para el tratamiento de situaciones de excepción a los límites de exposición al riesgo operativo/legal.
- Asegurar el carácter de independencia de las funciones del Comité de Riesgos y de la Unidad de Gestión de Riesgos, y

que estas instancias implementen y ejecuten las políticas y procedimientos para gestionar el riesgo operativo/legal.

- Aprobar la incursión de la EIF en productos nuevos, operaciones y actividades, de acuerdo con la estrategia del negocio, las normas legales y estatutarias y las políticas internas relacionadas con la gestión del riesgo operativo/legal.
- Asumir una actitud proactiva y preventiva frente al riesgo operativo/legal, y garantizar la efectividad de los mecanismos de difusión de la cultura de gestión de riesgos, hacia todos los niveles de la estructura organizacional.

Alta Gerencia

La Alta Gerencia es responsable de poner en práctica el marco estructural del sistema de gestión del riesgo operativo/legal aprobado por el Directorio u órgano equivalente, el cual deberá ser aplicado de manera consistente en todas las líneas de negocio, productos nuevos y existentes, así como en las actividades, procesos y sistemas relevantes de la EIF.

De igual manera, es responsable de velar por el cumplimiento de las políticas, estrategias y procedimientos aprobados para la gestión del riesgo operativo/legal, y de establecer acciones correctivas si las mismas no se cumplen, se cumplen parcialmente o de manera incorrecta.

Comité de Riesgos

Como parte fundamental de una adecuada gestión del riesgo operativo/legal, el Directorio u órgano equivalente de la EIF debe conformar un Comité de Riesgos, cuya composición y estructura debe estar en función al tamaño de la entidad, el volumen de negocios que realiza, la complejidad de sus operaciones y otras características particulares de la EIF.

El Comité de Riesgos es el órgano creado por la entidad, responsable del diseño de las políticas, sistemas, metodologías, modelos y procedimientos

para una eficiente gestión integral de los riesgos, entre ellos el riesgo operativo/legal, y de proponer los límites de exposición a este riesgo.

Las principales funciones del Comité de Riesgos con relación a la gestión del riesgo operativo/legal, son las siguientes:

- Diseñar y proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, estrategias, políticas y procedimientos de gestión del riesgo operativo/legal y las reformas pertinentes cuando corresponda.
- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, el establecimiento de metodologías, procesos, manuales de funciones y de procedimientos para la gestión del riesgo operativo/legal.
- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, mecanismos para que esta instancia asegure la correcta ejecución tanto de las estrategias, y la implantación de políticas, metodologías, procesos y procedimientos de gestión del riesgo operativo/legal por parte de la gerencia general y las áreas involucradas.
- Informar oportunamente al Directorio u órgano equivalente de la EIF, con respecto a la efectividad, aplicabilidad y conocimiento del personal, acerca de las estrategias, políticas, procesos y procedimientos establecidos para la gestión del riesgo operativo/legal.
- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, sistemas y metodologías de medición de las exposiciones al riesgo operativo/legal, y su impacto en el patrimonio, así como en los límites internos establecidos para este riesgo.
- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, políticas y mecanismos de tratamiento de situaciones de excepción temporal a los límites de exposición al riesgo operativo/legal establecidos por la EIF.

- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, sistemas de información gerencial relacionados con la gestión del riesgo operativo/legal, los que deben contemplar reportes de exposiciones a este riesgo y reportes de cumplimiento de los límites establecidos, así como recomendaciones de acciones correctivas si corresponde.
- Proponer al Directorio u órgano equivalente de la EIF, planes de continuidad del negocio y de contingencia para hacer frente al riesgo operativo/legal en situaciones atípicas.
- Coordinar actividades relacionadas con la gestión del riesgo operativo/legal, entre la Unidad de Gestión de Riesgos y las áreas comerciales y de negocios.
- Otras funciones que determine el Directorio u órgano equivalente de la EIF.

Unidad de Gestión de Riesgos

El proceso de gestión del riesgo operativo/legal, que comprende el conjunto de actividades orientadas a identificar, medir, monitorear, controlar, mitigar y divulgar este riesgo, debe realizarse mediante la Unidad de Gestión de Riesgos, en forma independiente de las áreas comerciales y de negocios, así como de las áreas de registro de operaciones. La estructura organizacional debe contemplar una separación funcional entre las áreas de toma de riesgos, evaluación, seguimiento y control de los mismos.

La gestión del riesgo operativo/legal abarca a la EIF en su totalidad, por lo que requiere de difusión y concientización en todos los niveles de la estructura organizacional de la EIF, siendo la Unidad de Gestión de Riesgos la encargada de generar estrategias de comunicación efectivas y de propagar una cultura de gestión del riesgo operativo/legal dentro de un enfoque integral.

El monitoreo permanente del riesgo operativo/legal que realice la Unidad de Gestión de Riesgos, permitirá conocer si las áreas de negocios se encuentran ejecutando correctamente las estrategias, políticas, procesos y

procedimientos estructurados para la gestión de este riesgo.

En particular, la Unidad de Gestión de Riesgos debe cumplir al menos las siguientes funciones con relación al riesgo operativo/legal:

- Elaborar y someter a consideración del Comité de Riesgos, la metodología para identificar, medir, monitorear, controlar, mitigar y divulgar el riesgo operativo/legal.
- Efectuar seguimiento al cumplimiento de los límites de exposición al riesgo operativo/legal.
- Efectuar seguimiento al cumplimiento de las políticas relacionadas con los niveles de autorización y aprobación de operaciones, que podrían afectar el riesgo operativo/legal.
- Analizar las exposiciones a los distintos tipos de riesgo operativo/legal y su efecto sobre el Patrimonio de la EIF.
- Diseñar y someter a consideración del Comité de Riesgos, un sistema de información basado en reportes objetivos y oportunos, que permita analizar las exposiciones al riesgo operativo/legal y el cumplimiento de los límites fijados.
- Informar periódicamente al Comité de Riesgos, Gerente General, gerentes de áreas de negocios y demás instancias pertinentes, sobre la evolución de los niveles de exposición al riesgo operativo/legal.
- Preparar y someter a consideración del Comité de Riesgos, estrategias alternativas para administrar el riesgo operativo/legal.
- Analizar las condiciones del entorno económico, de la industria y de los mercados en los que opera la EIF, y sus efectos en las posiciones del riesgo operativo/legal, así como las pérdidas potenciales en las que se podría incurrir, en situaciones adversas.
- Realizar periódicamente análisis de estrés de las exposiciones al riesgo operativo/legal, incorporando cualquier señal de deterioro

provista por los estudios realizados por la EIF u otras fuentes.

