

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

Riesgo Legal en las Relaciones de la Empresa

María Gabriela Zurita Yáñez

Juan Carlos Peralvo, Dr., Director de Tesis

Tesis presentada como requisito
para la obtención del título de Máster en Derecho de Empresa

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

Riesgo Legal en las Relaciones de la Empresa

María Gabriela Zurita

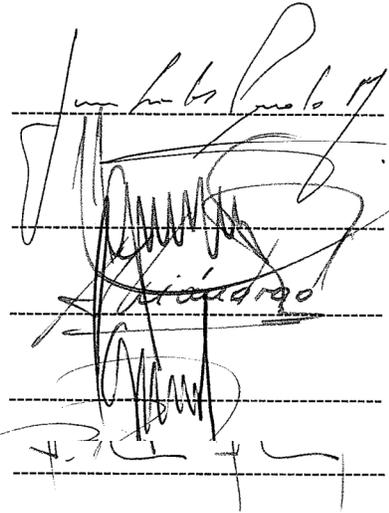
Juan Carlos Peralvo, M.A.
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

Vladimir Villalba, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Fabián Andrade Narváez, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Vladimir Villalba Paredes, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de Empresa

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Handwritten signatures of the thesis committee members over horizontal lines. The signatures are: Juan Carlos Peralvo, Vladimir Villalba, Fabián Andrade Narváez, Vladimir Villalba Paredes, and Víctor Viteri Breedy.

Quito, 11 de mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: " Riesgo Legal en las Relaciones de la Empresa"

ALUMNO: María Gabriela Zurita Yáñez

E VALUACIÓN:

- a) Importancia del problema presentado, con máximo de diez puntos.

En la Tesina preparada por María Gabriela Zurita se analiza y evidencia los riesgos legales que enfrenta toda empresa, desde aquellas que inician como un emprendimiento hasta grandes corporaciones, donde su Administración / Administradores no suelen prestarle la atención debida y, por ende, se juegan a la suerte, la posibilidad de que tales riesgos no se presenten.

Evidentemente, ese juego resulta en extremo riesgoso, pues de presentarse, habrán impactos negativos en los económico, reputacional, operativo, etc.

El trabajo de María Gabriela busca alertar a las empresas de la conveniencia de tomarse con seriedad y responsabilidad el riesgo legal, asociado con la actividad y operación de la empresa.

10

- b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de diez puntos.

La hipótesis propuesta en la Tesina de María Gabriela tiene cabida en la realidad. Tal como ella indica en su trabajo, la cobertura de los riesgos legales vendrá dada por un ejercicio de planificación al interior de la empresa, siguiendo metodologías de administración de riesgos, por lo que no resulta imposible hacerlo. Por el contrario, los administradores de la empresa deberían hacerlo, como parte de sus responsabilidades.

Es incalculable el beneficio que tendría toda empresa al aplicar una matriz de riesgos legales, y ser proactiva / preventiva en la mitigación de estos riesgos.

10

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos.

Las fuentes de investigación presentadas corresponden a académicos, profesionales y tratadistas estudiosos de diferentes riesgos legales que una empresa, en un momento determinado puede atravesar.

Adicionalmente, se ha considerado análisis y estudios desarrollados por empresas auditoras que, por su propia función, deben pronunciarse, año tras año, sobre las operaciones de la compañía, por lo que brindan una opinión práctica de los riesgos detectados en sus auditorías.

A esto se agrega el análisis puntual de la legislación Ecuatoriana relacionada con la materia.

En definitiva, considero que se ha realizado una adecuada cobertura para esta investigación.

20

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cuarenta puntos.

En conexión con lo señalado en el punto b) de esta evaluación, considero que la hipótesis planteada tiene su debido asidero en la realidad, no sólo por la exposición realizada por la investigadora, sino que también comparto la visión que ella tiene sobre la poca o nula cobertura que muchas empresas dan a los riesgos legales, sin tener presente las consecuencias, inclusive en la actualidad con sanciones que pudieran ser aplicadas no sólo por jueces en litigios, sino por los múltiples entes de control que actualmente se han establecido en el país.

40

- e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación, con un máximo de veinte puntos.

María Gabriela siempre mostró apertura hacia las sugerencias realizadas durante la fase de investigación, a medida que íbamos revisando los avances que realizaba.

Así mismo, tuvo apertura para desarrollar y profundizar ciertos contenidos, en base a varias sesiones de trabajo.

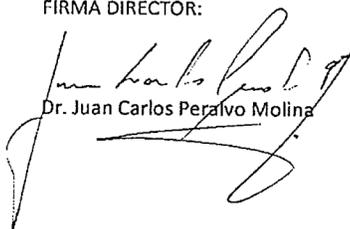
20

TOTAL:

100

Fecha: Abril 30, 2015

FIRMA DIRECTOR:

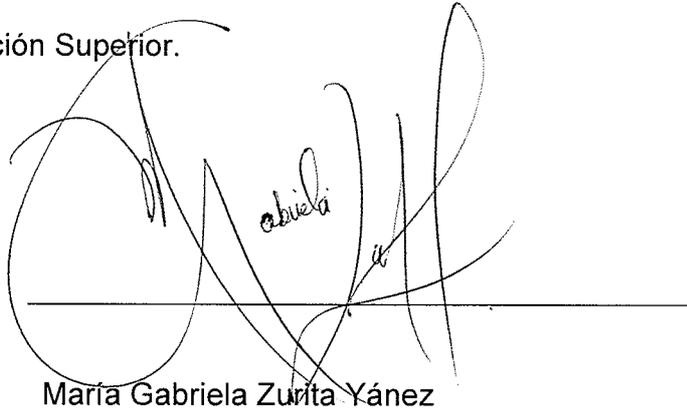

Dr. Juan Carlos Peralvo Molina

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gabriela', is written over a horizontal line. The signature is stylized and somewhat illegible.

Nombre:

María Gabriela Zurita Yáñez

Código de estudiante:

113823

C. I.:

0502784366

Lugar, Fecha

Quito, 11 de mayo de 2015

DEDICATORIA

A mis padres, ejemplo de tenacidad y amor.

A mi esposo, la persona que inspira cada uno de mis logros.

Resumen

El manejo administrativo moderno, encuentra uno de sus pilares en el análisis de los riesgos a los que se ven enfrentadas las compañías; para su adecuada gestión se han establecido herramientas de administración integral de riesgos, que los analizan y proponen medidas y controles para su mitigación.

El riesgo operativo ha sido uno de los factores de mayor énfasis, pues sus eventos presentan enormes pérdidas para las corporaciones. Dentro del riesgo operativo se incluye al riesgo legal, referido a las pérdidas económicas que puede tener la compañía producto de reclamaciones o sanciones, resultantes de desconocimiento normativo, inadecuado manejo contractual, entre otros tantos eventos que ocurren por una deficiente asesoría legal.

En este trabajo, se propone el uso de las herramientas administrativas de gestión de riesgo aplicadas a la asesoría legal corporativa, de modo que se puedan prevenir o mitigar los hechos riesgosos de tipo legal para determinada empresa.

Abstract

One of the pillars of modern management is the analysis of the risks that companies are confronted with. In order to manage such risks adequately, comprehensive risk management tools which analyze and propose measures and controls to mitigate these risks have been set in place.

Operational risk has been one of the points of greater emphasis, as events within this category generate huge losses for corporations. Operational risk includes legal risk, which refers to the economic losses that may result from product complaints or penalties stemming from lack of knowledge about a regulatory framework, poor contract management, among others events a company might go through because of poor legal advice.

This paper proposes the use of risk management tools applied to corporate legal advice, so as to prevent or mitigate the legal risks that a company might encounter.

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	9
Abstract	10
Introducción	15
I. Capítulo Uno. Riesgo. Definiciones Previas.....	17
1. Definiciones previas	17
1.1. Aproximación al riesgo	17
1.2. Riesgo.....	18
1.2.1. Parámetros para su análisis	19
1.2.1.1. Hecho generador.....	19
1.2.1.2. La manifestación del riesgo.....	20
1.2.1.3. Sus consecuencias sobre la marcha de la empresa.....	20
1.2.2. Riesgo empresarial	20
1.2.3. Tipos de riesgo	22
1.2.3.1. Riesgo de crédito.....	23
1.2.3.2. Riesgo de mercado	24
1.2.3.3. Riesgo de tasa de interés.....	25
1.2.3.4. Riesgo de tipo de cambio	25
1.2.3.5. Riesgo de liquidez	25
1.2.3.6. Riesgo operativo.....	26
1.2.3.7. Riesgo legal	26
1.2.3.8. Riesgo de reputación	27
1.2.4. Riesgo operativo	27
1.2.5. Riesgo legal	29

1.2.5.5. Riesgo de capacidad.....	34
1.2.5.6. Prácticas de empleo y seguridad laboral	35
1.2.5.7. Operaciones internacionales.....	35
II. Capítulo dos. Riesgo legal en las relaciones de la empresa	37
2. Tipos de riesgo legal	37
2.1. Introducción. Redacción de los contratos. Voluntad de los contratantes.....	38
2.2. Riesgo de documentación o de redacción de contratos.....	40
2.3. Riesgo normativo o de legislación	43
2.3.1. Seguridad jurídica	43
2.3.2. Distintas legislaciones aplicables	46
2.4. Riesgo de capacidad	46
2.4.1. Representación legal	49
2.5. Prácticas de empleo y seguridad laboral	51
2.6. Operaciones internacionales	52
2.7. Reclamos o acciones legales	53
2.8. Conflictos por control del poder del mercado.....	55
2.9. Protección legal defectuosa de los derechos o activos de la compañía.....	57
III. Capítulo tres. Aplicación de las herramientas de gestión de riesgos a las relaciones de la empresa.....	59
3. Administración de riesgos.....	59
3.1. Antecedentes	62
3.2. Gestión de riesgo	63
3.3. División de los riesgos para la gestión.....	64
3.4. Objetivos y funciones de la administración del riesgo.....	64
3.5. Riesgos asegurables y no asegurables	65
3.6. Matriz de riesgo.....	66
3.6.1. Proceso de la administración de riesgo	67

3.6.2.2. Calificación.....	70
3.6.2.3. Escala para probabilidad de ocurrencia	70
3.6.2.4. Escala para materialidad del impacto.....	71
3.6.2.5. Ejemplo de esquema para construcción del mapa de riesgo.....	72
3.6.2.6. Escala para medir la severidad del riesgo	72
3.6.2.7. Ejemplo de mapa de riesgo.....	73
3.7. Evaluación del riesgo.....	74
3.7.1. Periodicidad de la acción de control	75
3.7.2. Oportunidad en la acción de control	75
3.7.3. Automatización en la acción de control.....	75
3.7.4. Costos	75
3.7.5. Calificación de los controles	77
3.7.5.1. Nivel de exposición al riesgo.....	78
3.7.6. Tratar los riesgos	78
3.7.6.1. Formas	78
3.7.6.2. Acciones globales.....	79
3.7.6.3. Manuales operativos.....	79
3.7.6.4. Las transferencias contractuales del riesgo.....	80
3.7.6.5. Transferencia vía seguro	82
3.7.6.6. Provisiones.....	84
3.7.6.7. Otros temas a considerar respecto del aseguramiento	84
3.7.6.8. Responsabilidad civil.....	86
3.7.6.9. El contrato como instrumento de distribución de riesgos	87
3.7.6.10. Contratos de arrendamiento.....	88
3.7.6.11. Contratos de arrendamiento o prestación de servicios.....	89
3.7.7. Dispersión o segregación del riesgo	89

3.8.	Matriz de riesgo legal para la empresa	92
3.8.1.	Componentes del riesgo operacional según Basilea II	92
3.8.2.	Identificación del riesgo	98
3.8.3.	Analizar los riesgos	106
3.8.4.	Tratar los riesgos	106
3.8.4.1.	Herramientas para tratar los riesgos	107
3.8.5.	Fallas en la implementación	109
3.8.6.	Matriz de riesgo consolidada	111
IV.	CONCLUSIONES.....	117
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	120

Introducción

Siendo que las empresas buscan cuidar sus activos e incrementar su rendimiento, el no medir los riesgos a los que están expuestas, incidirá, sin duda, en su valor, en su imagen, en su presencia en el mercado, generando conflictos, demandas, pérdida de valor. Son estos tópicos los que analizaremos en esta investigación, que tratará de abordar de forma analítica los riesgos empresariales desde la perspectiva del riesgo legal en las relaciones contractuales y en general, comerciales, parte neurálgica de la asesoría legal empresarial.

Trataremos de acercarnos a las teorías de la administración integral de riesgos y servirnos de sus herramientas para aplicarlas al ámbito contractual y de cumplimiento normativo dentro de una organización.

El fin es que los contratos y los procesos legales en general, no sólo se basen en las fuentes del derecho – lo que sin lugar a dudas les otorga certeza y seguridad jurídica – sino que vayan acercándose a teorías administrativas empresariales, que puedan otorgarles una visión integral, haciendo la labor del asesor legal más sistemática y eficiente.

El momento que un abogado se ve frente a la decisión de brindar asesoría legal a una compañía, debe advertir que el trabajo no es sencillo, por varias razones. La primera es que la especialización no es absoluta, pues no sólo será necesario que se introduzca de lleno en las implicaciones que tiene el giro ordinario del negocio de una empresa, distante de esto, es necesario que conozca de otras materias que le afectan – su relación con el Estado, sus deberes tributarios, ambientales, laborales, la relación con proveedores, la interpretación de los estados financieros, la responsabilidad de los administradores – entre tantas otras. Surge entonces la

Un ente económico busca integralidad, si bien, siempre es deseable acudir a opiniones de expertos, es necesario un conocimiento general de los negocios; pienso en lo dificultoso que puede ser, plantearse escribir un contrato sin tener presentes los conceptos intrínsecos de la negociación, lo que la administración busca con su consecución, cuales son los límites de incumplimiento que está dispuesta a aceptar, los lineamientos del servicio, las características del producto, los riesgos que acarrea la suscripción del contrato; con la obligación profesional de advertirlo clara y didácticamente a la gerencia, de modo que se clarifique sobre el terreno que se pisa.

Con estos antecedentes, pretendo definir los problemas principales que han devenido en la falta de aplicación de teorías del riesgo legal a las relaciones empresariales y de ahí plantear caminos que pueden aplicarse para un manejo adecuado de los procesos legales en la asesoría corporativa.

I. Capítulo Uno. Riesgo. Definiciones Previas

1. Definiciones previas

1.1. Aproximación al riesgo

Todas las actividades humanas están sujetas a riesgos de todo tipo. Los emprendimientos empresariales tienen implícito el fracaso del negocio; aunque la confianza sea la base de las relaciones, es imposible asegurar el cumplimiento de la otra parte, de ahí nacen los seguros, que de una u otra forma trasladan el riesgo a un tercero a cambio del pago de una prima. La medición y control de riesgo, viene a ser un seguro en las relaciones empresariales, y la prima equivale a la inversión en personal capacitado, creación de procesos seguros y monitoreo a través de sistemas de control o recursos tecnológicos que mitiguen en el mejor de los casos, o en última instancia transparenten los riesgos. La decisión puede estar en asumir el riesgo o atenuarlo de la mejor forma.

Esto en términos generales, pero ¿qué papel juega un abogado en la construcción de una política que proteja a la empresa de estas circunstancias?, me adelantaré respondiendo que “un papel fundamental”; para un empresario el identificar situaciones riesgosas puede ser muy fácil, pero ¿cómo hace él, para asegurarse que en el evento que estas circunstancias se verifiquen, se hayan tomado precauciones para que el impacto no sea material o existan alternativas que eviten conflictos de interpretación?

Dentro de esta compleja pero necesaria tarea, los estudiosos, principalmente en las ciencias económicas, se han dedicado a crear esquemas de medición y control,

1.2. Riesgo

La mayoría de actividades humanas están sujetas a riesgos de diversos tipos. En el caso de los empresarios, el sólo hecho de iniciar un emprendimiento supone el riesgo que el negocio no llegue a buen término y su capital y tiempo invertido se pierdan.

Ya en la actividad empresarial, existen un sinnúmero de riesgos que se van controlando con medidas de prevención, seguros o decisiones de asunción que comprendan posibles pérdidas.

Desde una definición simple, el riesgo es la contingencia o proximidad de un daño. En sentido restringido se define el riesgo como el peligro de una pérdida.¹

Aterrizando la definición al campo empresarial, como lo hace el Marco de Gestión Integral de Riesgo "Los riesgos son futuros eventos inciertos, los cuales pueden influir en el cumplimiento de los objetivos de las organizaciones, incluyendo sus objetivos estratégicos, operacionales, financieros y de cumplimiento".²

Debo concluir que todo riesgo es probable, es decir, que su ocurrencia no es certera y eso acarrea la necesidad de contar con un modelo de medición y calificación de su posible incidencia, tema a desarrollar más adelante; por otro lado, debe traer consigo la posibilidad de afectar de tal modo que genere pérdidas económicas o que puedan ser valoradas materialmente.

Para Cooper y Chapman, riesgo es la exposición a la posibilidad de pérdidas económicas y financieras, de daños en las cosas y en las personas o de otros perjuicios como consecuencia de la incertidumbre que origina el llevar a cabo una determinada acción. Este es el riesgo originado por la acción empresarial, a que se

ser achacados directamente a un curso de acción determinado, sino que se originan por distintas circunstancias y afectan al éxito de la gestión y la propia existencia de la empresa.³

1.2.1. Parámetros para su análisis

Existen muchos tipos de riesgo y no todos pueden estar ligados con la actividad empresarial, para efectos de nuestro estudio partiremos de tres características que debemos tener presentes al momento de analizar las situaciones que afecten a la compañía que asesoramos:

- a. su hecho generador
- b. su manifestación
- c. sus consecuencias sobre la marcha de la empresa⁴

Analizaremos brevemente cada una:

1.2.1.1. Hecho generador

El conocimiento de los hechos generadores permite definir las medidas de prevención destinadas a reducir la frecuencia de los siniestros. Más adelante al tratar las matrices de riesgo, veremos que al partir de la definición de los hechos que pueden generar daños a la empresa, se pueden confeccionar las estrategias para medirlos y mitigarlos.

Estos pueden ser actos humanos, sucesos naturales, actos administrativos. En todos los casos el análisis legal de las consecuencias y las formas de mitigarlo son clave.

1.2.1.2. La manifestación del riesgo

Cuando un riesgo se manifiesta o se materializa, hay un siniestro, a pesar de ser un término muy propio del ámbito de los seguros, el siniestro es el cumplimiento del acto riesgoso. De igual forma, su análisis permitirá definir las formas de controlarlo en futuros eventos o de proteger a la empresa de sus consecuencias dañosas.

1.2.1.3. Sus consecuencias sobre la marcha de la empresa

Para efectos de nuestra investigación, los riesgos deben ser analizados en este contexto, es decir, en la medida en que afecten la marcha de la empresa; si este requisito no se verifica, deberá ser objeto de otro tipo de análisis.

1.2.2. Riesgo empresarial

El inicio de una empresa supone en sí misma un riesgo, los emprendedores deciden a través de una forma jurídica societaria o de hecho, iniciar una actividad económica, que puede ser exitosa o no, dependiendo de múltiples circunstancias.

Para Kauf, emprender es sinónimo de arriesgar, él considera que el empresario corre continuamente riesgos inherentes a su actividad. El estudio y el lanzamiento de nuevos productos, la financiación a través de un préstamo; constituyen riesgos que la empresa corre voluntariamente para conseguir un beneficio, son los riesgos de la empresa.⁵

La empresa como ente dinámico, se relaciona con diversos sujetos, empezando por sus trabajadores, ejecutivos, proveedores, clientes; con cada uno de ellos establece la obligación de intercambiar prestaciones que se mantienen por una línea

La globalización, a su vez, demanda un conocimiento tanto de normativas y reglamentaciones internacionales como del ordenamiento jurídico local. El ordenamiento jurídico de un país es cambiante, y por ello, surge la importancia de que las empresas conozcan como el riesgo legal puede generar efectos negativos en su negocio. Toda empresa (financiera y no financiera) está expuesta al riesgo legal, ya que existen exigencias de entes reguladores, así como contratos implícitos y explícitos que se suscriben con clientes, proveedores, empleados y accionistas. Esto implica que se debe pasar de una actitud reactiva, en la cual las empresas reaccionan una vez materializado el riesgo, a una actitud proactiva, en la cual las empresas deben conocer como las normativas y reglamentaciones impactan las actividades diarias del negocio, para establecer oportunamente acciones para reducir el riesgo legal. El riesgo legal desde la perspectiva de riesgo operacional debe ser identificado en toda la empresa, valorado mediante escalas cualitativas o cuantitativas, controlado por medio de acciones, así como debe ser comunicado y monitoreado periódicamente por los niveles gerenciales correspondientes.⁶

Tradicionalmente, ha estado latente la idea de la maximización de utilidades como indicador del éxito de un negocio, no obstante, la administración moderna tiende hacia establecer análisis de las líneas de negocio o de las decisiones trascendentales, partiendo del riesgo que significan para la organización y las consecuencias que, a pesar de la rentabilidad, pudieran devenir con su emprendimiento, en palabras de Urquijo:

La administración no se debe a valorar y seleccionar entre alternativas con un riesgo predeterminado. El éxito del empresario depende, en buena parte, de que logre modificar las alternativas originales, haciéndolas menos arriesgadas y más rentables, de modo que la relación rentabilidad/riesgo sea aceptable y, si es posible, óptima.⁷

Mundialmente, las instituciones reguladoras, en especial en lo referente a prácticas financieras, han elaborado una serie de procedimientos de control de riesgos de todo tipo, de modo que las compañías puedan hacer frente a los inconvenientes ocasionados por fallas en sus procesos, las personas o los sistemas

Por ejemplo, la definición de la administración integral de riesgos, para las instituciones del sistema financiero, debe ser parte integral de la estrategia institucional y del proceso de toma de decisiones, por exigencia de la normativa aplicable.⁸

Esto demuestra que el análisis de los riesgos que afectan a la empresa, es una parte neurálgica de la planificación llevada a cabo por la administración.

Desde la perspectiva de rendimientos, se define al riesgo como la posibilidad de que se produzca un hecho generador de pérdidas que afecten el valor económico de las instituciones.

La falta de detección de un riesgo de manera temprana, puede acarrear pérdidas económicas, afectación de la imagen de la empresa en el mercado, sanciones administrativas, etcétera.

La empresa por razón de su actividad, padece un riesgo diferente al que la mayoría de personas y actividades estamos expuestos, el referido a que sus acciones sean desacertadas por la forma inadecuada de llevarlas a cabo.⁹

1.2.3. Tipos de riesgo

La administración integral de riesgo empezó siendo usada por las instituciones financieras, pues en este tipo de negocio, la posibilidad de pérdidas económicas es latente, a partir de esto se ha ido desarrollando, en mayor medida con el estudio de los problemas presentados, casos emblemáticos como el del Banco Barings, afectado por las operaciones realizadas por el trader británico Nick Leeson,¹⁰ o el

⁸ Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria del Ecuador, Artículo 1. "De la gestión y administración de riesgos". Sección I Alcance y Definiciones. Capítulo I De la Gestión Integral y Control de Riesgos.

caso de Enron, en el que se montó una estructura legal para maximizar rendimientos;¹¹ que han servido de pauta para crear toda una política de control interno.

En este sentido, y dada su probada experiencia, tomaremos las definiciones realizadas por la normativa financiera local,¹² que a su vez, recoge las definiciones aceptadas globalmente dentro de la administración integral de riesgos, que han partido de las definiciones del Comité de Basilea.¹³ Si bien estas definiciones han sido realizadas pensando en su aplicación para los bancos y entidades financieras, considero que pueden servir de aplicación para cualquier empresa en el sector real.

1.2.3.1. Riesgo de crédito

Es la posibilidad de pérdida debido al incumplimiento del prestatario o la contraparte en operaciones directas, indirectas o de derivados que conlleva el no

rápidamente, y para esconderlas, Leeson creó una cuenta de "errores de back office", con el número 88888. A fines de 1992, las pérdidas en la cuenta 88888 eran de "sólo" 2 millones de libras esterlinas (GBP), al fin de 1993, 23 millones, al fin de 1994 208 millones.

Las pérdidas alcanzaron las 830 millones de GBP (libra esterlina) (USD 1400 millones) en febrero de 1995, y Leeson fugó, poco después de haber sido felicitado y premiado por sus buenos resultados de 1994. Terminó siendo capturado en Alemania y extraditado a Singapur, donde fue condenado a prisión. Las pérdidas representaban más del doble del patrimonio del banco, que fue declarado en quiebra. Fue vendido por 1 libra esterlina.

¹¹ *Un pequeño comentario sobre riesgo legal. El riesgo Legal.* www.riesgosfinancierosecuador.blogspot.com. (acceso: 14/11/2013). En términos de la administración de riesgos, Enron tuvo que emplear un ejército, antes de la divulgación de la verdad contable, de expertos doctores en matemáticas, física y economía para que les ayudaran en la gestión de sus riesgos de mercado que había llegado a ser significativamente complejo pero dejando de lado uno de los riesgos a veces menospreciados por los expertos financieros como lo es, el Riesgo Legal, el cual establece que supone la realización de una pérdida debido a que una Operación no puede ejecutarse por no existir una formalización clara o no ajustarse al Marco Legal establecido, y es que justamente en ningún documento estaba inscrito las responsabilidades que tendrían los que realizan los estados financieros y al vacío legal aparece la forma fácil de delinquir.

En resumen se considera que en un solo caso como este se evidencian los siguientes eventos y consecuencias de riesgo legal: (i) incumplimiento de disposiciones administrativas y judiciales, (ii) emisión de resoluciones desfavorables, (iii) sanciones, (iv) desconocimiento de disposiciones legales, (v) errores de interpretación y (vi) omisión de documentos.

¹² Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria, Artículo 2, "De la gestión y administración de riesgos", Sección I Alcance y Definiciones, Capítulo I De la Gestión Integral y Control de Riesgos, Título X, Libro I

pago, el pago parcial o la falta de oportunidad en el pago de las obligaciones pactadas.

En general el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte de la compañía, es un tema de gran importancia, sea que se trate de obligaciones monetarias o no, es necesario asegurar contractualmente los intereses de la empresa. Las entidades financieras cubren este tipo de riesgos a través de provisiones en su cartera, que van incrementándose si la obligación se mantiene impaga o en mora parcial. Estas prácticas bancarias bien pueden ser adoptadas por otro tipo de empresas buscando minimizar la afectación patrimonial.

Si asesoramos a una empresa cuyo giro del negocio sea otorgar crédito, factoring,¹⁴ vender a crédito, etcétera, este crédito irá ligado con análisis propios del riesgo legal a fin de cubrir adecuadamente los intereses de la compañía. La diferencia de este tipo de riesgo, con el legal, radica en que en el de crédito se analiza el perfil del deudor y se utilizan mitigantes de tipo financiero, mientras que el riesgo legal busca estudiar que las transacciones se encuentren instrumentadas correctamente para que en caso de incumplimiento de las obligaciones, estas sean exigibles plenamente.

1.2.3.2. Riesgo de mercado

Es la contingencia de que una institución incurra en pérdidas debido a variaciones en el precio de mercado de un activo (financiero, mercancía), como resultado de las posiciones que mantenga dentro y fuera de balance.¹⁵

¹⁴ *Régimen Comercial* Ediciones Legales, Corporación Mil, página 241: "El factoring es un contrato mediante el cual el

Este riesgo se verifica en cualquier producto dentro de una economía de libre mercado, el precio puede verse afectado por diversas causas, caso en el cual será requerido establecer mitigantes que coadyuven al control de las circunstancias negativas que pueden significar para la empresa.

1.2.3.3. Riesgo de tasa de interés

Es la posibilidad de que las instituciones asuman pérdidas como consecuencia de movimientos adversos en las tasas de interés pactadas, cuyo efecto dependerá de la estructura de activos, pasivos y contingentes. Este riesgo afectará directamente y en mayor medida a las instituciones del sistema financiero cuyas operaciones activas y pasivas dependen del margen financiero o spread que genera la tasa de interés en la colocación. Pero no es menos cierto que para cualquier negocio la variación en la tasa de interés representará un contingente, por el mismo hecho que el financiamiento tradicional se realiza a través del sistema financiero.

1.2.3.4. Riesgo de tipo de cambio

Es el impacto sobre las utilidades y el patrimonio de la institución por variaciones en el tipo de cambio y cuyo impacto dependerá de las posiciones netas que mantenga una institución, en cada una de las monedas con las que opera.

Este evento es meramente financiero, sólo cabe decir que en nuestro medio se presenta en menor medida, pues tenemos una economía dolarizada, sin embargo, contractualmente, puede ser mitigado en caso de evidenciar su posible existencia; por ejemplo, estableciendo una moneda para el pago de las contraprestaciones. Para la cobertura de este tipo de riesgo son muy usados los derivados financieros, figura que será puntualizada más adelante.

determina la necesidad de conseguir recursos alternativos, o de realizar activos en condiciones desfavorables.

Este riesgo se encuentra presente en cualquier negocio y constituye el origen para buscar fuentes de financiamiento, sin ser objeto de nuestro estudio es interesante advertir que cada vez más el derecho se relaciona con estas novedosas alternativas como la emisión de acciones, obligaciones o procesos de titularización, que coadyuvan a la mitigación de este riesgo importante para las empresas, en cierto modo originado por las limitadas opciones y difíciles condiciones de endeudamiento en el sector financiero.

1.2.3.6. Riesgo operativo

Es la posibilidad de que se produzcan pérdidas debido a eventos originados en fallas o insuficiencia de procesos, personas, sistemas internos, tecnología, y en la presencia de eventos externos imprevistos. Incluye el riesgo legal pero excluye los riesgos sistémico y de reputación.

Agrupar una variedad de riesgos relacionados con deficiencias de control interno; sistemas, procesos y procedimientos inadecuados; errores humanos y fraudes; fallas en los sistemas informáticos; ocurrencia de eventos externos o internos adversos, es decir, aquellos que afectan la capacidad de la institución para responder por sus compromisos de manera oportuna, o comprometen sus intereses.

Nos referiremos con mayor detalle a este tipo de riesgo, dentro del cual se desenvuelve el objeto de nuestro estudio.