- Elaborar y proponer al Comité de Riesgos planes de continuidad del negocio y de contingencias, para gestionar el riesgo operativo/legal en situaciones adversas extremas.
- Analizar la incursión de la EIF en productos nuevos, operaciones y actividades, acorde con la estrategia general del negocio, con sujeción a las disposiciones legales, normativas y estatutarias, y en cumplimiento al proceso de gestión del riesgo operativo/legal adoptado por la EIF.
- Proponer al Comité de Riesgos estrategias de comunicación y mecanismos de divulgación, que permitan promover una mayor cultura de riesgos al interior de toda la estructura organizacional.
- Almacenar en bases de datos, los eventos de pérdidas operativas, y actualizar esta información.
- Otras funciones que determine el Directorio u órgano equivalente de la EIF.

La divulgación de la información producida por la Unidad de Gestión de Riesgos, tanto para usuarios internos como externos, deberá realizarse de conformidad con los procedimientos, mecanismos, medidas de seguridad y niveles autorizados establecidos en las políticas aprobadas por el Directorio u órgano equivalente de la EIF, y sobre todo en el marco de las disposiciones normativas vigentes.

Unidad de Auditoría Interna

La gestión del riesgo operativo/legal/Legal debe estar sujeta a exámenes de auditoría interna, efectivos e integrales, por personal debidamente capacitado en temas relacionados con la gestión de riesgos. La Unidad de Auditoría Interna debe contar con independencia operativa y reportar directamente al Comité de Auditoría.

El rol de la Unidad de Auditoría Interna tiene un carácter fundamentalmente ex - post, consistente en verificar que todas las instancias de la organización hayan ejecutado correctamente las estrategias, políticas y procedimientos aprobados formalmente por el Directorio u órgano equivalente de la EIF, para la gestión del riesgo operativo/legal.

Algunas funciones específicas que debe desempeñar la Unidad de Auditoría Interna con relación a la gestión del riesgo operativo/legal, son las siguientes:

- Verificar que se hayan cumplido los límites de exposición al riesgo operativo/legal, siendo responsable de informar a las instancias que corresponda cualquier incumplimiento.
- Verificar que se implementen sistemas de control interno efectivos relacionados con la gestión del riesgo operativo/legal.
- Verificar el correcto registro de la información utilizada para la gestión del riesgo operativo/legal.
- Verificar que el personal involucrado en la gestión del riesgo operativo/legal, entienda completamente las políticas y tenga las competencias para tomar decisiones óptimas con base en dichas políticas.
- Verificar que las recomendaciones emanadas por el Comité de Riesgos, sean cumplidas por las áreas comerciales y de negocios, y por la Unidad de Gestión de Riesgos (Guías para la Gestión de Riesgos, 2008).

IV. PROCESO DE GESTIÓN DEL RIESGO LEGAL

4.1 Definiciones

Para efectos de la presente Guía, se adoptan definiciones básicas concordantes con la literatura especializada referida a la gestión del riesgo operativo, las mismas que tienen carácter enunciativo y no limitativo.

Riesgo operativo

Es el riesgo de incurrir en pérdida como consecuencia de deficiencias o fallos de los procesos internos, errores humanos, mal funcionamiento de los sistemas, sucesos externos o fraudes.

Riesgo legal

Se entiende por riesgo legal a “la posibilidad de que se presenten pérdidas o contingencias

negativas para la entidad, como consecuencia de fallas en contratos y transacciones que pueden afectar el funcionamiento o la condición de una institución, derivadas de error, dolo, negligencia o imprudencia en la concertación, instrumentación, formalización o ejecución de contratos y transacciones”. Constituyen también una fuente de riesgo legal, los incumplimientos de leyes o normas que regulan las actividades de las EIF, en cualquiera de los ámbitos (financiero, tributario, u otros).

Riesgo estratégico

Posibilidad de que se presenten pérdidas o contingencias negativas, como consecuencia de la incursión de la EIF en negocios o actividades que no son de su competencia. Este riesgo también se presenta cuando la EIF decide incursionar en nuevos segmentos o líneas de negocios, sin disponer de los recursos (humanos, técnicos, tecnológicos, tecnología crediticia, etc.) para gestionar adecuadamente los riesgos inherentes a esos segmentos o líneas.

Riesgo reputacional

Es la posibilidad de afectación del prestigio de una EIF, por cualquier evento externo, fallas

internas hechas públicas, o al estar involucrada la entidad en transacciones o relaciones con negocios ilícitos, que puedan generar pérdidas y ocasionar un deterioro de la situación de la misma. Deficiencias de control interno Anormalidades o defectos en el sistema de control interno, o inexistencia de éste, que no permitan proporcionar seguridad razonable del desarrollo de las actividades y procesos para el logro de los objetivos institucionales de la EIF. Presencia de factores que limiten una apropiada segregación de funciones y operaciones, que dificulten lograr eficacia y eficiencia de las operaciones, confiabilidad de la información y cumplimiento de leyes, reglamentos y políticas internas.

Procedimientos inadecuados

Es el riesgo que se genera por ineficiencias o errores en la ejecución y procesamiento de operaciones o actividades, atribuibles a defectos en los procedimientos o la inexistencia de éstos. Está asociado a los errores o fallas en las diferentes fases, procesos u operaciones, derivadas de prácticas no formalizadas, procedimientos incompatibles con los procesos o ausencia de procedimientos.

Errores humanos y fraudes

Es el riesgo de que el personal de la EIF, de forma intencionada o no, incumpla las políticas, procedimientos y controles establecidos, poniendo en peligro la seguridad operativa diaria. También se genera cuando existen deficiencias o errores en la ejecución y procesamiento de las operaciones, debido a incompetencias o la falta de capacidades del personal para desarrollar determinadas actividades. La ausencia de personal calificado, no suficientemente formado o la existencia de una elevada rotación de recursos humanos, son factores generadores de este riesgo.

Fallas en los sistemas informáticos

Son las interrupciones del flujo regular de las actividades de la EIF, la incapacidad de preservar la continuidad de los procesos, o el procesamiento inapropiado de las operaciones, debido a fallas en los equipos y/o sistemas informáticos de la entidad.

Eventos externos de fuerza mayor ajenos a la entidad

Se refieren a problemas originados fuera del ámbito interno de la EIF, que constituyen factores de riesgo operativo que podrían provocar pérdidas a la entidad. Existe una gama variada de eventos externos, tal como desastres naturales, disturbios y conflictos sociales, acciones de atentado, etc., que manifiestan características y naturaleza diversa.

Gestión del riesgo operativo

Es el conjunto de estructuras, actividades y procesos específicos orientados a la identificación, medición, monitoreo, control, mitigación y divulgación del riesgo operativo.

Fuentes de riesgo operativo

Se refieren a los factores que generan la existencia de riesgo operativo en una EIF. Éstos se encuentran dentro y fuera de las EIF y son parte esencial para la ejecución de las actividades de intermediación financiera, pudiendo clasificarse en los siguientes cuatro tipos:

- Los procesos internos
- Las personas
- La tecnología
- Los eventos externos

Procesos internos

Son todos los procesos internos estructurados en la EIF, para desarrollar con regularidad las actividades propias de su giro.