1.2.3.7. Riesgo legal

que el desarrollo de sus operaciones enfrente la eventualidad de ser afectado negativamente, debido a error, negligencia, impericia, imprudencia o dolo, que deriven de la inobservancia, incorrecta o inoportuna aplicación de disposiciones legales o normativas, así como de instrucciones de carácter general o particular emanadas de los organismos de control, dentro de sus respectivas competencias; o, en sentencias o resoluciones jurisdiccionales o administrativas adversas; o de la deficiente redacción de los textos, formalización o ejecución de actos, contratos o transacciones, inclusive distintos a los de su giro ordinario de negocio, o porque los derechos de las partes contratantes no han sido claramente estipuladas. La definición recogida por nuestra normativa secundaria es amplia e interesante y será objeto de análisis más adelante.

1.2.3.8. Riesgo de reputación

Es la posibilidad de afectación del prestigio de una institución por cualquier evento externo, fallas internas hechas públicas, o al estar involucrada en transacciones o relaciones con negocios ilícitos, que puedan generar pérdidas y ocasionar un deterioro de la situación de la entidad.

Me parece prudente, referirnos en esta investigación, también a este tipo de riesgo, que si bien no se encuentra dentro del riesgo operativo (como si lo hace el riesgo legal), puede ser parte de la falta de previsión en procesos legales o consecuencia de incumplimientos de la empresa relacionados con acciones u omisiones con implicación legal o regulatoria.

1.2.4. Riesgo operativo

Mundialmente, se ha evidenciado que el riesgo operacional representa el más

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 empresa.

En un estudio llevado a cabo por la firma PricewaterhouseCoopers¹⁶ se concluye que mientras muchas compañías están estableciendo políticas y procedimientos para sus procesos de control interno contable, pocas compañías tienen un marco integrado de gestión del riesgo operacional.

Dada la alta competencia que enfrentan los negocios en la actualidad, uno de los factores de éxito empresarial lo constituye comprender y administrar los riesgos operacionales, para lo cual es necesario que las empresas identifiquen los riesgos a los cuales se encuentran expuestos y tomen las decisiones apropiadas para enfrentarlos, lo que conducirá a preservar y maximizar el valor de la empresa.

Tal como lo establece el Comité de Basilea y los Principios de Riesgos Generalmente Aceptados (PRGA),¹⁷ la responsabilidad directa de toda pérdida operacional en una empresa recae sobre su Junta Directiva, por lo que ésta es responsable de delegar a su personal la identificación de todos los riesgos operacionales a los cuales está expuesta la empresa.

De esta manera cuando la Junta Directiva y la Alta Gerencia establezcan las estrategias del negocio también deben asegurar la administración eficiente de los riesgos operacionales. Ello permitirá a cada ejecutante de procesos disponer de la infraestructura necesaria para afrontar los riesgos operacionales, convirtiéndose en el responsable directo de su administración.

Es de suma importancia que toda empresa incorpore dentro de su planificación la gestión del riesgo operacional, a fin de proteger su patrimonio contra los eventos que originen pérdidas operacionales, lo cual ha adquirido un gran auge en los últimos años por dos aspectos primordiales: (i) la mayor cantidad de incidentes ocurridos en sus diversas modalidades, tales como: fraudes, daños a activos físicos, interrupción de operaciones (por caídas en los sistemas, huelgas e incumplimiento de proveedores), entre otros, y (ii) el impacto que han tenido en las finanzas de las empresas afectadas, tales como: disminuciones de utilidad neta, multas, desprestigio, bancarrotas, entre otros.

En este sentido, el riesgo legal, que es nuestro objeto específico de estudio, está incluido por la mayoría de regulaciones internacionales y nacionales dentro del riesgo operativo, debido a que los procesos de una institución deben estar en coordinación con la legislación y el marco contractual en el que se desenvuelva.¹⁸

El riesgo operacional incluye el riesgo legal, pero excluye, como se dijo, expresamente el riesgo estratégico, sistémico y reputacional.

1.2.5. Riesgo legal

Este tipo de riesgo se presenta por la posibilidad de que existan errores en la formulación de los contratos. Pero también se presenta por una interpretación de los contratos diferente a la esperada. Hay que incluir el posible incumplimiento de regulaciones legales y el riesgo legal originado por conflicto de intereses.¹⁹

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea define el riesgo legal como “la posibilidad de ser sancionado, multado u obligado a pagar daños punitivos como resultado de acciones supervisoras o de acuerdos privados entre las partes”.²⁰

Las definiciones se centran en pérdidas económicas, punitivas o de reputación derivadas de un inadecuado manejo legal de la empresa.

Es común que llegue a las manos de un asesor legal, después de que se ha generado un conflicto, un contrato suscrito entre las partes, sin embargo, de no haber participado en su elaboración. Es entonces que puede evidenciar la falta de cláusulas indispensables, oscuridad en la redacción, en suma el contrato no refleja la verdadera finalidad que buscan las partes con la relación comercial. El manejo de riesgos es principalmente preventivo, de esta forma encontrará su verdadera significación.

En el seminario “Gestión de Riesgos, Legal y Reputacional”, dictado en septiembre de 2013, en Quito – Ecuador, por el Sr. Ernesto Bazán, se trataron ejemplos interesantes de casos de riesgo legal: (i) sanción regulatoria económica, (ii) demandas contra la entidad, (iii) reclamaciones tributarias, (iv) reclamaciones laborales, (v) fallas en la estructura legal de una operación, (vi) incumplimiento contractual (proveedores o clientes). En el mismo foro se discutieron ejemplos de lo que no se debe entender por riesgo legal: (i) amonestación regulatoria, (ii) incumplimiento de clientes sin efecto económico, (iii) honorarios a abogados bajo la modalidad “retainer”, (iv) pérdidas por litigios relacionados con recuperación de

²⁰ Riesgo Legal desde la perspectiva del riesgo operacional, Óp. cit. Definición traducida del texto original en inglés: Legal risk is the possibility that lawsuits, adverse judgments or contracts that turn out to be unenforceable can disrupt or

cartera crediticia.²¹ Analizaremos estos eventos en los capítulos siguientes, dejando señalado que la mayoría de abogados nos hemos visto frente a alguno de ellos.

Es también importante, señalar lo que no se entiende por riesgo legal, en general limitado a “aquellas acciones legales o regulatorias en contra de una entidad que no impliquen el pago de una suma de dinero o una pérdida”.²² Es decir que si el hecho no tiene una implicación económica o una pérdida, no deberá ser calificado como un riesgo legal y por tal no es necesario que se aplique la gestión definida para controlarlo, redundando así en ahorro de recursos de la empresa.

De la definición inicial podemos distinguir una primera división en dos tipos: (i) normativo y (ii) contractual, a saber:

1.2.5.1. Normativo

Nos referimos al riesgo de pérdida que se deriva eventualmente de la introducción de nuevos dispositivos legales, del ordenamiento legal de las actividades empresariales, sentencias judiciales que afecten prácticas existentes.²³

Las normas son dinámicas y la medida de esto, también depende de la realidad jurídica de una nación, por ejemplo, en los países de tendencia anglosajona, ciertas leyes parecen estar escritas en piedra, pero en realidades diferentes, las normas generales parecen ir de acuerdo con las necesidades políticas de turno; análisis aparte. El hecho de un constante cambio de regulación, puede en cierta medida afectar a la seguridad jurídica, pero sabemos también, que el desconocimiento de

la ley no es excusable,²⁴ por ello es primordial tener presente los cambios normativos a efectos de medir su aplicación a las relaciones de la empresa.

Puede suceder también, que una vez que una actividad comercial este en marcha, la ley aplicable varíe y por tal existan situaciones que se vean afectadas, un correcto manejo de los riesgos legales podrá hacer frente a este tipo de eventos, por el contrario, su desatención, puede ser muy perjudicial. Cito por ejemplo, el caso de terminación de concesiones, exigencias en cuanto a comercialización de productos por parte de la autoridad competente, cambios en permisos y autorizaciones administrativas para el funcionamiento de un negocio, etcétera.

1.2.5.2. Contractual

Tradicionalmente, los abogados nos formamos para conocer e interpretar las distintas fuentes del derecho; en los países con tradición romanista, la ley es el principal objeto de estudio. Es cierto que las demás fuentes aportan al bagaje integral que se busca en un profesional del derecho, pero en la mayoría de casos el estudio culmina allí. Más adelante en el ejercicio de la profesión – y en la especie – en la asesoría corporativa, nos vamos enfrentando a hechos para los que no estamos preparados, justamente porque los conocimientos se limitan al campo jurídico.

El hecho de formular un contrato es equiparable al ejercicio que realiza un legislador al expedir un ley, analiza una conducta humana – social, y regula su contenido, sus límites, sus consecuencias, de modo que los ciudadanos tengan un marco dentro del cual desenvolverse sin afectar el vivir en comunidad y, por supuesto, establece cuales son los excesos y sus sanciones.

Al elaborar un contrato, se está creando lo que el *pacta sunt servanda*²⁵ llama “ley para las partes”, es decir, una relación es llevada a términos contractuales, se deben definir entonces las contraprestaciones, el objeto, las retribuciones y, de igual forma, que pasa si existen incumplimientos. Esto ayudará para que las partes tengan las reglas del juego claras, mientras más claro y completo es un contrato, menos problemas de interpretación existirán y consecuentemente, menos mal entendidos y conflictos.

Y es allí cuando es preciso servirse de herramientas, que no necesariamente, están en el campo de lo jurídico. Por ejemplo, si nos encargan realizar un contrato de construcción, lo más sensato será acudir a un profesional del ramo que nos colabore con el establecimiento de definiciones, la formulación de las instrucciones contractuales, el tiempo de ejecución de la obra, entre otros aspectos técnicos.

También es usual clasificar al riesgo legal en función de las causas que lo originan, así lo hace una publicación de la firma PricewaterhouseCoopers,²⁶ como sigue:

1.2.5.3. Riesgo de documentación

Es el riesgo de que existan documentos incorrectos o extraviados, o la inexistencia de los mismos, incida negativamente en las actividades de negocio.

En nuestra legislación la existencia de documentos físicos no ha sido desplazada, la forma más común y segura de probar una obligación de crédito, por ejemplo, es a través de la existencia de un pagaré, una letra de cambio u otro título con el valor de ejecutivo. Si no existe tal documento, la prueba de la deuda será de una complejidad mayor, sin contar con que, posiblemente, se deba acudir por una vía procesal más larga, para hacer efectivos los derechos del acreedor o deudor.

Por otra parte, la informalidad de las negociaciones, suele revestir a gran parte de empresas o empresarios, quienes en confianza de la buena fe, prescinden de documentos para formalizar sus transacciones, las consecuencias podrán ser como las citadas en el párrafo anterior, e incluso mayores.

1.2.5.4. 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.

Este punto ha sido tratado al analizar el riesgo de carácter normativo en la anterior clasificación.

1.2.5.5. 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.

Varios casos de delitos como estafa o abuso de confianza se han verificado por la existencia de ésta falta de previsión, que deviene también del exceso de buena fe de una de las partes. Sin embargo, es vital, a la hora de iniciar relaciones comerciales, verificar la capacidad de las personas naturales que comparecen como representantes, para obligar a la empresa, la correspondencia con el estatuto, las inscripciones en registros públicos, la autorización de órganos de control colegiados al interior de la organización, el hecho de enmarcarse la actividad a prestar dentro de su objeto social. En fin, son un sinnúmero de aristas que deben ser

1.2.5.6. Prácticas de empleo y seguridad laboral

Pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación, acuerdos laborales, higiene y seguridad en el trabajo.

Actualmente, la falta de previsión de los empresarios en temas laborales ha sido objeto de cuantiosas multas y sanciones por parte de las autoridades competentes. Por el carácter social de esta rama del derecho y por la importancia que representa para el desarrollo económico de una nación, estamos frente a un derecho tutelar y sensible, las autoridades se encuentran empeñadas en verificarlas de ser el caso, forzar en el cumplimiento, de normas de seguridad laboral y en general respeto a los derechos del trabajador.

Por lo dicho, la falta de atención a estos delicados temas puede derivar en consecuencias económicas de enorme valía para una organización, el desatenderlas puede significar la generación de conflictos laborales, el establecimiento de sindicatos, y hasta poner en riesgo la existencia de la compañía.

1.2.5.7. Operaciones internacionales

El riesgo legal debe incluir el análisis de los actos que realice la empresa cuando se rija por un sistema jurídico distinto al nacional, de igual forma la evaluación de las diferencias existentes.

Antes de comprometerse en una operación, la empresa debe asegurar que se comprenden totalmente las disposiciones legales.

Las empresas deben estimar la probabilidad de que se emitan resoluciones administrativas o sentencias adversas, lo cual permitirá estimar la pérdida potencial

a normativa diferente, a prácticas diversas, cuyo desconocimiento no es aceptable en una relación comercial.

Considero a estos conceptos como básicos, que serán analizados a profundidad en el segundo capítulo junto con otros eventos que se irán evidenciando a lo largo de la investigación.

II. Capítulo dos. Riesgo legal en las relaciones de la empresa

2. Tipos de riesgo legal

Basándonos en la teoría levantada por estudiosos en la materia, trataremos de definir los riesgos legales más comunes a los que se ve avocada la empresa, intentando esbozarlos desde la perspectiva de los aportes que le pueda procurar al asesor legal, su adecuado análisis, medición y medidas de mitigación.

Conforme señalamos en el capítulo anterior, para el presente estudio, hemos tomado de base, muchos de los principios y recomendaciones recogidos por el Comité de Basilea²⁷ en sus acuerdos. Si bien, estos acuerdos analizan y son aplicables, principalmente a entidades bancarias, no es menos ortodoxo aplicarlo a las empresas en general, pues la diferencia radica en la mayor exigencia a las empresas que realizan actividades financieras debido a lo especializado de su negocio, a la sensibilidad de los recursos que manejan y a la alta posibilidad de evidenciarse fraudes en este tipo de actividad; por lo que resulta de valiosa utilidad que las empresas del sector real se sirvan de estos principios.

Así lo señala un estudio realizado por el Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial de la Universidad de Barcelona:

²⁷ Boletín de la Federación Latinoamericana de Bancos. *Basilea II: Hacia un nuevo esquema de Medición de Riesgos*. 2013. www.felaban.com. (acceso: 20/01/2014). La misión principal del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea es el establecimiento de estándares de supervisión relacionados con la solvencia de las entidades financieras. Aunque sus recomendaciones no son vinculantes desde el punto de vista jurídico, tradicionalmente han sido asumidas con carácter general en el ámbito internacional, con el fin de elaborar pautas sobre supervisión y prácticas bancarias.

El Comité de Basilea periódicamente ajusta y revisa dicha normativa a los nuevos requerimientos de las instituciones, por lo que, modificó los principios existentes en Basilea II. El objetivo de Basilea II fue lograr una medición del capital regulatorio más sensible al riesgo, complementada con la profundización del proceso de supervisión bancaria y la disciplina del mercado.

Basilea II enfoca el concepto de riesgo operacional, por ende el riesgo legal, aplicado a entidades bancarias, aunque deja claro que es extensible al resto de entidades financieras y empresas, pero propugna su medición con especial interés en el sector bancario. Ello se debe a los notorios episodios de fraude bancario, errores de conversión o de emisión de órdenes, responsabilidad en las recomendaciones y cambios legales que ha sufrido este sector después de las últimas liberalizaciones y crisis financieras.²⁸

He tratado de englobar los diferentes eventos de riesgo legal que se pueden presentar en una compañía, basada en estudios como el indicado, en aportes de la doctrina y en mi propia experiencia en la asesoría legal corporativa.

2.1. Introducción. Redacción de los contratos. Voluntad de los contratantes

Antes de empezar, quisiera introducir el tema, hablando de la importancia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en el derecho privado.

Una compañía que maneja sus relaciones en el ámbito comercial, se regirá principalmente por las normas del derecho privado, en tal virtud la mayoría de negociaciones con sus relacionados – llámeselos proveedores, clientes, contratistas, trabajadores – se plasmaran en contratos o acuerdos llevados a cabo por escrito.

Al estudiar el principio *pacta sunt servanda*,²⁹ los autores coinciden en que el contrato es una institución de suma importancia para la creación del derecho y la regulación jurídica de la conducta social. Si bien existen las normas de carácter general que deben ser acatadas por todos los individuos en la colectividad, el

contrato aterriza a las relaciones sociales – en nuestro caso – comerciales, convirtiéndose en lo que la propia legislación llama *<ley para los contratantes>*.³⁰

Es decir, que la empresa como actor económico crea sus propias leyes. Cabe la reflexión; las leyes son promulgadas por los legisladores que, si bien representan la voluntad de sus mandantes, en su proceso de elaboración no alcanzan a recoger la voluntad de todos (es de presumir que de la mayoría bajo el principio de bien común), pero es imposible que agraden a toda la sociedad. Me pregunto, ¿si en nuestras manos estuviera crear leyes que satisfagan nuestras necesidades y ayuden a cumplir los objetivos que buscamos con su expedición, estaríamos dispuestos a redactarlas?, en gran proporción la respuesta sería sí.

Sin embargo, cuando de redactar contratos se trata, parece que no estamos tan dispuestos a redactarlos, puede ser porque el objeto que se contrata es muy repetitivo; hemos hecho tantos contratos de compraventa de vehículos que al parecer nada nuevo debe ser adicionado, tal vez existen a la mano unos cómodos modelos que sólo exigen a su autor el ingenio necesario para reemplazar los nombres de los contratantes y quizá hasta la fecha de celebración; o probablemente – y esta constituye la más común de las reflexiones cuando de hacer contratos se trata – pensamos que la otra parte, lo cumplirá sin objeciones, que el servicio que nos van a prestar será impecable, o que en el mundo de posibilidades, ese contrato va a ser cumplido sin problemas, pues el proveedor es serio y no es necesario revisar lo que estamos firmando, pues es sólo una formalidad.

Pues sí, es probable que el contrato sea cumplido por la otra parte, y me adelanto a decir que esta es una variable que deberá ser analizada a la hora de medir el riesgo que representa la negociación y proponer mitigantes como parte de

pensando que su cumplimiento deberá ser requerido, no siempre por vía amigable. O al menos, las consideraciones que señalamos anteriormente, no deberán estar en la mente del redactor.

Se recoge como un evento dentro de este tipo de riesgo, el que las transacciones se encuentren defectuosamente documentadas, pudiendo verificarse que no distribuyan derechos, obligaciones y riesgos de la forma prevista o intencionada,³¹ lo cual puede verificarse cuando el usuario del contrato o el encargado del área que requiere el producto o servicio delega la elaboración del contrato al asesor legal o simplemente usa el formato enviado por la otra parte. El objetivo que se tiene con la contratación no siempre puede verse plasmado en el documento, lo que puede causar serios inconvenientes durante su ejecución, también pueden existir cláusulas ambiguas o confusas que impidan su correcta interpretación.

Se puede proponer como solución para mitigar este riesgo la redacción contractual conjunta e interdisciplinaria entre los dueños del proceso y el asesor legal que lo redacta, obviamente, cuidando que el asesor legal investigue adecuadamente las implicaciones del proceso y analice los riesgos que pudieran presentarse. Es recomendable, diseñar un medio para la elaboración de contratos en el que el usuario describa detalladamente lo que pretende conseguir con el servicio, los tiempos que estima razonables para su entrega, los inconvenientes que podrían derivarse, y demás temas puntuales dependiendo del tipo de contratación.

2.2. Riesgo de documentación o de redacción de contratos

Definido de manera general como el riesgo de que existan documentos incorrectos o extraviados. o su inexistencia. incida negativamente en las actividades

de negocio. En este apartado incluiremos al llamado Riesgo de Transacciones Defectuosamente Documentadas.³²

Ya hemos analizado la importancia de los contratos en las relaciones jurídicas de la empresa, por supuesto una vez analizado su fondo, la capacidad para celebrarlos,³³ etcétera, será necesario conservarlos en un lugar seguro, de modo que cada vez que se los requiera estén a la mano y puedan ser ejecutados en caso de incumplimiento.

Conforme a la legislación civil, existen algunas vías para demandar el cumplimiento de los contratos, los contratantes pueden solicitar el cumplimiento por vía ordinaria, en la que está implícita la cláusula resolutoria tácita,³⁴ podrán solicitar que se declare la terminación del contrato, o exigir su cumplimiento, además de la indemnización por los perjuicios ocasionados; en caso que el documento privado cuente con un reconocimiento de firmas realizado ante autoridad competente,³⁵ podrán también iniciar una acción ejecutiva con la ventajas en cuanto a tiempo y medidas cautelares que representa; u optar por la vía arbitral si así lo han convenido. Para todas estas vías será necesaria la existencia del contrato. El hecho que se haya extraviado o destruido, incidirá negativamente en el devenir de la empresa y afectará sus intereses a la hora de exigir las contraprestaciones.

Es verdad que existen otros caminos probatorios para demostrar la existencia de las obligaciones, pero sin duda, son más complicados, toman más tiempo e

³² Daniel Pérez Umaña. *Gestión de Riesgo Legal*. Óp. cit.

³³ Este tema será estudiado con profundidad más adelante.

³⁴ Código Civil. Artículo 1505. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento

implican esfuerzos adicionales y en última instancia no son tan efectivos como contar con el documento principal de contratación.

Este riesgo también está presente en el caso de contratos verbales. El punto fue tratado al hablar de la importancia de establecer cláusulas a la medida en los acuerdos, mucho más entonces en el hecho de suscribir o no un contrato. Como dijimos, puede pensarse que la contratación es tan segura, que un contrato es innecesario o que la palabra es más importante, pero a la hora de comprometerse en un manejo responsable de la empresa, estas consideraciones no son justificantes. A priori, sólo puedo pensar en una variable para la medición relacionada al monto de la contratación, pero aún así, puede ir relacionada a la menor exigencia de contragarantías, pero en ningún caso argumentar la no firma de un contrato.

Como buena práctica, muchas empresas optan por un sistema de digitalización de documentos³⁶ que permita a los usuarios consultarlos cuando deseen, sin necesidad de acudir al documento original y establecer un proceso por el que la documentación sensible sea custodiada de forma adecuada.

Otra forma es acudir a los protocolos de los notarios públicos, que agregan a sus libros los documentos que cualquier ciudadano le solicita³⁷ y otorgan copias certificadas con igual valor legal, de esta forma se traslada la responsabilidad de custodia a una autoridad que da fe pública de la celebración de actos, de la originalidad de las firmas y adicionalmente, los conserva con seguridades establecidas legalmente.

De la misma forma se pueden otorgar los contratos por escritura pública, existen contratos que por expresa disposición de la ley deben ser otorgados con esta

solemnidad, no obstante, dicho camino no se encuentra vedado para el resto de acuerdos privados.³⁸ Respecto a la intervención de un notario público en las dos posibilidades planteadas, el costo que puede representar el otorgamiento de una escritura pública puede ser un limitante, dependerá entonces de la importancia y el monto de la transacción.

2.3. Riesgo normativo o de legislación

Este tipo de inconvenientes a los que se ve expuesta la compañía comprende los casos en 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 su interpretación.

Ya hablamos anteriormente de los problemas relacionados a los cambios de normativa, que pueden afectar a la relación comercial sobremanera. Este tipo de riesgo comprende también el desconocimiento de la legislación aplicable, los conflictos entre normas de la misma jerarquía y las dudas acerca de la norma que debe ser aplicada, analizaremos dentro de este tema la significación e importancia de la seguridad jurídica para los negocios.

2.3.1. Seguridad jurídica

Según mi apreciación, una parte importante de este riesgo, está representado por lo que se conoce en la doctrina como la seguridad jurídica, al tratar este tema el doctor Jose García Falconí³⁹ citando al tratadista Antonio Fernández Galiano, en su Introducción a la Filosofía del Derecho, señala:

Específicamente, la seguridad jurídica se refiere a las situaciones completas de los particulares dentro del orden del derecho. Este debe proporcionar

la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos.

Debe entonces entenderse que la seguridad jurídica es la garantía que tienen los contratantes de conocer la legislación que se encuentran aplicando o que está vigente al momento de establecer sus contraprestaciones, en base a esta legislación establecen sus reglas del juego, confían en que el sistema jurídico respetará sus acuerdos y los aplicará bajo la reglamentación que corresponde.

Menciona más adelante García Falconí:

Es evidente que en todo derecho existen imperfecciones, imprevisiones del legislador, lagunas y contradicciones, pero también hay normas que no realizan con plenitud los debidos ideales de justicia y no por eso deben condenarse el ordenamiento en su conjunto como incapaz de realizar aquel valor. Lo que interesa es que el derecho, aparte de sus inevitables fallos, tienda a la creación de una seguridad para el particular que se acoja a sus normas, de manera que nunca pueda ser sorprendido por un resultado imprevisible con arreglo al propio ordenamiento.

La finalidad del derecho tiene que ser la supresión de toda situación dudosa o imprecisa y su sustitución por situaciones netas y definidas. A procurarlas en casos concretos irán dirigidas normas determinadas, pero la finalidad de creación de seguridad jurídica para el particular está representada por una porción de principios de carácter general existentes en todos los ordenamientos: tales son, entre otros, el de inexcusabilidad del cumplimiento de la Ley, independiente de su conocimiento y el de la fuerza de la cosa juzgada, el de la protección posesoria y el que inspira a la institución de la usucapión.

Coincido plenamente con el autor citado en que:

Y empiezo analizando este importante principio jurídico, pues al hablar de riesgo de legislación se puede pensar que la mayoría de eventos se originan por el desconocimiento de la legislación, pero actualmente, considero que estos hechos se producen también porque la legislación es tan fluctuante que los actores contratan conscientes de cierto tipo de normas y finalmente existen otros postulados, o en su defecto, las reglas del juego son cambiadas en el curso de la relación contractual.

Adicionalmente, se evidencian por contradicción de normas, que es muy común en nuestro sistema extremadamente positivista, en el que existen múltiples productores de normas jurídicas e inevitablemente éstas pueden ser incompatibles. En el Ecuador por ejemplo, existen cientos de normas, que hacen imposible el conocimiento de todas a fondo, lo que induce a confusiones y errores a sus destinatarios.

Finalmente, se encuentra el tema de la modificación constante de las normas. Como muestra, la norma fundamental que rige un Estado contempla los postulados básicos de esa sociedad y deberá ser modificada sólo si las condiciones de aplicabilidad han variado sustancialmente; de igual forma con las principales leyes del ordenamiento, son marcos legales que por el tiempo que llevan aplicándose son conocidas por todos. Para nadie es ajeno que el Código Civil establece la edad en la que una persona es considerada mayor de edad, es una norma que lleva décadas rigiendo a la sociedad, si mañana se decide que la mayoría de edad se adquiere a los 14 años, significará un radical cambio en la sociedad; como estas hay normas que cambian frecuentemente; los gastos que se consideran deducibles para fines tributarios, la forma de declaración de impuestos, la información que se debe presentar para constituir una compañía. el trámite de registro de un contrato de

2.3.2. Distintas legislaciones aplicables

Como existen normas incompatibles dentro de un mismo territorio, la situación se puede ver comprometida en el caso de contrataciones que deben ejecutarse en más de una nación, cosa muy probable con la globalización de las operaciones empresariales. De importancia entonces, establecer la legislación que se tomará en cuenta para determinado aspecto del contrato, la jurisdicción a la que las partes se verán sometidas y en general, la reglamentación de carácter general que deberá atenderse en el curso normal del contrato y en la ejecución en caso de conflictos.⁴⁰

Las naciones han realizado varios esfuerzos para resolver conflictos de este tipo, principalmente, en el campo de los negocios (el Derecho Internacional no es materia de esta investigación), sin embargo, de presentarse un conflicto de legislaciones, el empresario puede enfrentarse a graves consecuencias que le representarán recursos y desgaste en sus actividades.

2.4. Riesgo de capacidad

Cabe aclarar que esta investigación no se centra en el derecho civil, pero en este punto es necesario analizar algunas de sus instituciones, que ya aterrizadas en la práctica son de suprema importancia para los contratos.

El riesgo de capacidad está compuesto por el riesgo 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.

Se trata de un evento eminentemente contractual y en gran parte previsible; conocemos a nuestro proveedor, lo vemos constantemente, le hemos estrechado la mano, es lógico que sea él quien suscriba el contrato, pero ¿tiene él la capacidad legal para realizarlo? Si se trata de una entidad estatal ¿el órgano competente ha expedido las autorizaciones que exige la ley para que la negociación sea válida?

En el ámbito del derecho privado, el código civil determina que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces,⁴¹ si se trata de un acuerdo con una persona natural que posee su documento de identificación, ha cumplido con su inscripción en el registro de contribuyentes y mantiene cuentas en instituciones financieras, deberíamos presumir que se trata de una persona capaz. Aún más cuando la jurisprudencia ha determinado que la incapacidad de una persona requiere prueba.⁴²

En el caso de los empresarios, señala el código de comercio que son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.⁴³

Determina el código civil:⁴⁴

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

(i) Que sea legalmente capaz;

⁴¹ Código Civil. Artículo 1462.

⁴² Fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia 29 de marzo de 1999, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 211, 14 de junio de 1999: "(...) Es decir que la ley presume que los negocios jurídicos realizados por una persona antes de ser privada de la administración de sus bienes son válidos y por tanto surten plenos efectos jurídicos, pues fueron celebrados entre personas legalmente capaces; pero contra esta presunción, se admite prueba en contrario, prueba que corresponde rendir a quien impugna la validez y eficacia del negocio jurídico, para lo cual debe acreditar que el acto o contrato de que se trata, fue concluido o cumplido por quien se encontraba en habitual estado de demencia a la época de la celebración del acto a contrato. Esta demostración debe ser concluyente, sin que deje resquicio alguno de duda en el ánimo del juzgador, pues, *por regla general, la ley tiende a amparar la validez y eficacia de los negocios*

- (ii) Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- (iii) Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- (iv) Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Más allá de los elementos que se determinan, considero que este riesgo, si bien debe ser observado minuciosamente, puede ser mitigado a través de una adecuada revisión de la contraparte. Muchas empresas estilan realizar un due diligence⁴⁵ de la parte con la que se va a contratar, partiendo del monto involucrado, el plazo y en general de la sensibilidad de la relación. Estos procesos pueden ser realizados directamente por la empresa o delegarlos a una entidad especializada. Dentro de los puntos a ser analizados en el due diligence se encuentra, precisamente, los procesos para su constitución, su estatuto y reglamentos internos, la documentación de representación otorgada a sus administradores, además de su solvencia, niveles de endeudamiento y cumplimiento de obligaciones.