Al ser una primera fuente generadora de riesgo operativo, la EIF debe considerar el riesgo de incurrir en pérdidas financieras como consecuencia del diseño inapropiado de los procesos críticos, por políticas y procedimientos inadecuados o inexistentes que puedan derivar en la ejecución deficiente de las operaciones y servicios, o la suspensión de los mismos.

Deben considerarse los riesgos asociados a procesos internos como las fallas en los modelos utilizados, los errores en las transacciones, la evaluación inadecuada de contratos, la complejidad de productos, operaciones y servicios, los errores en la información contable, la inadecuada compensación, liquidación o pago, la insuficiencia de recursos para el volumen de operaciones, la inadecuada documentación de transacciones, así como el incumplimiento de plazos y costos planeados, entre otros.

Personas

Una segunda fuente originadora del riesgo operativo, consiste en la posibilidad de pérdidas

financieras relacionadas con un ambiente laboral desfavorable, la falta de especificaciones

claras en los términos de contratación del personal, inadecuada capacitación de funcionarios o actitudes y comportamientos inapropiados de éstos, como negligencia, error humano, sabotaje, fraude, robo, paralizaciones, apropiación de información sensible, entre otros; también se incluye en esta categoría, actividades de lavado de dinero, dudosas relaciones interpersonales, o cualquier otra situación anómala relacionada con las acciones de personas que ejercen algún tipo de función en la EIF y que podrían derivar en la asunción de pérdidas.

Tecnología de información

Las pérdidas financieras por riesgo operativo también pueden provenir de inadecuados sistemas informáticos y de tecnologías relacionadas, que afecten o interrumpen el normal desarrollo de las operaciones y servicios que realiza la EIF. Estas deficiencias, incluso podrían atentar contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de la información.

La EIF debe considerar los riesgos vinculados a las fallas en la seguridad y continuidad operativa de los sistemas informáticos, los errores en el desarrollo e implementación de dichos sistemas, así como la compatibilidad e integración de los mismos; los problemas de calidad de la información, la inadecuada inversión en tecnología y las fallas en la adecuación a los objetivos del negocio, entre otros aspectos.

Eventos externos

Como eventos externos generadores de riesgo operativo, se considera la posibilidad de incurrir en pérdidas derivadas de la materialización de eventos ajenos al control de la EIF, que pudiesen alterar el desarrollo de sus actividades, o afectar otros aspectos operativos asociados a los procesos internos, personas y tecnología de información. En tal sentido, entre otros factores, se debe tomar en consideración los riesgos que implican las contingencias legales, las fallas en los servicios públicos, la ocurrencia de desastres naturales, atentados y actos delictivos, así como las fallas en servicios críticos provistos por terceros.

Tipos de riesgo operativo

Los diferentes tipos de riesgo operativo que el Comité de Basilea ha identificado como posibles fuentes de pérdidas sustanciales al interior de las EIF, son los siguientes:

- Fraude interno: Errores intencionados en la información sobre posiciones, apropiación indebida, robos, utilización de información confidencial, u otros actos dolosos cometidos por

algunos empleados, administradores o directivos de la EIF, para su propio beneficio.

- Fraude externo: atraco, falsificación, circulación de cheques en descubierto, daños por intrusión en los sistemas informáticos, etc.
- Relaciones laborales y seguridad en el puesto de trabajo: indemnizaciones por parte de los empleados, infracción de las normas laborales de seguridad e higiene, organización de actividades laborales, acusaciones de discriminación, responsabilidades generales, etc.
- Prácticas con los clientes, productos y negocios: abusos de confianza, abuso de información confidencial sobre el cliente, negociación fraudulenta en las cuentas de la EIF, blanqueo de capitales, venta de productos no autorizados, etc.
- Daños a activos materiales: terrorismo, vandalismo, terremotos, incendios, inundaciones, etc.
- Alteraciones en la actividad y fallos en los sistemas: fallos del hardware o del software, problemas en las telecomunicaciones, interrupción en la prestación de servicios públicos, etc.
- Ejecución, entrega y procesamiento: errores en la introducción de datos, fallos en la administración de la información, documentación jurídica incompleta, concesión de acceso no autorizado a las cuentas de los clientes, prácticas inadecuadas de contrapartes distintas de clientes, litigios con distribuidores, etc.

4.2 Identificación del Riesgo Legal

La identificación de riesgos legales es en parte un sub producto del proceso de definir el significado de esta expresión y en parte un resultado de la aplicación de esa definición en el día a día de los negocios de la institución. En términos prácticos, la institución necesita identificar donde es el lugar

más probable que el riesgo legal aparecerá (dado que es imposible prevenir que tal riesgo aparezca). Las dos categorías más amplias de a) demandas contra la institución y b) documentación defectuosa, son generalmente las más relevantes en la mayor parte de las instituciones.

Estas categorías necesitan ser desglosadas aun más. Por ejemplo, en relación a la documentación, la institución necesita contar con un análisis comprensivo, el cual debe mantenerse actualizado, sobre el tipo de documentación utilizada por el negocio, como se “trata y prueba” esa documentación (y cual es el proceso para la prueba en si), que documentos son de particular importancia financiera en términos de exposición protección de activos, quien es responsable por la efectividad legal de la documentación y así se podría continuar.

El relación a las demandas realizadas en contra de la institución, un análisis similar puede involucrar exámenes de las diferentes jurisdicciones en las cuales la institución conduce sus negocios y/o tengan pérdidas potenciales responsabilidades, la naturaleza de las exposiciones legales en esas jurisdicciones (ya sea por ruptura de contrato, incumplimiento de contrato, exposiciones por regulación o estatutos o cualquier otro problema), la cultura litigante de la jurisdicción y las potenciales exposiciones financieras, incluyendo la extensión del daño ante un juicio adverso en exceso al calculado o daño penal.

Tal análisis no puede ser realizado en el vacío. Necesita estar referenciado a los productos y servicios ofrecidos en cada jurisdicción y el perfil de riesgo de esos productos y servicios considerados conjuntamente con criterios objetivos y subjetivos, incluyendo la propia experiencia de la institución en la oferta de tales productos y servicios.

Es posible que el proceso de identificación pueda resultar en la revisión de las decisiones sobre si un producto o servicio en particular sea ofertado (lo cual en su vez puede depender del ambiente legal en jurisdicciones particulares). La institución puede decidir abstener una línea de negocio (ya sea o no por referencias de una jurisdicción en particular) sobre la base de evitar riesgos conjuntamente con la valoración de un ratio Riesgo/Beneficio y otros factores relevantes

La identificación del riesgo es una función y debe ser objetivamente establecida en conjunción con la utilización de indicadores de riesgo.