En contraposición al hablar de la incapacidad, Rodríguez Azuero sostiene:

La incapacidad, excepción al principio general, es ante todo una institución jurídica enderezada a la protección y defensa de quienes, por carecer de ciertas facultades, no se encuentran habilitados para ejercitar por sí mismos los derechos ni contraer las obligaciones que les competen. Es, pues, una noción que surge por contraste, con la capacidad de ejercicio. Usualmente se clasifica en incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Quienes se encuentran afectados por la primera están del todo imposibilitados para actuar válidamente, mientras que aquellos de quienes se predica la segunda, tienen un principio de capacidad que, en todo caso, permite la convalidación por las

⁴⁵ Carlos CASAS *Diccionario Económico*, www.expansion.com/diccionario-economico/due-diligence.html (acceso 23

partes una vez que hayan cesado las causas determinantes de la incapacidad.⁴⁶

Ya en la práctica, un análisis legal de la comparecencia en los actos o contratos en los que interviene la empresa será sin duda, requerido previo a la celebración, tomando en cuenta que hay ciertos temas que pueden ser subsanados y otros que afectarán de forma irreversible a la contratación.

2.4.1. Representación legal

Específicamente, respecto a los representantes legales o apoderados,⁴⁷ como proceso básico debe considerarse el análisis de poderes y nombramientos,⁴⁸ sus documentos de identidad, el plazo de representación conforme al estatuto, la inscripción en los registros públicos, las facultades que le otorga el poder o las limitaciones que pudieran haberse establecido; como ejemplo, para ciertos casos es necesaria la comparecencia conjunta del gerente general y el presidente del directorio de una compañía, existen actos como la constitución de gravámenes sobre los activos de la compañía que pueden requerir autorización expresa del organismo colegiado en la primera línea de la administración.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que:

Las personas jurídicas actúan necesariamente por medio de sus representantes legales, pero no significa que sean procesalmente incapaces, y solo en un sentido figurado puede calificárseles como tales. La representación legal de las personas jurídicas no constituye una medida de protección jurídica como sucede con los menores de edad y otras personas naturales incapaces sino que se justifica por la imposibilidad de hecho que

⁴⁶ Sergio Rodríguez Azuero. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 5ta. ed. Colombia: Legis. 2002, página 101.

se da en la generalidad de los casos de que concurran conjuntamente al acto jurídico todos sus integrantes o componentes.⁴⁹

Las implicaciones de la incapacidad del representante legal al comparecer obligando a la compañía, pueden ser tan graves como para implicar la nulidad de contratos y dilaciones en procesos judiciales. Según el código civil, la persona jurídica es una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.⁵⁰ La persona jurídica, conforme el código de procedimiento civil no puede comparecer en juicio como actora o demandada a no ser por medio de su representante legal,⁵¹ según el mismo cuerpo legal, una de las solemnidades sustanciales común a todos los juicios e instancias es la legitimidad de personería.⁵² La falta de este requisito vicia el proceso de nulidad y el juez debe declararla aunque las partes no hubieren alegado la omisión, según dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.⁵³

Iguales inconvenientes se pueden presentar al tratarse de poderes o procuraciones judiciales para intervenir en actos, contratos o procesos judiciales, es necesario que la persona que otorga el mandato tenga la capacidad para realizarlo, que el poder sea otorgado atendiendo los requisitos exigidos por la ley, que sus cláusulas sean

⁴⁹ Fallo dictado por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia 22 de Octubre de 1999. Expediente No. 525-99, publicado en el Registro Oficial número 335, 9 de diciembre de 1999.

⁵⁰ Código Civil. Artículo 564.

⁵¹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 34, número 2.

⁵² Código de Procedimiento Civil. Artículo 355.

⁵³ Fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial número 335, 09 de diciembre de 1999. La Corte Suprema de Justicia, al estudiar la falta de aplicación de esta norma legal, señala: una persona puede comparecer como parte en un juicio por sus propios derechos o en representación de otra sea natural o jurídica, pero para los actos

suficientes en lo referente a las facultades que se van a ejercer y en caso de haber sido otorgado en el extranjero cuente con las legalizaciones del caso.⁵⁴

2.5. Prácticas de empleo y seguridad laboral

Se definen las pérdidas derivadas de actividades incompatibles con la legislación, acuerdos laborales, higiene y seguridad en el trabajo.

Se ha incluido a este punto como un evento de riesgo legal debido a la capital importancia que ha tomado para las empresas el manejo de las relaciones con sus funcionarios. Históricamente, muchas empresas se han visto en graves problemas, ocasionados por conflictos con sus trabajadores, paralizaciones, exigencias, protestas, juicios millonarios, en fin; son múltiples los hechos que pueden suscitarse por la falta de previsión en las relaciones empleador – empleado.

Del mismo modo, por falta de controles, de acuerdos de confidencialidad, de pertenencia de la propiedad intelectual, se han producido litigios incómodos para las corporaciones, que si bien pueden ser catalogados dentro del riesgo operativo, tienen un origen legal y pueden ser mitigados por herramientas jurídicas adecuadas. Es repetitivo el revisar contratos de trabajo realizados a partir de modelos con cláusulas básicas, sin ser acopladas a la realidad de la compañía. Contratos de farmacéuticas que no contemplan cláusulas de propiedad intelectual, funcionarios con obligaciones sensibles o a cargo del manejo de claves y aprobaciones, que no han suscrito convenios de confidencialidad, entre otros.

⁵⁴ Resolución Número 9-2007, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, Registro Oficial 373-S, 3 de julio de 2008. La Corte Suprema de Justicia, al analizar la intervención en juicio de un Procurador Judicial, mediante poder otorgado en el extranjero, analiza la Convención Interamericana sobre régimen legal de poderes para ser

Se debe empezar con el adecuado conocimiento de las normas de derecho laboral que rigen este tipo de contratación, pasando por las reglamentaciones establecidas por las autoridades administrativas para la prevención de riesgos en la ejecución de las labores.

Dependiendo de la industria los riesgos laborales son diversos, no son iguales en una fábrica que en una oficina de servicios contables, de ahí que las prácticas de seguridad y salud varían de un segmento a otro, si bien controlar los riesgos del trabajo no es una actividad de administración legal, el asesor jurídico debe ir de la mano con las actualizaciones normativas y en todo momento está llamado a advertir de las consecuencias que pudieran devenir en su falta de aplicación.

El derecho laboral ha dejado de estar limitado a las normas establecidas en el Código del Trabajo, existe una nueva rama que ha desencadenado en múltiples procesos para las empresas, se trata de la Seguridad y Salud Ocupacional.⁵⁵ A través de este derecho las empresas deben establecer una política para resguardar la integridad de sus trabajadores, un ambiente adecuado, instalaciones confortables y puestos de trabajo ergonómicos.

2.6. Operaciones internacionales

El riesgo legal debe incluir el análisis de los actos que realice la empresa cuando se rijan por un sistema jurídico distinto al nacional y la evaluación de las diferencias existentes. Las empresas deben estimar la probabilidad de que se emitan resoluciones administrativas o sentencias adversas, lo cual permitirá estimar la pérdida potencial en la que incurriría la empresa.

Ya tratamos este punto al hablar del riesgo de capacidad, no obstante el tema

territorio en el que mantiene su domicilio, con contrapartes domiciliadas fuera o simplemente decide someterse a jurisdicciones extranjeras. Obviamente, los costos relacionados a estas transacciones serán mayores pues implican necesariamente la contratación de profesionales conocedores de procesos y legislación en otros mercados, además de costos operativos y legales en caso de conflicto.

El enfrentar un litigio en otro territorio puede significar para la compañía una erogación de recursos que afecte materialmente a su presupuesto, adicionando el tema de la reputación y los conflictos que le puede generar con otros socios internacionales.

2.7.Reclamos o acciones legales

Pueden ser derivados de riesgos anticipados pero tomados deliberadamente o de actos dolosos (ejemplo fraude) o gravemente irresponsables.

Consisten en demandas, reclamos, investigaciones, procedimientos administrativos, medidas cautelares, derivados de incumplimientos legales y contractuales. Hemos analizado las definiciones de riesgo de documentación y de legislación y sus principales supuestos, sin embargo, los reclamos o acciones legales pueden devenir de estos riesgos anotados o de cualquier hecho en el que esté involucrada la empresa y pueden resultar en responsabilidad o pérdidas para la entidad como las que se enuncian a continuación:

a) Multas, penalidades o sanciones: el no pagar a tiempo un tributo municipal ocasionará el inicio de acciones coactivas por parte de la autoridad, que acarreen el pago de intereses, multas por retraso, etcétera, que afectarán cuantitativamente a la empresa.

suspensión de comercialización de un producto por falta de renovación de un registro sanitario.

c) Condenas (civiles, penales o administrativas) para la compañía, sus representantes, directores. Dependiendo de la gravedad de la infracción, las sanciones podrían ser de gravedad mayor, como la orden de prisión para el representante legal de la empresa, el pago de daños y perjuicios, la suspensión de las actividades de la compañía.

Incluso en nuestro medio, con la expedición del Código Orgánico Integral Penal y el establecimiento de una nueva figura jurídica como la responsabilidad de la persona jurídica⁵⁶ la situación para la compañía podría agravarse, por ejemplo en temas ambientales, comercialización de medicinas, infracciones contra los consumidores, aportes al seguro social, infracciones tributarias, delitos económicos, lavado de activos, entre otros.

En estos casos, la ley ha establecido como penas las siguientes:

Artículo 71.- Penas para las personas jurídicas.- Las penas específicas aplicables a las personas jurídicas, son las siguientes:

1. Multa.

2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

⁵⁶ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 49. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014. Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u

3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.

4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.

5. Remediación integral de los daños ambientales causados.

6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontractación o de reactivación de la persona jurídica.

7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

d) Aceleración o terminación anticipada de contratos: una de las principales afectaciones que puede llegar a tener una compañía es la relacionada con el giro de su negocio, si se ve obligada a terminar contratos, sus ingresos se verán directamente afectados con las consecuencias para su reputación dentro del mercado.

En todos estos supuestos planteados, es necesaria la intervención de los asesores legales internos en los temas generales y después de la evaluación del impacto de determinada acción, la contratación de especialistas en el área específica.

Por supuesto que se busca evitar que estos hechos se presenten a través de la adecuada administración de riesgos, pero una vez presentados la asesoría oportuna y calificada junto a un seguimiento de los procesos legales, minimizará el impacto económico y reputacional para la compañía.

económicos, además de propender hacia la protección a los consumidores y pequeños productores de las prácticas anticompetitivas.

En el Ecuador, se expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado⁵⁷ que consagra como su objeto, evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Desde el punto de vista legal, hoy por hoy, se ha hecho de enorme trascendencia el conocimiento del asesor legal sobre este asunto que incide directamente sobre las empresas. La compra de una compañía por parte de otra, hará necesario el análisis sobre la concentración que pudieran tener en el mercado, cuando formen parte del mismo grupo económico; la inserción de la empresa en cierto mercado, requerirá un estudio previo de su composición; una nueva estrategia de marketing, obligará a que se revise si su implementación no implica una práctica prohibida; entre muchos otros eventos que pueden desencadenar en una violación de las normas de competencia.

Una de las conclusiones de esta investigación se adelanta con este breve análisis, el administrador del negocio, debe ir de la mano con su asesor legal, en todas las iniciativas que lleve a cabo la compañía.

2.9. Protección legal defectuosa de los derechos o activos de la compañía

Aunque pareciera una derivación de eventos anteriormente estudiados, considero que este tipo de riesgo tiene una relación más cercana con la asesoría legal corporativa, pues abarca varias situaciones que se pueden presentar por desconocimiento del asesor o porque la administración prescinde del asesor legal para realizar negociaciones o inversiones determinadas, se enumeran algunas recogidas por los autores:⁵⁸

- a) Propiedad Intelectual: marcas, secretos industriales, bases de datos, falta de obtención de registros, falta de oposición para impedir que un tercero lo use, descuido en la protección de la información confidencial. Si bien el *know how*⁵⁹ de la empresa, así como su propiedad intelectual son activos intangibles, bien pueden representar parte neurálgica de su patrimonio o su posición en el mercado; no tener la previsión suficiente para cuidarla puede desatar graves consecuencias.
 - b) Bienes muebles e inmuebles: falta de cumplimiento de obligaciones con entes seccionales, avalúos, falta de renovación de permisos, licencias.
 - c) Garantías: inadecuada instrumentación de garantías en operaciones activas que pueden dejar a la institución en situación de desventaja, por ejemplo, problemas de inscripción de las garantías por derechos preferentes de terceros, prohibiciones de enajenar.
-

Los eventos analizados en este capítulo, pueden encontrar gran cantidad de coincidencias para el lector. Para un empresario los actos que se han descrito serán reflejo de algún problema presentado en su experiencia empresarial. Probablemente, nos hemos acostumbrado a lidiar con estos inconvenientes en el día a día, pero ¿nos hemos planteado su origen, sus causas, la posibilidad de prevenirlos, las formas para mitigarlos?, ¿sería una buena práctica crear un fondo de reserva que pueda ser usado para hacer frente a estas vicisitudes?, ¿qué tan conscientes estamos acerca del manejo legal de las empresas?, ¿se ha asignado el presupuesto necesario para una asesoría legal?, ¿existen herramientas que pueden servirnos para mitigar estos eventos riesgosos?, ¿la administración de empresas está tomando en cuenta que la inadecuada administración de riesgos puede afectar al valor de una compañía, mucho más que una idea de negocio que fracasa?

Considero que son estas valiosas interrogantes que debe plantearse la administración corporativa, en el siguiente capítulo esbozaremos un marco de gestión que consideramos sencillo pero adecuado, con el objetivo de aportar al estudio del derecho empresarial.

III. Capítulo tres. Aplicación de las herramientas de gestión de riesgos a las relaciones de la empresa

3. Administración de riesgos

La aplicación de la administración de riesgos no ha sido aceptada del todo por los empresarios, la mayoría lo ha hecho como una obligación impuesta por los entes de control, más que como iniciativa propia; al interior del sector no financiero – en principio no sujeto a regulación estatal – resulta difícil entender la importancia del control de riesgos. Probablemente, han empezado con precauciones para riesgos naturales como incendios, terremotos, erupciones, luego surge la pregunta ¿cómo controlarlos?

Sin embargo, poco a poco se mira a la gestión de riesgos como una herramienta valiosa de la administración de empresas. La rentabilidad siempre será la principal preocupación de un empresario, pero si concientiza que tal rentabilidad se puede ver comprometida por la falta de un manejo adecuado de los riesgos de su negocio, pondrá más atención en este punto, debiendo realizar una evaluación de costo beneficio, en otras palabras, asignar recursos para el control que, muy probablemente, le significarán mayor eficiencia.