4.3 Medición del Riesgo Legal

Dada la mayor complejidad, los avances tecnológicos, la creciente globalización, la cada vez más frecuente irrupción de nuevos productos, la tendencia hacia la liberalización financiera y el aumento de crisis y fraudes financieros, es palpable que se van incrementando los recursos asignados a la medición y gestión del riesgo operacional, donde en la actualidad se proponen ciertos sistemas de control. También la introducción de las nuevas tecnologías y automatización de los servicios financieros, el crecimiento del comercio y gestión electrónicos, las adquisiciones y fusiones a escala internacional, y el aumento de la externalización de servicios son las causas que más se citan en la industria bancaria para afirmar la importancia del riesgo operacional. Basilea II se suma a este control proponiendo unos requerimientos explícitos de capital para cubrir el riesgo operacional.

El riesgo legal quedaría incluido en esta tendencia e interés de gestión, al ser una parte del riesgo operacional. Si se aproxima, inicialmente, la importancia legal por su medida directa de todas las pérdidas adscritas, según datos de 2002 aportados por dos informes del BIS¹, estaría entre el 20% y el 40% de todo el riesgo operacional². Representando este último riesgo, para datos de 2002, entre el 10% y 20% de toda la gestión del riesgo de la entidad³. Es decir, que tentativamente se puede afirmar que en el 2002 el riesgo legal directamente supuso entre el 2% y el 8% de todo el riesgo (financiero) del banco o entidad, porcentaje que no hace más que subir por

1 Informe del BIS de 2002 The Loss Data Collection Exercise for Operational Risk para 89 bancos y 47.000 datos, centrado en la distribución interna de capital que figura para el riesgo operacional y representando casi ocho mil millones de euros en pérdidas registradas; e informe del BIS de 2002 The Quantitative Impact Study for Operational Risk para 30 bancos y 27.000 datos, centrado en la información concerniente a los sucesos con pérdidas por riesgo operacional y representando más de dos mil seiscientos millones de euros en pérdidas registradas.

2 El riesgo legal sólo supone sobre el 10% de las operaciones fallidas por el alto número de pérdidas por fraude externo y por errores en la gestión de procesos, entregas y funcionamiento, las cuales apenas suponen pérdidas monetarias para la empresa. De manera que para riesgo de pérdidas severas, la importancia del riesgo legal dentro del operacional aumenta. Por ejemplo, según un informe del Federal Reserve Bank of Boston de 2003 Using loss Data to Quantify Operational Risk para bancos de Estados Unidos, para pérdidas que superaban el 1.000.000 USD, que entre el 70-80% de las pérdidas totales por riesgo operacional se concentraba en el fraude interno y en las prácticas con clientes, productos y negocios, tanto en operaciones internas como ocurridas fuera de Estados Unidos, indicando la preponderancia del riesgo legal en los sucesos de grandes pérdidas por riesgo operacional.

3 Datos estimados a partir de una encuesta de 2002 con 427 respuestas de profesionales realizada por Global Association of Risk Professionals (Operational Risk Survey). Aunque existen autores que elevan la importancia del riesgo operacional al 25% del total de riesgos no esperados por la entidad.

la reducción de los riesgos asumidos de mercado y de crédito debido a la sofisticación de las técnicas de su gestión.

Para la gestión del riesgo operacional, Basilea II propone unos requerimientos explícitos de capital para su cobertura. Dichos requerimientos se pueden determinar a partir de guías o metodologías para la medición del riesgo operacional. Propuestas, que aunque enfocadas a entidades bancarias, son aplicables a todo tipo de entidades y operaciones. Estas metodologías son trasladables también a la medición del riesgo legal, nada más que reduciendo de siete a dos el número de componentes:

1. *Método del indicador básico:* consiste en multiplicar un porcentaje fijo por un indicador de la exposición al riesgo. Basilea II propone para el riesgo operacional el 15% de la media del margen ordinario de los tres últimos años, siempre y cuando dicho margen sea positivo en los tres años⁴.

Teniendo en cuenta que el riesgo legal representa entre el 20% y el 40%, dependiendo del tipo de negocio bancario, de las pérdidas por riesgo operacional, una forma de aproximación rápida sería reducir la exposición al riesgo a un nivel entre estos porcentajes.

2. *Método estándar:* consiste en dividir la actividad financiera en ocho líneas de negocio, y multiplicar un porcentaje entre 12% y 18% por la media de los tres últimos años del margen ordinario de cada línea de negocio, donde las líneas de mayor porcentaje (18%) son finanzas corporativas, negociación y ventas, y liquidación y pagos.

Para el riesgo legal, seguramente habría que ajustar los porcentajes propuestos por Basilea II porque cerca de la mitad de las pérdidas bancarias por dicho riesgo se concentran en el segmento de banca minorista, cuyo porcentaje es el menor de los propuestos (12%).

4 Aunque inicialmente se barajaron porcentajes el 20%, e incluso del 30%, en las primeras calibraciones de Basilea II (2001).

3. *Métodos avanzados*⁵: consisten en modelos internos de medición del riesgo operacional, previa aprobación por el supervisor. Estos modelos tienen que garantizar un adecuado ajuste de las colas de la distribución de probabilidad de las Pérdidas y Ganancias, sobre todo identificando los eventos que generarían grandes pérdidas. Estos modelos no incluyen sólo los factores de riesgo, sino también la estimación final del requerimiento de capital.

Su concreción en el riesgo legal implicaría una reducción de la estadística e información sobre los sucesos desfavorables respecto al riesgo operacional.

Ejemplos de estos modelos, que compaginan datos internos de la entidad y datos externos con posibles escenarios y con factores de control y de entorno de negocio, y que han sido desarrollados dentro del sector financiero son:

- Método de distribución de pérdidas (agregadas): consiste en la estimación de la distribución de probabilidad de las Pérdidas y Ganancias a partir de datos internos, filtrados por datos externos en su caso. Estimando de forma separada la frecuencia y la severidad de las pérdidas.
- Método de cuadro de mando o de indicadores y controles de riesgo: consisten en la elaboración de cuestionarios e indicadores de riesgo por expertos en la gestión y dirección, intentando estimar el perfil y grado del riesgo operacional.
- Modelos internos: la mayoría pretenden incorporar los “beneficios de la diversificación” cuando se agrupa el riesgo operacional de varios negocios (y filiales). Basilea II menciona un método híbrido, que para las grandes unidades de negocio

⁵ El Grupo de Gestión del Riesgo (RMG) del BIS proponía que hubiese un límite en la reducción del requerimiento del capital si se utilizan métodos avanzados respecto al método estándar del 75% de éste último. Estos métodos entran dentro de la clasificación inicial de Basilea II de métodos de medida interna, basados en utilizar datos internos en el cálculo del capital regulatorio. En principio, si un banco opta y se le aprueba uno de estos métodos, luego no le estará permitido utilizar un método más sencillo para determinar su capital regulatorio por riesgo operacional.

y filiales obligaría a un cálculo de los requerimientos de capital individual y para las unidades de negocio o filiales poco significativas un método de reparto del requerimiento de capital que permita compensar por diversificación.

- Técnicas de mitigación del riesgo: consiste en considerar el efecto reductor del riesgo que entrañan los seguros. Específicamente Basilea II señala como cota superior de esta reducción un 20% del requerimiento de capital por riesgo operacional. Seguro que sólo es aplicable a entidades de alta calificación crediticia y con aseguradoras externas, sin incorporar otros instrumentos de cobertura como derivados ni otros productos financieros.
- Utilización parcial de métodos avanzados: consiste en aplicar únicamente modelos internos para una parte de las actividades de la entidad, y el resto seguiría el método básico o el estándar.

El cálculo derivado del requerimiento de capital, luego sería revisado y comparado por el supervisor para comprobar que refleja adecuadamente el perfil de riesgo de la entidad, y valorado por el mercado a través de la transparencia informativa⁶. De manera, que la gestión del riesgo operacional, y por ende la del riesgo legal, supone un marco que incluye la identificación, la medición, el seguimiento, la información, el control y, finalmente, la mitigación.

Para la medición indirecta del riesgo legal, como posibilidad de cambio normativo, tanto Basilea II como la literatura financiera no plantean ninguna metodología específica. En este caso se deberían utilizar los métodos habituales de estimación del riesgo, como el tradicional de la probabilidad de ocurrencia del evento desfavorable (cambio de normativa) o los más

⁶ En el quinto estudio de impacto del riesgo operacional del BIS (2005) se constata la amplia difusión de los métodos avanzados en la determinación del requerimiento de capital y el menor porcentaje de contribución de los grandes bancos. Los requerimientos de capital por riesgo operacional en la mayoría de bancos suponen los segundos en importancia después del riesgo de crédito y a gran distancia de los riesgos de mercado, los cuales tienen una mayor cobertura.

actuales de tipo valor en riesgo, que combinan probabilidad de ocurrencia y severidad de las pérdidas. Ambos métodos tienen limitaciones aplicados al riesgo legal en cuanto que no reflejan que el coste del riesgo legal tiende a distribuirse en el tiempo y que ciertos costes tienen probabilidades distintas de ser exigidos y de duración.

Estas últimas limitaciones ya avisan de la dificultad de la medida de la definición indirecta del riesgo legal. El trabajo, por ello, se enfoca hacia el estudio de un indicador de la importancia de la definición indirecta, el cual sería satisfactorio para su gestión (David Ceballos Hornero, 2007).

4.4 Control/Valoración del Riesgo Legal

Existe una versión anterior del documento del Comité de Basilea sobre Riesgo Operacional referida a la medición del riesgo, esta idea ha sido eliminada a favor de la valoración del riesgo. Este cambio, entre otras cosas, reconoce el hecho de que es imposible adscribir formulación rígida de medición matemática al riesgo operacional y legal. Notoriamente, estos tienden a tener características de baja probabilidad y alto impacto (por ejemplo, los numerosos casos de fraude de los años recientes).

La valoración es por su naturaleza un concepto un poco vago en relación al de medición. Es también más flexible y mejor enfocado a objetivos y realidades de la administración del riesgo legal. La alta gerencia necesita desarrollar un entendimiento, que será compartido a lo largo de las diferentes áreas de negocio de cualquier institución, sobre que involucra esa valoración en el contexto del riesgo legal. Los factores que deben ser tomados en consideración son los siguientes:

- La infraestructura legal de cualquier jurisdicción en particular donde se realicen negocios, incluyendo la independencia de los jueces, la sofisticación de los contratos y los conceptos corporativos legales y los riesgos asociados con las transacciones y las cláusulas contractuales (por ejemplo, el riesgo de que las cortes puedan reconstruir transacciones importantes donde la institución es comúnmente una parte);

- Tanto si las fuentes relevantes de Ley (típicamente, casos legales y legislación) conjuntamente con las prácticas del mercado están firme y razonablemente establecidos con respecto a problemas legales que puedan afectar al negocio de la institución en una jurisdicción en particular;
- La extensión sobre cualquier vacío legal, el “peor escenario posible” si ese vacío puede ser resuelto de una manera adversa a la institución;
- El conjunto de datos históricos de otras instituciones del mismo ramo en la misma jurisdicción (tanto cuanto sea público) en relación a litigios adversos y transacciones defectuosas;
- El conocimiento y confianza propio de la institución en relación al ambiente regulatorio, prestando especial atención al mercadeo de un nuevo producto;
- Si el mercado es o no un consumidor del nuevo producto o servicio o es un mercado profesional;
- El riesgo de daños colaterales si el riesgo se materializa; por ejemplo, los problemas reputacionales y las implicaciones políticas;
- Si es que la documentación (y el ambiente regulatorio legal) es fácilmente entendible (o excepcionalmente difícil su entender) cuando son vistos desde una perspectiva del individuo que está involucrado en el mercadeo y la venta; y
- Si la actividad tiene una tendencia a incrementar las alegaciones de conflicto de interés.

La responsabilidad de esta valoración debe recaer inicialmente sobre el departamento legal. Es, sin embargo, una pregunta separada sobre quien debe tomar la decisión comercial basada en la valoración (aunque uno espere alguna contribución legal en tal proceso). Las instituciones pueden encontrar que es beneficioso el involucrarse en alguna forma de proceso de “scoring” en el ejercicio de la valoración, creando de esta forma un registro que facilitará la comparación de los que es igual cuando se esté viendo

una nueva decisión y compararla con decisiones tomadas en condiciones similares en el pasado, tal metodología no debe confundirse con medición ni tampoco debe ser considerada como algo preciso ya que el ejercicio inevitablemente involucra un grado de juicio subjetivo. No obstante, un sistema de scoring tiene algunos beneficios, incluyendo la provisión de raciocinio más detallado para las decisiones más difíciles de valoración de riesgo. El documento sobre riesgo operacional del Comité de Basilea, recomienda tener generalmente reportes de estado y scoring en el contexto de la valoración de riesgos.

Un modelo para (o al menos un ejemplo de) valoración de riesgo legal y scoring puede ser encontrado en una publicación de un banco multilateral. En su “reporte de transición 2003”, el Banco Europeo para Reconstrucción y Desarrollo incluye un “examen de indicadores legales” que tiene como propósito ser “una nueva forma para medir el proceso legal”.