La administración de riesgos, por tanto, se convierte en la disciplina consistente en evaluar alternativas complejas en términos de valores (habitualmente monetarios) y de incertidumbre (lo que no conocemos). El análisis brinda información sobre las diferencias entre las alternativas definidas y genera sugerencias de nuevas y mejores alternativas.⁶⁰ Según el autor citado, finalmente el análisis debe reflejarse en conclusiones numéricas que le den al administrador

utilidad / pérdida esperada y ponderada para las probabilidades clave, y los parámetros de ponderación y preferencia de riesgo de la entidad.⁶¹

Intentar una definición de gerencia de riesgos ayudará a delimitar nuestro estudio, según Kauf:

La gerencia de riesgos es un conjunto de técnicas y de reflexiones que concurren en la protección del patrimonio de la empresa contra los riesgos aleatorios. La protección del patrimonio debe ser objeto de un enfoque global que es el de la Gerencia de Riesgos para quedarse con un nivel de coste compatible con los objetivos de la empresa.⁶²

El autor advierte que las técnicas y reflexiones que se refieren en la definición, no se limitan a obtener una compensación de las pérdidas que resulten de un siniestro, sino que tienen por objeto evitar incluso que ocurran los siniestros, o reducir los efectos de los que no hayan sido evitados. La protección del patrimonio de la empresa debe ser considerada en su acepción más amplia, protección de sus bienes materiales pero también de su imagen de marca y de la notoriedad de sus directivos.

De la mano con las funcionalidades de esta materia se distinguen dos aristas para su definición:

1. Como proceso directivo o administrativo

Se define como el proceso de planificar, organizar, dirigir y controlar los recursos y actividades de la empresa para minimizar los efectos adversos de los sucesos accidentales que afecten a la misma, al menor coste posible.⁶³

2. Como proceso de toma de decisiones

Desde este punto de vista, se define a la gerencia de riesgos como un proceso de toma de decisiones, cuya secuencia lógica es:

- a) Identificación y evaluación de los riesgos accidentales (riesgos puros), a los que se encuentra expuesta la empresa y que sean capaces de interferir en la consecución del cumplimiento de sus objetivos.
- b) Análisis de las técnicas de control técnico y financiero de dichos riesgos, considerando exhaustivamente las distintas opciones viables para dicho control y, consecuentemente, seleccionando la mejor opción.
- c) Aplicación de la opción seleccionada y su seguimiento durante dicha aplicación.
- d) Análisis de los resultados de las técnicas aplicadas para asegurarse de que estas son las correctas o modificarlas en el caso de que apareciesen desviaciones significativas sobre las previsiones inicialmente tenidas en cuenta.⁶⁴

Como se puede ver, la gestión de riesgos es de gran utilidad para el management de la empresa, puede ser útil tanto para la administración macro, como para la toma de decisiones específicas; ya en el plano legal, su aplicación se convierte en una innovación que nutre la labor del abogado con el uso de disciplinas funcionales.

Clásicamente se ha pensado que los riesgos se controlan a través de un seguro que cubra sus efectos cuando se produzcan, pero este paradigma será cuestionado cuando lo que se busca es desarrollar formas para que los resultados dañosos no se produzcan. esta concepción es mucho más eficiente. v generará una cultura de

3.1. Antecedentes

Anteriormente, el estudio de los riesgos estaba limitado a cuestiones financieras y el área encargada de revelar los eventos riesgosos era la auditoría interna o externa de una organización.

El Comité de Organizaciones Patrocinantes de la Comisión Treadway (COSO)⁶⁵ ha efectuado varios estudios para mejorar la administración de riesgos, considero que su valor es muy grande, pues se trata de una iniciativa privada que busca crear marcos de análisis y control para manejar los riesgos, seguramente basados en importantes experiencias en sus sectores, sin desmerecer las regulaciones públicas; pero en mi opinión los entes del sector privado conocen más a fondo el devenir de las empresas y por ende las formas fraudulentas de manejarlas.

En 1996 el GARP⁶⁶ estableció un método con algunos principios para un eficaz manejo de riesgo dentro de una institución financiera, recogidos en los Principios de Riesgos Generalmente Aceptados.

Como ya lo hemos visto en capítulos anteriores, en 1998 el Comité de Basilea pública el primer acuerdo de capital y de ahí se han derivado muchos parámetros emitidos por este organismo, convirtiéndose en la pauta para esta disciplina.

⁶⁵www.coso.org. (acceso: 18/09/2014). COSO es una iniciativa conjunta de cinco organizaciones del sector privado: The American Accounting Association (AAA) (Asociación Americana de Contabilidad), The American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) (Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados), Financial Executives International (FEI) (Ejecutivos Financieros Internacionales), The Institute of Internal Auditors (IIA) (Instituto de Auditores Internos), and The National Association of Accountants (Asociación Nacional de Contadores) (ahora The Institute of Management Accountants [IMA]) (Instituto Gerencial de Contadores) y se dedica a proporcionar liderazgo de pensamiento a través de la creación de marcos y orientación sobre la gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude. Traducción libre del autor.

COSO fue organizada en 1985 para patrocinar a la Comisión Nacional sobre Información Financiera Fraudulenta, una

Esta evolución constante de enfoques y lineamientos sobre la administración de los riesgos, debe ser tomada en cuenta como un fortalecimiento del sistema de control interno institucional, que sin duda constituirá un elemento clave que impulsará a adecuar sus prácticas, permitiendo romper los esquemas tradicionales de administrar y controlar los riesgos, convirtiendo las acciones de sus administradores en preventivas y no correctivas. Esto por supuesto también permitirá romper los esquemas tradicionales y paradigmas que no hacían sino mantener el statu quo empresarial.⁶⁷

3.2. Gestión de riesgo

Obviamente el objetivo de la gestión del riesgo será controlarlo, para ello se han diseñado varios métodos que deben ser analizados en cuanto a su aplicación para una u otra empresa.

Garantizar la solvencia y estabilidad de la empresa a través de un manejo adecuado de los riesgos, que permita lograr un equilibrio entre la rentabilidad y el riesgo asumido por las operaciones, será la base de una administración moderna del negocio.

Quien está a cargo de la medición de los riesgos debe ser una persona independiente en la administración, que no se encuentre en situación de conflicto de intereses con su labor, por ejemplificar, no sería lo correcto que el gerente de operaciones sea además quien controla los riesgos y hace seguimiento de las medidas de detección.

Por otro lado, es necesario adecuar a la empresa las políticas macro, lo que es bueno para una compañía, no es igualmente aplicable para otra, o por su parte, los

proponer mitigantes. El control de estos lineamientos podrá ser realizado mediante un chequeo cruzado de un “par”⁶⁸ en la compañía, o de un asesor especializado que determine si lo propuesto es viable.

3.3. División de los riesgos para la gestión

Para efectos de la administración de riesgos, se puede partir de dos ramas diferenciadoras:

- Riesgos de la empresa: riesgos inherentes a la actividad de la empresa.
- Riesgos aleatorios: riesgos que pueden producirse de hecho y como consecuencia de tal actividad.

Los riesgos inherentes a la empresa vienen dados por el emprendimiento en sí, decidir crear un producto conlleva riesgos de mercado, financieros, el capital en sí y éstos deben ser analizados cuando se realiza el business plan; si bien pueden ser revelados en nuestro estudio, no son el objetivo principal. Por otro lado, los riesgos aleatorios nacen como consecuencia de la actividad de la empresa. Se derivan de un acontecimiento o de un acto involuntario, no previsto, y constituyen el campo de acción de la gerencia de riesgos.

3.4. Objetivos y funciones de la administración del riesgo

El objetivo principal de la gestión de riesgo va encaminado hacia el manejo y el establecimiento de coberturas para los eventos identificados, las empresas buscan con esta parte de su administración, mantener su rentabilidad, su imagen, la eficiencia de sus operaciones y su capital.

La implementación de un sistema de administración integral de riesgos debe

la empresa, con el fin de evitar intervenciones, dependencia; en general situaciones de conflicto de interés.⁶⁹

3.4.1. Objetivos: Existen dos objetivos primordiales:

1. Identificar los diferentes tipos de riesgo que pueden afectar la operación y/o resultados esperados de una entidad.

2. Medir, controlar y monitorear el riesgo, mediante la instrumentación de técnicas y herramientas, políticas e implementación de procesos.

3.4.2. Funciones: En correlación con estos objetivos, se definen diversas funciones de la gestión de riesgo.

1. En relación con el primer objetivo:

a) Determinar el nivel de tolerancia o aversión al riesgo.

2. Con el segundo objetivo:

a) Determinación del capital para cubrir un riesgo.

b) Monitoreo y control de riesgos.

c) Garantizar rendimientos sobre capital a los accionistas.

d) Identificar alternativas para reasignar el capital y mejorar rendimientos.

3.5. Riesgos asegurables y no asegurables

Se debe empezar aclarando que esta distinción no se vincula con la rama de

asegurabilidad o no de un riesgo tiene incidencia sobre la política seguida por la empresa para la protección de su patrimonio. Los riesgos no asegurables quedan obligatoriamente a cargo de la empresa cuando se materializan. Para los riesgos asegurables, la empresa se coloca delante de una elección.⁷⁰

Al ser un servicio prestado por una compañía especializada, el asegurar un riesgo implica el pago de una prima periódica, por lo que es necesario un análisis financiero en el que se evalúe la afectación del siniestro, si se materializa y el costo por el seguro.

El tema no sólo se sitúa en lo relacionado con el seguro per se, existen otras formas de aseguramiento diferentes a una póliza como transferencias de riesgo, derivados financieros, entre otras.

Por el contrario, es claro identificar que existen riesgos no asegurables, como el daño a la imagen de la empresa, la pérdida de clientes, el riesgo sistémico (en principio), que no son fácilmente cuantificables y por ende no pueden ser asumidos a través de mecanismos como el seguro.

Por otro lado se debe analizar las exclusiones que suelen incluir las compañías de seguros para determinadas relaciones y esto puede estar determinado tanto por las políticas del mercado, por las acciones del asegurado en la causa del siniestro o, simplemente, porque la capacidad patrimonial de la aseguradora es limitada en relación al monto que debería cubrir en caso de un siniestro.

3.6. Matriz de riesgo

Es una herramienta usada dentro de la gestión de riesgos, que recoge todos los elementos de análisis, medición y control de los riesgos en una entidad. Su

apartado, una vez que se encuentra terminada, se convierte en una poderosa herramienta de toma de decisiones para la gerencia. El objetivo de este capítulo es analizar su forma de elaboración, sus componentes y terminar con una propuesta de matriz de riesgo legal para una compañía.

3.6.1. Proceso de la administración de riesgo⁷¹

3.6.1.1. Identificación del riesgo

En este primer punto se busca determinar cuáles son las exposiciones más importantes al riesgo en la unidad de análisis (entidad o empresa).

En esta etapa se establecerá el inventario de riesgos de la empresa, incluyendo la relación de los daños que puedan sufrir sus recursos materiales, inmateriales y humanos, las pérdidas por daños a terceros o cualquier otra pérdida que pueda sufrir la empresa como consecuencia de los siniestros listados.

Se trata de una etapa crucial y será necesario que se disponga un orden para que los involucrados la elaboren, los criterios para ordenar los riesgos deben ser esgrimidos en base al tipo de industria y a la fuente que genera los riesgos; por ejemplo, riesgos naturales, responsabilidad civil de la empresa, o por productos o líneas de negocio.

En el caso de empresas comerciales, considero que es prudente dividir las áreas de la compañía y sus principales actividades, pues por ejemplo, la tesorería no tendrá riesgos iguales al área comercial o al área legal.

Detallar en extremo los riesgos puede resultar poco práctico, sin embargo, en esta etapa tratamos de realizar un ejercicio amplio que no deje por fuera

adelante continuaremos con un ejercicio de selección y ponderación en base a otras variables.

Todas las empresas son diferentes, a pesar que se encuentren en la misma industria o generen una misma línea de producto; será necesario que la compañía realice su propio análisis casa adentro, para lo que se requerirá un vasto conocimiento de los procesos clave, en reuniones interdisciplinarias se podrá detectar falencias y se contará con el juicio experto y el punto de vista crítico del resto de colaboradores, ajenos o no al área estudiada.

Es útil para este ejercicio señalar los objetivos del proceso, los riesgos que más deben preocupar son los que pueden afectar la consecución de los objetivos de los procesos, que deben estar claramente definidos y alineados a los objetivos estratégicos,⁷² además de constar la persona responsable para la ejecución de las distintas actividades dentro de los procesos. Los objetivos deben ser razonables y alcanzables.

Se propone un cuadro para ordenar la identificación de los riesgos:

Proceso	Sub Proceso	Etapa	Objetivo	Riesgo

⁷² Henry Mintzberg et. al, *Planeación Estratégica*, Universidad Nacional de Colombia, 2007. En este trabajo investigativo la Planeación Estratégica es definida como una etapa que forma parte de proceso administrativo mediante el cual se establecen directrices, se definen estrategias y se seleccionan alternativas y cursos de acción, en función de objetivos y metas generalmente económicas, sociales y políticas; tomando en consideración la disponibilidad de recursos reales y potenciales que permitan establecer un marco de referencia necesario para concretar programas y acciones específicas en tiempo y

Proceso	Sub Proceso	Etapa	Objetivo	Riesgo
Contratación de Proveedores	Contrato	Revisión Contractual	Que consten los derechos y obligaciones de las partes	No recoger la voluntad de las partes
				Cláusulas ambiguas

3.6.1.2. ¿Quién registra los riesgos?

Hemos señalado que quien debe identificar los riesgos es la persona que más conoce del proceso, "el dueño del proceso", y aquí se puede presentar una complicación, hay personas que subestiman los riesgos, sea porque no quieren llamar la atención o porque no desean un control más exhaustivo de las áreas de control; también pueden ser sobrevalorados, algunos gerentes consideran que si su área es más riesgosa pueden conseguir más presupuestos para mitigar estos eventos. Por ello es necesario el seguimiento imparcial de la gerencia o del encargado de la gestión, además de la concientización en el equipo de que se trata de una autoevaluación que redundará en beneficio conjunto.

Hablamos de generar una cultura de control de riesgo, que debe convertirse en una política institucional, lograrla no será un proceso que éste listo en corto tiempo, pero de la eficacia de este primer ejercicio se generará un punto de partida adecuado para el resto del proceso, en palabras de Patricio Reyes Heredia:

Hay algo que hace que la gente gestione riesgos: una cultura de riesgos avanzada y el que puedan contar con los debidos controles internos. El cambio cultural es un proceso largo y continuo. Normalmente se habla de unos cinco años necesarios para un cambio deseado. Puede ser que en este plazo se noten cambios importantes, pero este es un proceso que no termina nunca y al que hay que alimentarlo día a día mediante ejemplos y buenas prácticas de gestión. El cambio cultural hay que plantearlo desde el primer

de sus riesgos, más bien lo que impulsa a tomarlo es la idea de mejorar la administración de sus recursos.

3.6.2. Analizar los riesgos

Establecidos los riesgos, quienes los van a registrar y hasta que nivel, corresponde efectuar el respectivo análisis, que tiene dos dimensiones:

3.6.2.1. Clasificación

Se refiere a una tipificación, por ejemplo: riesgo de mercado, de liquidez, operativo, y sub tipificación: legal, calce de plazo, imagen, etcétera.

3.6.2.2. Calificación

Esta dimensión dentro del análisis permite medir o valorizar el riesgo, lo que tendrá enormes repercusiones en las siguientes etapas. La herramienta que se usa es medir la probabilidad y el impacto de los riesgos, (que es muy propicia para los riesgos con implicación financiera), pues se gráfica en un plano cartesiano, en donde en el eje de las X está identificada la probabilidad de ocurrencia del factor de riesgo, y en el eje de las Y se identifica el impacto que este factor tiene sobre los objetivos estratégicos de la organización.