El sistema de scoring es, en algunos puntos, por así decirlo básico, por ejemplo “los rangos de score varían de 1 a 3 donde indica, primero, que no existen problemas significativos, segundo que se trata de un problema relativamente menor y tercero advierte un problema mayor”. El informe es de interés en relación al riesgo legal en vista que no solo identifica varios países que tienen problemas de “infraestructura legal” de varias magnitudes, pero también muestra un número de conceptos de que las instituciones financieras deben generalmente tomar como relevante la efectividad de la Ley en casi cualquier contexto. Por ejemplo, en la revisión la efectividad de las Leyes relacionadas a reforzar la seguridad, el informe considera (en relación a 26 países) cómo un país puede ser clasificado en problemas tales como el impacto de la corrupción dentro del sistema de Cortes Judiciales, la habilidad del deudor para prevenir o en su defecto obstruir procedimientos coactivos y la confianza de las Cortes y “otras instituciones necesarias para soportar el procesos coactivos”, los resultados de este examen proveen un material de ayuda para cualquier consejo general concerniente con la valoración del riesgo legal en los países en cuestión, especialmente en relación a transacciones que involucran la provisión de seguridad. Es, entre otras cosas, un buen ejemplo de una metodología de cómo el riesgo legal puede ser valorado en un contexto en particular. Las agencias de Ratings,

en conexión con proyectos en países en desarrollo, utilizan un sistema de comparativo de scoring para efectuar el correspondiente benchmark.

Pueden hallarse paralelos con la metodología utilizada por Euromoney en conexión con su “mapa de riesgo político global” (el cual clasifica a los países del mundo según riesgo político por referencia a 5 diferentes grados). El documento, entre otras cosas, identifica las industrias que son consideradas con las de más alto riesgo por interferencia política y también hace distinción entre el riesgo de corrupción, el riesgo de violencia política y el riesgo de convertibilidad. Se utiliza el índice de percepción de transparencia y corrupción internacional (en su forma un ejemplo de scoring).

La metodología involucra la atribución de dar peso a nueve categorías separadas: (1) Riesgo Político, (2) Desempeño Económico, (3) Indicadores de Deuda, (4) Deuda Ejecutada o Reestructurada, (5) Ratings Crediticios, (6) Acceso a Finanzas Bancarias, (7) Acceso a financiamiento de Corto Plazo, (8) Acceso al mercado de capitales y (9) Descuentos sobre pérdidas. El mapa resultante, claro está, pretende servir como una guía hacia problemas políticos/financieros en vez de problemas de riesgo legal, pero la relación entre riesgo político y riesgo legal es tan cercana que los resultados deben quizás ser tomados a consideración cuando se valora el riesgo legal de hacer negocios en un país en particular.

4.5 Monitoreo del Riesgo Legal

El monitoreo involucra el reporte regular de información material a aquellos que puedan valorar su importancia y por último a la alta gerencia. En relación al riesgo legal, las preguntas que nacen al momento de considerar a que departamento se debe responsabilizar por la implementación de los procesos de monitoreo y que partes de la administración deben recibir y valorar la información como y cuando esta es producida. Así como con todos los aspectos de la administración de riesgo, es importante que los individuos y departamentos involucrados estén en la posibilidad de realizar sus funciones en una forma en la cual no se lleguen a distorsiones causadas por conflictos de interés u otros factores que pueden inhibir un flujo libre de información basada en hechos claros.

En relación con los abogados propios de la institución, es de particular importancia que estos tengan la independencia suficiente dentro de la estructura organizacional para permitir un enfoque riguroso de los procesos relevantes (ya sea o no que los montos puedan dar alertas en situaciones extremas). Es también importante que el abogado tenga acceso a la información necesaria. En este punto, es interesante notar que el consejero principal de la administración de Parmalat (Bruno Cova) recientemente observó “existía un departamento legal en Parmalat con perfectamente buenos abogados, pero a ellos no se les dio la oportunidad para entender lo que estaba pasando. Antes que un consejero general acepte un trabajo en cualquier compañía, debe estar seguro de que reporta directamente al Gerente General o al Directorio. Todos los demás abogados dentro de la entidad deben reportar al consejero general, de manera que este pueda entender lo que está pasando. Parmalat no tenía esas líneas de reporte, los abogados solo reportaban a las secciones donde trabajaban, motivo por el cual el consejero general no estaba al tanto de la situación y por lo tanto le era imposible prestar asistencia.

No es necesario (posiblemente no deseable) que la función de monitoreo sea llevada a cabo enteramente por los abogados internos aunque sea su preocupación primaria el riesgo legal. Los abogados, obviamente, serán necesarios para proveer consejo técnico legal en una gran variedad de áreas y aunque sea ventajoso que los abogados hagan contribuciones al proceso de decisión, no es necesario que tengan control total sobre todas las decisiones que el proceso de monitoreo produzca. Pero la distribución de la responsabilidad y las líneas de reporte tienen que ser claras como el agua. (Ver de forma general el principio 6). Más aún, la efectividad de esta función, así como otros aspectos de la estructura de la administración del riesgo, necesitarán ser evaluadas a una comprehensiva auditoría interna por personal operativo/legal independiente (Principio 2). El hecho de que el procedimiento exista y aquellos involucrados en su implementación se les garanticen independencia debe ser por si mismo un beneficio sustantivo en mantener lo que el documento sobre Riesgo Operacional del Comité de Basilea describe como “altos estándares de comportamiento ético a todos los niveles del banco” (ver Parágrafo 11)

Al establecer procesos de monitoreo las instituciones necesitaran pensar los indicadores de riesgo apropiados en el contexto de riesgo legal. la entrada a nuevos mercados debe siempre apuntar a una valoración de riesgo rigurosa en cualquier evento. Existen otros indicadores bastante obvios. Hill Lytton, el vicepresidente y consejero general de Tyco recientemente dijo “es una señal de alarma si hay una reunión donde como abogado, no se está permitido ir. No debería existir reuniones donde el consejero general no pueda ir – especialmente ahora, cuando el consejero general está reconocido como tener más de una parte en la administración de decisiones que antes”. Sin embargo, algunos de los más obvios signos de alerta, los indicadores de identificación del riesgo legal varían significativamente de institución a institución, dependiendo del rango de sus negocios, a continuación posibles ejemplos sugeridos:

- Nueva legislación (incluyendo propuestas para nueva legislación).
- Nuevos casos legales.
- Cambios significativos en la práctica del mercado y relacionada a documentación.
- Cambios en personal clave.
- Retroalimentación de reguladores u otros participantes del mercado que indiquen hasta ahora riesgos legales no identificados.
- Acciones legales llevadas en contra otros participantes del mercado que potencialmente puedan ser conducidas hacia la propia institución.
- Acciones legales u otras circunstancias que afectan a los participantes del mercado que puedan tener impacto directo o indirecto en la institución (Ya sea que involucre o no una litigación).

- Cambios políticos que pueden resultar en un cambio en como las leyes y regulaciones son aplicadas.
- Un cambio significativo en el consejo recibido de consejeros legales externos en un punto material.
- La utilización de consejeros no conocidos.
- Calificaciones o asunciones inusuales en opiniones legales formales.
- Cambios significativos en la disponibilidad, o costo, de la cobertura de seguros.
- La utilización de estándares antiguos sobre documentación.
- Erosión en las reglas concernientes al privilegio abogado-cliente (Ver Three Rivers D.C. vs Bank of England).

Claro está que es virtualmente imposible completar una lista exhaustiva. Es mejor entender el rol de los indicadores de riesgo y el desarrollo de un enfoque mucho mejor ajustado que evolucionará en la medida que las instituciones incrementen el grado de sofisticación aplicada a sus procesos de administración de riesgos.

4.6 Control/Mitigación del Riesgo Legal

Los seguros comerciales, son un método obvio de controlar o mitigar la pérdida causada por el riesgo legal. Tal como muchos han apuntado, es poco probable que los seguros comerciales estén disponibles para cubrir todas las formas de riesgo legal y es vitalmente importante que los límites y condiciones sobre pólizas de seguro en particular sean propiamente analizadas y entendidas. Problemas similares aparecen con otros instrumentos de mitigación en la forma de transacciones que evaden riesgo dejando libre una salida alterna, derivados, etc. Tales herramientas de mitigación dan lugar a problemas propios y, como frecuentemente se dijo, pueden simplemente reemplazar un riesgo con otro; sin embargo, tienen valor.

En relación al control, las instituciones deben desear desarrollar (y muchas no tendrán la duda de haberlo hecho ya) estrategias avanzadas para enfrentar con por lo menos los escenarios de riesgo más predecibles. Sin embargo, mucho del riesgo legal no solo cuenta con la característica de ser de baja probabilidad pero de alto impacto, sino que califica como impredecible. Controlar la pérdida resultante del riesgo legal involucra, a un nivel legal, una revisión del impacto sobre la documentación, estableciendo recursos para defender (o querellar) demandas y un análisis del probable impacto financiero. Las decisiones de cómo reaccionar al impacto financiero serán ultimadamente realizadas por la administración. La metodología dependerá de una extensión significativa de hechos. Es importante, sin embargo, que el mecanismo de control permita una reacción lo más rápida posible dado los rápidos medios de tratar con una ejecución que ahora es típico de los mercados financieros. Dependiendo de la naturaleza de las transacciones el control/respuesta puede también tener la necesidad de involucrar asociaciones de comercio y otros participantes del mercado. Puede que no sea apropiado o práctico para una institución actuar aisladamente en respuesta a un escenario de riesgo que afecte una amplia gama de participantes del mercado (por ejemplo, un defecto de mercado en un estándar de documentación o un nuevo caso legal que tenga implicaciones para muchos participantes).

El control diario del riesgo legal tendrá, entre otras cosas, que involucrar una revisión periódica y la actualización de la documentación utilizada por la entidad. Las prácticas sanas deberían sugerir que la documentación debe ser revisada tanto en respuesta a eventos específicos (por ejemplo, nuevos casos legales o legislación) que puedan requerir enmiendas y también sobre una base regular para asegurarse que la institución se mantenga a la par de la práctica del mercado y desarrollos legales que en otras circunstancias escaparían de nuestra atención. Dependiendo de los recursos del departamento legal interno de la entidad puede ser apropiado el uso de recursos externos para toda o parte de esa revisión (ver también el parágrafo 22 de documento sobre riesgo operacional del Comité de Basilea).

Las revisiones documentarias no deben, sin embargo, ser llevadas a cabo de forma aislada de las prácticas y procedimientos en las cuales se baso

la construcción de esta documentación. Los procedimientos de revisión necesitan tener una apreciación de cómo las transacciones son típicamente concluidas, cuando y como se utilizan los documentos estándares del mercado (o acuerdos master), la realización de compromisos telefónicos, despacho de notas de confirmación. El significado contractual de tales eventos pueden variar de jurisdicción en jurisdicción, puede ser apropiado que personal no legal este involucrado en el proceso de hacer un trato y se de forma regular actualizado de los problemas legales que pudieran surgir en la forma en la cual se esté haciendo el trato en cuestión. Aquí, y como otros aspectos procedimentales, debe existir una relación cercana con los aspectos de la función de cumplimiento a disposiciones legales.

Claridad en los Roles de los Abogados

El debido proceso y el proceso asociado con este concepto son un ejemplo de los problemas legales que aparecen como resultado de, o por lo menos asociado con la relación entre los abogados internos y los abogados externos. Así como todo en la función de asesoría, la responsabilidad por el consejo y la comunicación desde y al cliente necesita estar absolutamente claro. Existe un peligro inherente sobre la responsabilidad del consejo y la implementación del consejo “caiga entre las grietas”. La función interna necesita estar alerta sobre este problema y tomar los pasos necesarios para minimizar el riesgo de ocurrencia. El problema se acentúa aún más donde hay un factor multiplicativo de asesores externos sin un solo punto de responsabilidad a lo largo de la institución.

Donde el consejo interno asuma un rol “más estrecho” en la administración de una transacción (inclusive donde se ha designado una asesoría externa) puede que tenga ciertos beneficios comerciales; pero puede incrementar el riesgo de confusión y también la responsabilidad. Este particularmente el caso donde puede existir algún riesgo de que el “verdadero” cliente no entienda en consejo provisto por la asesoría externa o, por cualquier razón, falle en implementarlo. Estos riesgos no tienen, posiblemente, forma de ser manejados de una manera fácil para su uso predominante en años recientes dado las comunicaciones electrónicas y el grado de informalidad e imprecisión en el lenguaje que involucra a tales comunicaciones.

Prácticas tradicionales tales como mantener notas de asistencia en relación a la provisión de asesoría y la confirmación de consejos importantes en cartas formales que, aparentemente, es menos común. Dado el paso y la complejidad de negociaciones en transacciones mayores esto puede ser entendible, pero tiene implicaciones de riesgo que pueden resultar en registros menos efectivos en relación a la responsabilidad por el consejo. En esta conexión, es importante para la institución el apreciar no solo la correcta provisión de consejo legal sobre un problema sensitivo de riesgo, sino también como el registro de la responsabilidad por tal consejo.

Se debe tener cuidado en los términos sobre los cuales se cuenta con la asesoría externa. Documentación formal (ya sea en la forma de cartas o contratos) se han vuelto más comunes. Lo cual puede ser beneficioso hasta ahora ya que clarifica el rol del asesor externo. Sin embargo, no es inusual que el asesor externo tome la oportunidad de incluir limitaciones de lenguaje en tales documentos los que no solo afectarán el rol y la responsabilidad, pero también las responsabilidades financieras, del asesor. Las firmas legales pueden, también, en algunos casos, buscar negar responsabilidad por aspectos altamente técnicos de la documentación, incluyendo la efectividad de formulaciones matemáticas complejas.

Sería reconfortante creer que la asesoría legal externa estaría, tal vez, en una mejor posición de proveer una visión desinteresada y objetiva de la posición de una institución donde surjan riesgos legales. Sin embargo, los abogados internos no deben tomar esa visión objetiva y desinteresada a la ligera. La desregulación de la profesión legal tiene un número de efectos, muchos de los cuales son positivos, pero no ha reforzado la habilidad del asesor externo de mantenerse “reservado” (una actitud que actualmente está decididamente fuera de moda). Como se ha notado en el reciente artículo de David Gold y Adam Johnson (Herbert Smith) en “El Abogado Europeo”:

“Las firmas legales expresan rutinariamente su deseo de estar más cerca de sus clientes, para entender el negocio mejor y para proveer un servicio mejorado. Mientras que estos sentimientos son coherentes, los riesgos de estar muy cerca no deben ser ignorados. El involucrase de forma cercana entre el abogado y

su cliente que ha fallado o que se ha encontrado que conduce negocios ilícitos inevitablemente resultará en un escrutinio cercano del rol del abogado....”