Si bien el objetivo de nuestro estudio no se centra en riesgos financieros, las herramientas pueden ser – siendo creativos – aplicadas al riesgo legal.

3.6.2.3. Escala para probabilidad de ocurrencia

Categoría	Valor	Descripción
Casi certeza	5	Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es muy alta, es decir, se tiene plena seguridad que éste se presente, tiende al 100%
Probable	4	Riesgo cuya probabilidad de ocurrencia es alta, es decir, se tiene entre 75% a 95% de seguridad que éste se presente

Dentro de la evaluación de riesgo, se debe definir su probabilidad de ocurrencia, lo que es importante al momento de establecer los mitigantes. Si se trata de un riesgo alto, la decisión ira encaminada a prevenir el riesgo a través de controles más estrictos, pero por otro lado, se deberá evaluar el impacto que tendrá el hecho. Si el impacto es muy bajo, sería mejor asumir la pérdida en caso que el hecho ocurra versus utilizar tiempo y recursos en implementar controles. Aquí se aplica ciertamente el concepto de costo de oportunidad.⁷³

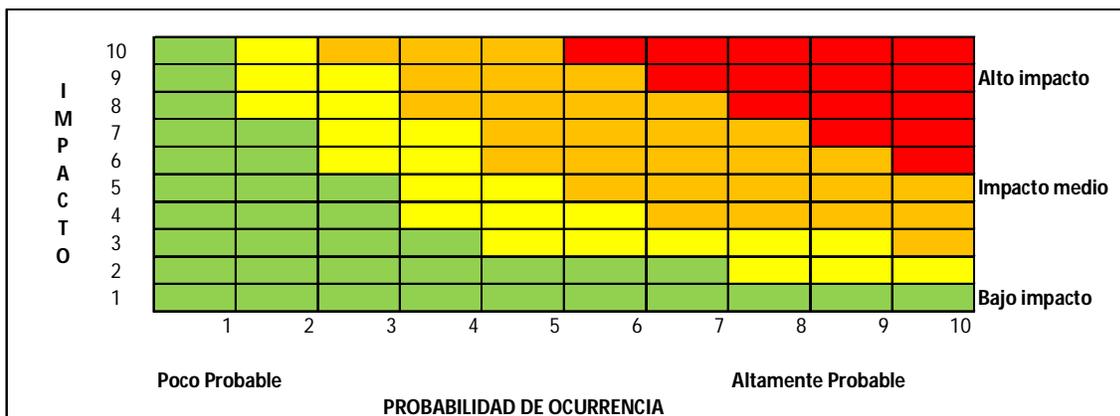
3.6.2.4. Escala para materialidad del impacto

Categoría	Valor	Descripción
Catastróficas	5	Riesgo cuya materialización influye directamente en el cumplimiento de la misión, pérdida patrimonial o deterioro de la imagen, dejando además sin funcionar totalmente o por un período importante de tiempo, los programas o servicios que entrega la institución.
Mayores	4	Riesgo cuya materialización dañaría significativamente el patrimonio, imagen o logro de objetivos sociales. Además, se requiere una cantidad importante de tiempo de la alta dirección en investigar y corregir los daños.
Moderadas	3	Riesgo cuya materialización causaría ya sea una pérdida importante en el patrimonio o un deterioro significativo de la imagen. Además, se requiere una cantidad de tiempo importante de la alta dirección en investigar y corregir los daños.
Menores	2	Riesgo que causa un daño en el patrimonio o imagen, que se puede corregir en el corto tiempo y que no afecta el cumplimiento de los objetivos estratégicos.
Insignificantes	1	Riesgo que puede tener un pequeño o nulo efecto en la institución.

Estas escalas permiten valorar el riesgo, como parte de la construcción de la matriz; establecer con exactitud la probabilidad de ocurrencia no siempre puede ser tan fácil, cada evento envolverá circunstancias particulares, que precisamente

deben ser analizadas a fin de limitar su ocurrencia / impacto. Es un ejercicio analítico pormenorizado, de gran aporte más adelante.

3.6.2.5. Ejemplo de esquema para construcción del mapa de riesgo



Nivel de Riesgo	Calificación
-----------------	--------------

Riesgo Bajo 1 - 15

Riesgo Medio 16 - 29

Nivel de Riesgo	Calificación
-----------------	--------------

Riesgo Alto 30 - 59

Riesgo Crítico Mayor a 60

3.6.2.6. Escala para medir la severidad del riesgo

El producto del nivel de probabilidad e impacto y el resultado establecido como un nivel de riesgo específico identificado, sirven de base para esquematizar el mapa de riesgos institucional. Este mapa da una visión general del estado en que se encuentra la entidad respecto a los riesgos asumidos.

Nivel Probabilidad P	Nivel Impacto I	Nivel de riesgo (Severidad) P x I	Prioridad Auditoría
Casi certeza (5)	Catastrófico (5)	Extremo (25)	Prioridad alta
Casi certeza (5)	Mayores (4)	Extremo (20)	Prioridad alta
Casi certeza (5)	Moderadas (3)	Extremo (15)	Prioridad alta
Casi certeza (5)	Menores (2)	Alto (10)	Prioridad media alta
Casi certeza (5)	Insignificantes (1)	Alto (5)	Prioridad media alta
Probable (4)	Catastrófico (5)	Extremo (20)	Prioridad alta
Probable (4)	Mayores (4)	Extremo (16)	Prioridad alta
Probable (4)	Moderadas (3)	Alto (12)	Prioridad media alta
Probable (4)	Menores (2)	Alto (8)	Prioridad media alta
Probable (4)	Insignificantes (1)	Moderado (4)	Prioridad media
Moderado (3)	Catastróficas (5)	Extremo (15)	Prioridad alta
Moderado (3)	Mayores (4)	Extremo (12)	Prioridad alta
Moderado (3)	Moderadas (3)	Alto (9)	Prioridad media alta
Moderado (3)	Menores (2)	Moderado (6)	Prioridad media
Moderado (3)	Insignificantes (1)	Bajo (3)	Prioridad baja
Improbable (2)	Catastrófico (5)	Alto (10)	Prioridad media alta
Improbable (2)	Mayores (4)	Alto (8)	Prioridad media alta
Improbable (2)	Moderadas (3)	Moderado (6)	Prioridad media

3.6.2.7. Ejemplo de mapa de riesgo

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados						
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor		
Inversión	Licitación y Adjudicación	Apertura	Evaluar técnica y financieramente las propuestas de los oferentes y priorizar de acuerdo a los antecedentes presentados	Que la comisión realice deficientemente la priorización de la propuesta y una deficiente interpretación de las bases establecidas	Probable	4	Catastrófico	5	20	Extremo
		Adjudicación	Designar al oferente adjudicado	Que se realice una deficiente evaluación de la propuesta del oferente adjudicado	Moderado	3	Mayor	4	12	Extremo

Podemos ver que en este ejemplo, la compañía que realiza su mapa de riesgo se dedica a la construcción, contrata con el Estado y, evidentemente, estas transacciones son de capital importancia; el exponerse a eventos de riesgo en la ejecución de obras públicas, afectaría su inversión de forma grave con la consecuente afectación a su imagen, pérdida de negocios (probablemente el Estado puede ser su principal contratante), demandas, sanciones, el no analizar y controlar sus riesgos puede llevar a su quiebra.

Si nos fijamos en el proceso, es la “Inversión”, es decir, el ejemplo traído por el autor analiza principalmente riesgos financieros para una compañía, y es lógico, su capital está en juego y es probable que por ser una adjudicación, los recursos que la compañía arriesga en este negocio sean altos. No obstante de ser un análisis financiero, se puede ver que uno de los eventos en este proceso es un claro riesgo legal: en la etapa del contrato, el objetivo es establecer los derechos y obligaciones entre las partes, si en el contrato no se encuentran consagrados con total claridad, la empresa podrá verse envuelta en litigios e incumplimientos que tendrían – en los términos de la propia matriz –un impacto catastrófico.

3.7. Evaluación del riesgo

Es la cuantificación de los costos asociados a riesgos que ya han sido identificados. Se podría dividir entre daño emergente y lucro cesante.⁷⁴

Una vez determinado el nivel de riesgo, se recomienda calcular la exposición real a ese riesgo. El valor de exposición al riesgo surge de utilizar el resultado del nivel de riesgo explicado y los controles existentes para mitigarlos. Con esto se agrega un componente a la matriz "los controles".

automatización de los controles existentes deben considerarse como elementos esenciales para conocer su eficiencia.

En el siguiente cuadro se muestra un ejemplo para definir tipos de controles, a juzgar por su periodicidad, oportunidad y automatización:

3.7.1. Periodicidad de la acción de control

Clasificación	Descripción
Permanente (Pe)	Controles claves aplicados durante todo el proceso, es decir en cada operación
Periódico (Pd)	Controles claves aplicados sólo cuando ha transcurrido un período específico de tiempo
Ocasional (Oc)	Controles claves que se aplican solo en forma ocasional en un proceso

3.7.2. Oportunidad en la acción de control

Clasificación	Descripción
Preventivo (Pv)	Controles claves aplicados durante todo el proceso, antes que se realice la operación u ocurra el evento, que intente prevenir los problemas propuestos, para evitar la ocurrencia de la causa del riesgo
Correctivo (Cr)	Controles claves que actúan durante el proceso y que permiten corregir los errores y las deficiencias
Detectivo (Dt)	Controles claves que se aplican durante todo el proceso para detectar errores o desviaciones. Controles claves que sólo actúan una vez que el proceso ha terminado.

3.7.3. Automatización en la acción de control

Clasificación	Descripción
Informatizado (In)	Sistema de seguimiento y control informatizado y automáticamente invitado a tomar las medidas necesarias de seguimiento.
Semiinformatizado (Sa)	Sistema de seguimiento y control informatizado y manual invitado a tomar las medidas necesarias de seguimiento.
Manual (Ma)	Sistema de seguimiento y control manual invitado a tomar las medidas necesarias de seguimiento.

3.7.4. Costos

- ¿El costo del control justifica el riesgo que se está mitigando?

Como ejemplo, si mi riesgo legal es que las comunicaciones que se dirigen a los organismos de control no estén suficientemente sustentadas en derecho, lo que derive en sanciones; puedo mitigar el riesgo estableciendo un doble control: elaboración (un recurso: asistente legal) revisión (un recurso: asesor legal) y firma (un recurso: gerencia de área). En este evento requiero de al menos una persona que actualmente no se encuentra en la cadena del proceso: el revisor, el costo será el reclutar a esta persona, la capacitación y los costos directos como su salario y beneficios laborales. Sin embargo, si al analizar el evento, evidencio que la información contenida en las respuestas debe obtenerse de una base de datos automatizada y que el único riesgo es que no se envíen a tiempo, puedo mitigar con un control automático, además la persona encargada de la elaboración, no será necesariamente un recurso con conocimiento jurídico.

- ¿El control está bien diseñado? Es decir, ¿realizará aquello para lo que fue planeado?

Si el control no es efectivo no cumplirá su propósito, si requiero controlar que las garantías de los créditos de la compañía, no sean levantadas sin previa confirmación que los créditos se encuentran cancelados, no voy a realizar un control ex post, sino establecer una medida que impida que la compañía se enfrente a un contingente sin la garantía adecuada para el crédito.

- ¿Es ejecutado de acuerdo al diseño? ¿Es decir se han realizado pruebas de cumplimiento de control?

Existen controles que nacen con un objetivo bien planteado, pero con el tiempo

3.7.5. Calificación de los controles

En función de los parámetros anotados, se puede establecer la siguiente escala para calificar a los controles establecidos:

Características del diseño de control			Clasificación del Control	Valor del control
Periodicidad	Oportunidad	Automatización		
Permanente	Preventivo	Informatizado	Óptimo	5
Permanente	Preventivo	Semiinformatizado		
Permanente	Preventivo	Manual		
Permanente	Correctivo	Informatizado		
Permanente	Correctivo	Semiinformatizado		
Permanente	Correctivo	Manual		
Permanente	Detectivo	Informatizado	Bueno	4
Permanente	Detectivo	Semiinformatizado		
Permanente	Detectivo	Manual		
Periódico	Preventivo	Informatizado		
Periódico	Preventivo	Semiinformatizado		
Periódico	Preventivo	Manual		
Periódico	Correctivo	Informatizado	Más que regular	3
Periódico	Correctivo	Semiinformatizado		
Periódico	Correctivo	Manual		
Periódico	Detectivo	Informatizado		
Periódico	Detectivo	Semiinformatizado		
Periódico	Detectivo	Manual		
Ocasional	Preventivo	Informatizado	Regular	2
Ocasional	Preventivo	Semiinformatizado		
Ocasional	Preventivo	Manual		
Ocasional	Correctivo	Informatizado		
Ocasional	Correctivo	Semiinformatizado		
Ocasional	Correctivo	Manual		
Ocasional	Detectivo	Informatizado	Deficiente	1
Ocasional	Detectivo	Semiinformatizado		
Ocasional	Detectivo	Manual		
No determinado	No determinado	No determinado	Inexistente	-

En conclusión, se ha establecido un control ocasional para un proceso recurrente y, adicionalmente, se aplica una vez que el proceso haya concluido, ~~entonces frente a un tipo de control deficiente es muy probable que se cumpla~~

3.7.5.1. Nivel de exposición al riesgo

Con este cálculo incluido en la matriz de riesgo, se puede establecer el nivel de exposición al riesgo, que finalmente será un indicador para adoptar medidas de mitigación. Se obtiene dividiendo el nivel de severidad del riesgo para el nivel de eficiencia del control:

Indicador de exposición al riesgo	Valor	Nivel de Exposición al riesgo
Nivel de Severidad del riesgo	8.0 - 26.0	No aceptable (Na)
	4.0 - 7-99	Mayor (Ma)
Nivel eficiencia del control	3.0 - 3-99	Media (Md)
	0.2 - 2.99	Menor (Me)

3.7.6. Tratar los riesgos

Después del análisis de los riesgos, establecer el contenido y sus probabilidades de ocurrencia e impacto, se incluyen en la matriz de riesgo las medidas sugeridas para mitigar las exposiciones priorizadas, por nivel de exposición al riesgo. Una vez que se construye una visión más generalizada de la entidad, se podrán proponer acciones específicas.

Las medidas deben ir encaminadas a eliminar, reducir y atenuar los riesgos. No siempre es posible, eliminar totalmente un riesgo, pero se puede reducir la probabilidad y la frecuencia de cuando ocurre, o atenuar sus consecuencias.

3.7.6.1. Formas

c) Diversificación

d) Asunción

3.7.6.2. Acciones globales

Tienen por objeto la puesta en práctica de estructuras y procedimientos destinados a integrar el aspecto “seguridad” en la vida de la empresa. Hemos hablado de la necesidad de sensibilizar a todos los miembros de la compañía sobre la importancia de mantener una cultura de cumplimiento y de prevención de los riesgos. La misión de la administración de riesgos es establecer procesos y requisitos de capacitación para los colaboradores, que les de las competencias necesarias para manejar los procesos y los eventos riesgosos. Por ejemplo, el establecer un Plan de Continuidad de Operaciones,⁷⁵ debe estar a cargo de un funcionario con amplios conocimientos en informática que esté en capacidad de generar un proceso que le permita a la compañía continuar operando en un sitio alternativo, en caso de no poder acceder a sus instalaciones.