En este mismo artículo, Gold y Johnson atraen la atención a los peligros de que los abogados acepten roles en el directorio de sus clientes y el potencial conflicto de interés resultante. Ellos notan que “esta práctica, que tradicionalmente se ve como un voto de confianza en la compañía que contrata un abogado como director, es percibida por los profesionales legales como una tolerancia y obviamente fuente de conflicto, que debe estar sujeta a una revisión cuidadosa de las firmas que están preocupadas sobre la administración de riesgo en el mundo post Enron y Parmalat.”

Las preguntas sobre conflictos y claridad de responsabilidades pueden ser acentuadas en las transacciones donde la asesoría legal de la institución es nombrada (y pagada) por el consumidor. En tales casos, los términos financieros de ese nombramiento (que puede involucrar el compartir el riesgo) merecen un escrutinio por parte de la institución a quien los abogados externos tienen el deber de cuidar (Ralph Nash, 2005).

V. CONCLUSIONES

La administración de riesgos no es especialmente una ciencia precisa. La administración del riesgo legal es particularmente difícil sobre este punto en particular. Por ejemplo, muchos han argumentado y sin duda continuarán argumentando que el riesgo legal no debe ser percibido como un riesgo que este separado de otros riesgos (Ya sea operacional, crediticio u otro).

Existe algo en este argumento, en que el riesgo legal raramente se convierte en un problema significativo hasta que está asociado a un riesgo (típicamente el riesgo de que una contraparte no este dispuesta o no quiera pagar o el riesgo de que un empleado “Se salga de sus cabales”) aunque se manifieste por si mismo. Sin embargo, este argumento puede también hacerse a favor de por lo menos ciertos tipos de riesgo (por ejemplo, documentación defectuosa) puedan dar lugar a dificultades en su propia forma. Un interés de seguridad

que resulta ser invalido en el contexto de la insolvencia de un consumidor, en vista a que es casi seguro el resultado de una pérdida para la institución y la causa principal de la pérdida probablemente sea, esencialmente, un defecto en el procedimiento o el comportamiento que es natural del riesgo legal. En cualquier evento debería ser una extremadamente robusta institución la que, a la luz de la propuesta de Basilea II, decida no dar un reconocimiento independiente a la administración del riesgo legal como tal.

Existen claras implicaciones para el rol de los abogados internos, especialmente los que han surgido o han sido referenciados en este documento sugieren que el rol se involucrará aún más con la administración de riesgo que con simplemente la provisión de consejo legal. El entrenamiento legal tradicional y la experiencia adquirida en los primeros años de la práctica legal no necesariamente desarrollan habilidades para la administración de riesgos del tipo que pueden ser requeridos.

Tampoco la posición tradicional de los abogados internos como empleados necesariamente los equipan para las consecuencias que probablemente fluirán de la administración del riesgo legal dentro de una institución compleja. Un grado de independencia, tal vez un considerable grado, debería parecer ser esencial si el abogado interno esta dispuesto a realizar su rol efectivamente. No está claro si el mundo financiero se ha adecuado a este requerimiento.

Se mantienen cuestionantes sobre la relación entre el rol del abogado interno como administrador de riesgo, la función tradicional de cumplimiento y aquellos que se les encomienda la responsabilidad del riesgo en general (En oposición al riesgo legal solamente). ¿Cómo evolucionarán las prácticas de mercado en esta área? El rol de los supervisores es probablemente crucial y no meramente como el “supervisor” y “reforzador” en el sentido tradicional, pero como un efectivo polinizador de ideas. Este era tradicionalmente uno de los más valuados aspectos del enfoque de la “escuela antigua” de la regulación y ahora un poco desacreditada “toque delicado”.

Las instituciones financieras pueden aprender bastante de aquellos que pueden ver como el mercado en su conjunto esta respondiendo a nuevos

retos. Esto no necesariamente involucra la aceptación de la posibilidad de que otras instituciones puedan tener mejores ideas que las de uno mismo. Está en la naturaleza de un esfuerzo competitivo que las mejores ideas no estén siempre compartidas. Sin embargo, la autoeducación puede sugerir que un grado de conocimiento y experiencia, quizás mediante el medio de la regulación, debería en el largo plazo beneficiar al mercado en su conjunto y a cualquiera que se beneficie de sus transacciones sin perturbaciones (Ralph Nash, 2005)

Sólo a través de un adecuado control y gestión del riesgo legal, será posible para las entidades financieras enfrentar el futuro de manera más competitiva, en condiciones favorables, disminuyendo notablemente la posibilidad de conflictos y contingencias que en definitiva afecten directamente el valor de los activos de la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asociación de Supervisores Bancarios de las Américas (2009). Riesgo Operacional en Instituciones Bancarias.
- Andrew M. Whittaker (2003). Riesgo Legal y el Acuerdo de Capital de Basilea. Exposición ante el Consejo General de la Autoridad de Servicios Financieros.
- Banco de Pagos Internacionales (2003). Buenas prácticas para la Gestión y Supervisión del Riesgo Operativo/legal, febrero.
- BIS (2002). Informe “The Loss Data Collection Exercise for Operational Risk”
- BIS (2002). Informe “The Quantitative Impact Study for Operational Risk”
- David Gómez Alvarez y Verónica Gonzáles (2008). “La Leche es blanca pero no transparente, breve recuento de un gran fraude”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- David Ceballos Hornero (2007). “Una Propuesta de Indicador de Riesgo Legal, Valoración a través de la Teoría de Seguros del Riesgo Legal”. Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial. Universidad de Barcelona, abril.
- Espiñeira y Sheldon Asociados (2007), miembros de PWC. Riesgo Legal desde la Perspectiva del Riesgo Operacional.
- Elia Araujo (2008). “Principios de apoyo para medir y disminuir el Riesgo Legal”. Extractado del documento “Riesgo Legal en las Instituciones de Banca Múltiple y Banca de Desarrollo”.
- Ley General de Bancos de Chile (2010). Modificaciones de la Ley N° 20.448 de 13 de agosto de 2010.
- Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú.
- McKinsey y Ralph Nash (2005). “La Administración del Riesgo Legal por Instituciones Financieras”.
- Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de Bolivia (2008) y Fundación PROFIN. Guías para la Gestión de Riesgos.
- Superintendencia Financiera de Colombia (2012). Reglas para la Administración del Riesgo Operativo/legal. Capítulo XXIII.