3.7.6.3. Manuales operativos

Una herramienta muy usada en las operaciones de una organización es la elaboración de manuales para los procesos, que pueden ser realizados por áreas, por negocios, por subprocesos, etcétera. La utilidad del manual radica en que se detallen las funciones claves a ejecutar y que sea escrito con lenguaje sencillo. En la administración de recursos humanos, se suele referir a los manuales como la herramienta de entrenamiento para un funcionario que realiza el proceso por primera vez, la teoría indica que después de leerlo a conciencia la persona pueda realizar la actividad de la misma forma que lo haría el encargado oficial, obviamente

3.7.6.4. Las transferencias contractuales del riesgo

Uno de los medios para reducir las consecuencias de eventos imprevisibles, es transferirlos a terceros,⁷⁶ analizaremos algunos casos:

3.7.6.4.1. Cláusulas especiales en los contratos

Uno de los principales aspectos que debe cuidar el asesor legal de una compañía es la estructura de los contratos de todo tipo, en este caso analizaremos las cláusulas especiales que buscan la transferencia del riesgo a terceros o cubrir de algún modo a la empresa. Si bien hemos aclarado que este trabajo no tiene por objeto el estudio del derecho civil, se muestra a continuación ciertos tipos de cláusulas recogidas por la doctrina, pero que ya en los casos específicos, deberán ser analizadas desde la perspectiva civil y del derecho de daños.

a. Cláusulas de exoneración de la responsabilidad

Pueden ser usadas para exonerar a la empresa de responsabilidad civil en las operaciones derivadas del contrato. Dicha responsabilidad pasa a ser aceptada por la otra parte contratante.

Teóricamente, la transferencia de riesgo mediante este tipo de cláusulas eliminará el riesgo, sin embargo, siempre subsistirán otros riesgos: (i) el de una insolvencia de la parte contratante que reponga la responsabilidad de la empresa, al entenderse la existencia de la responsabilidad civil subsidiaria, (ii) el de una declaración de nulidad de la cláusula, por no ajustarse a derecho.

b. Cláusulas de limitación de la responsabilidad

Son análogas a las anteriores pero limitan la exoneración de responsabilidad a

contratada; en el primer caso, la cláusula protege el riesgo y en el segundo lo previene.

c. Cláusula de ampliación de la responsabilidad de un tercero

Tiene por objeto ampliar la responsabilidad civil de la otra parte contratante, estableciendo compensaciones adicionales en concepto de perjuicios sin que la empresa tenga que demostrar la relación causa - efecto de los daños materiales o inmateriales.

d. Cláusula de abandono de recursos

Este tipo de cláusulas no transfiere la responsabilidad civil a terceros, pero si reduce el riesgo de renunciar la otra parte contratante, mediante ellas, a exigir compensaciones derivadas de la operación contratada, aunque no exonere a la empresa de responsabilidad civil frente a un tercero que pudiera haber sido afectado.

Por ejemplo, una grúa de la empresa cae sobre un automóvil del contratante y sobre el de otra persona con ninguna relación con cualquiera de las partes. La cláusula de abandono de recursos impedirá la reclamación de los daños al primer automóvil, pero la empresa tendría que hacer frente a su responsabilidad respecto a los daños del segundo.

3.7.6.4.2. Otras cláusulas de control de riesgo

- Penalización por incumplimiento de plazo de entrega y similares, que reducen el riesgo de pérdida de beneficios.
- Cláusulas que obligan a la otra parte contratante a suscribir determinados

3.7.6.5. Transferencia vía seguro

Se define al contrato de seguro como:

Aquel por el que el asegurado se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño y/o perjuicio producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas al efecto.⁷⁷

Hemos analizado ya la distinción entre los riesgos asegurables o no asegurables. Es de entender que al hablar de riesgos, la reacción natural nos lleva hacia la posibilidad de contratar un seguro, pero hay más variables que considerar para tomar tal decisión.

Una de las variables es el costo, que después de haber analizado los riesgos y establecido su impacto, puede ser evaluado en función de estos parámetros, de forma que la gerencia tome la decisión de transferencia a través de esta alternativa.

Los autores coinciden en que esta técnica de “financiación de los riesgos” es la más extendida, y su utilización deberá adaptarse a las condiciones del mercado de seguros.

Se trata de la compra de un servicio especial, cuidando que la póliza,⁷⁸ que contiene las condiciones para la cobertura, se adapte a lo que la empresa requiere, por ello se suele decir que el seguro es una cobertura parcial del riesgo, pues siempre está implícita la posibilidad de no cobertura, pero nos parece hilar muy fino, la negociación de las condiciones y la claridad de la póliza, serán instrumentos claves a la hora de efectivizar el servicio por la ocurrencia de un siniestro.

Al ser una de las vías más efectivas al momento de cubrir eventos dañosos, consideraremos sus principales ventajas:

- a) Disminuir la incertidumbre de los resultados del ejercicio al compensar las pérdidas potenciales del riesgo de la empresa mediante el pago de una cantidad cierta, la prima, que atiende al concepto de reparto de la siniestralidad.⁷⁹
- b) De no existir el seguro, habría que adoptarse el auto seguro para reducir la incertidumbre, pero la cantidad de dinero destinada a dotar el fondo correspondiente debería extraerse del capital circulante, lo que obstaculizaría la actividad de la empresa.
- c) En el momento de un siniestro, sobre todo si éste es grave, la indemnización del seguro posibilita la recuperación de la normalidad. La compañía requiere de recursos para su actividad habitual, si tiene que destinarlos a atender un siniestro, su desempeño puede verse muy afectado, lo que le implica la reducción de sus ingresos proyectados e incluso, problemas con clientes o negocios futuros.
- d) La asistencia técnica de la compañía aseguradora en la tramitación del siniestro, evitará erogaciones adicionales relacionadas con la gestión del evento.
- e) Se tienen acceso a servicios de protección y prevención de riesgos que generalmente facilitan las aseguradoras.

En la evaluación de la compañía aseguradora y de las condiciones específicas de la póliza se deberá tomar en cuenta el respaldo de la aseguradora, su posición en el mercado, los montos deducibles y el monto de la prima; que serán consignados en la matriz de riesgo como las erogaciones que hace la compañía respecto de la cobertura del evento.

3.7.6.6. Provisiones

Se trata de una figura contable, obligatoria para la mayoría de las empresas, especialmente las financieras.⁸⁰ Consiste en asignar un valor porcentual a los activos por hechos ciertos o inciertos (riesgo) que pudieran afectar los ingresos de la compañía y por tal su rentabilidad y registrar este valor como un “fondo” que pueda hacer frente a estos eventos riesgosos. Si el evento no se verifica, se realiza un reverso de la provisión, lo que se contabiliza como un ingreso; caso contrario las posibles pérdidas serán cruzadas contra estas cuentas de provisiones. Como se puede ver, este concepto se amalgama perfectamente con nuestro objetivo de tratar los riesgos. Por ejemplo, si otorgué un crédito, existe la posibilidad que no reciba el pago de la obligación (riesgo), por ese evento, periódicamente y si no se reciben los pagos puntuales, se debe registrar un valor de provisión.

Es de considerar que, según las normas tributarias, existen límites para considerar como gastos deducibles las provisiones por activos.

3.7.6.7. Otros temas a considerar respecto del aseguramiento

- a. Riesgos de crédito y caución, por ejemplo en un crédito, se asegura la vida del deudor a través del seguro de desgravamen y los daños al bien entregado en garantía, incendios para inmuebles hipotecados, daños a automotores, etcétera.
 - b. Riesgos de inversión en el exterior, pueden ser cubiertos por seguros o también a través de derivados financieros.⁸¹
-

- c. Riesgos de tipo de cambio, también pueden ser cubiertos mediante derivados financieros.
- d. Riesgo país o riesgo político, aunque es un riesgo muy global, determinadas organizaciones miden constantemente este tipo de riesgo, pues puede ir relacionado directamente con sus operaciones, por ejemplo una compañía beneficiaria de una línea de crédito otorgada por un organismo multilateral o un banco extranjero, se verá muy afectada si existen condiciones políticas que hagan prever al prestamista que la condición del país incidirá en su fuente de repago. Sin embargo, este tipo de riesgos no es asegurable, pues conlleva actuaciones subjetivas y hasta sistémicas en relación al manejo político de un país.
- e. Riesgos especulativos, como los riesgos de inversión,⁸² inflación, precio del dinero, etcétera.
- f. Riesgos personales, que son los riesgos capaces de causar daño al personal de la empresa o a las personas relacionadas con la contratación.

Esta administración de un riesgo vinculado a una variable conlleva que el contrato tenga un valor económico que responda a la evolución de dicha variable. (...) Justamente por esta relación es que la práctica mercantil los ha agrupado bajo la denominación común de derivados o "derivates" pues el valor económico de los mismos "deriva" del valor económico de

Existen pólizas específicas para este tipo de riesgos, por ejemplo para enfermedad profesional, accidentes, incapacidad o jubilación, correspondientes a la responsabilidad civil patronal.⁸³

En el caso de planes de pensiones, jubilación patronal u otros beneficios, la evaluación de los riesgos generalmente inicia con cálculos actuariales realizados por expertos en la materia, que analizan la edad de los trabajadores, el tiempo de servicio y pueden otorgar datos más exactos para la toma de decisiones. Las normas contables y los organismos de control exigen a ciertas empresas crear provisiones para satisfacer los pagos de desahucio y jubilación patronal de sus empleados, la obligación de pago de estos beneficios laborales puede crear riesgos de liquidez en la compañía. El hecho de crear provisiones constituye en sí una medida de mitigación del riesgo.

- g. Reajustes de tasas: es una práctica común en el ámbito de seguros que la tarifa que se pacta sea reajutable por períodos, los parámetros para definir el reajuste suelen estar atados principalmente a la siniestralidad, que también puede incidir positivamente en el precio de futuras renovaciones.

Añadiría una más, que a pesar de no ser objeto de estudio del derecho, se puede verificar y es referida a un incumplimiento voluntario, la otra parte simplemente no tiene la intención de cumplir lo pactado. Los efectos serán los mismos, se requerirá la ejecución del contrato a través de los mecanismos establecidos por la legislación.

3.7.6.8. Responsabilidad civil

Hemos hablado de la elaboración contractual como parte neurálgica del hacer

se asumen riesgos.⁸⁴ Los riesgos se relacionan con el cumplimiento o no de las prestaciones nacidas del contrato.

Mosset⁸⁵ en el tratado de Responsabilidad Civil distingue tres formas de las que se pueden generar incumplimientos contractuales, que me parece interesante citar, a pesar que serán analizadas de diversa manera en este trabajo:

1. Económica: construida por el riesgo comercial externo, entendido como la alteración de las condiciones externas de la ejecución o cumplimiento que pueden hacerlo mucho más oneroso para una de las partes, sea por el incremento del nivel de precios y las alzas salariales.
2. Empresaria: integrada por los riesgos comerciales internos del negocio, entre los que cabe mencionar las equivocaciones o errores de cálculo, daños o destrucciones de las obras, las dificultades materiales de ejecución del proyecto, las dificultades de excavación, etcétera.
3. Alteraciones o modificaciones introducidas por el Estado, sea en la moneda, en las normas cambiarias, en el régimen de precios, exportaciones, importaciones, etcétera.

De esta clasificación se puede inferir las pruebas que las partes deberán presentar en caso de una reclamación judicial por incumplimiento contractual y las consecuentes indemnizaciones por daños y perjuicios.

3.7.6.9. El contrato como instrumento de distribución de riesgos

El problema del derecho no es determinar que clases de riesgos pueden afectar la vida del contrato, sino más bien, establecer principios reguladores que permitan

atribuir equitativamente los efectos que produce uno o más de los riesgos del contrato.

Frente al incumplimiento, caben en cuestión de riesgos, ciertos distinguos: (i) riesgos previsibles y riesgos imprevisibles o no anticipables o no evitables y (ii) riesgos atribuibles al contratante deudor, de tales o cuales prestaciones y riesgos atribuibles al acreedor, que es quien debe soportar las consecuencias respecto de las prestaciones que se indican. Existe una categoría adicional, que no es objeto focal de nuestro estudio, que son los riesgos relacionados con caso fortuito, cuya atribución no recae en ninguna de las partes celebrantes y que, por ende, valen como causal liberatoria o eximen de responsabilidad.

En este sentido, concluimos que la elaboración de un contrato que contenga todos los elementos constitutivos de la relación que se pretende instrumentar, será sin lugar a dudas, un elemento mitigante de gran trascendencia.

3.7.6.10. Contratos de arrendamiento

Existen riesgos que pueden ser eliminados a través del arrendamiento de bienes, de este modo la empresa no es propietaria de los activos, aunque será responsable de su uso. Puede ser usado para inmuebles, oficinas, automóviles. Es cada vez más generalizada la figura del renting⁸⁶ que por sus funcionalidades, no exige mayor liquidez a la empresa, la compañía de renting es responsable del aseguramiento y daños ocasionados, el activo puede ser renovado sin las aplicables normas contables de depreciación, entre otros beneficios.

3.7.6.11. Contratos de arrendamiento o prestación de servicios

Así como el arrendamiento de inmuebles, la compañía puede acudir al arrendamiento de determinados servicios como parte de su política de control. Por ejemplo, personal de seguridad para evitar hurtos o agresiones a la propiedad, servicios de evacuación o control de incendios para charlas preventivas o creación de programas de evacuación en catástrofes, e incluso las propias consultorías en gestión de riesgos que incentiven a la creación de un clima de seguridad en la compañía.

Erik Kauf⁸⁷ analiza en este tema los servicios jurídicos, que si bien no son una transferencia del riesgo a un tercero, en cierto modo implican un tipo de servicio (muchas veces externo), que puede coadyuvar a la prevención del riesgo o de sus consecuencias dañosas. Comenta en relación al tema, que en las empresas francesas, por ejemplo, los servicios jurídicos no desempeñan generalmente el papel importante que les es atribuido en Estados Unidos, señala que en Francia el servicio jurídico está encargado del ámbito contencioso de la empresa, interviene en el momento de litigios, pero muy raramente a título preventivo. Ahora bien, se trata de una obra escrita en el año 1978, asumo que este análisis era aplicable a la época, pero con la globalización de las relaciones comerciales, para toda empresa, independientemente del país de domicilio, el contar con servicios jurídicos preventivos es un camino innegable en su administración.

3.7.7. Dispersión o segregación del riesgo

Como el refrán de “no poner todo el dinero en la misma bolsa”, las empresas extendidamente usan esta estrategia. Desde diversificar sus líneas de negocio, hasta tomar medidas puntuales ante los eventos que pueden ocasionar riesgos.

3.7.8. Asunción del riesgo

Después del análisis realizado, la compañía puede decidir asumir por sí misma el riesgo, no acudir a medidas de aseguramiento e incluso no tomar acciones preventivas, esto será causa de algunos temas incluyendo el bajo impacto o la nula probabilidad de ocurrencia o simplemente un análisis de costo – beneficio, que le signifique no asignar recursos a determinado evento.

En este caso, la empresa conoce el riesgo en cuestión y bien por obligación legal o por decisión voluntaria, se hace cargo del total o parte de las pérdidas producidas por determinados siniestros. La retención consciente puede ser:

3.7.8.1. Asumida

En este caso, la empresa no constituye ningún mecanismo financiero de respuesta frente a las pérdidas, que se restituyen con cargo a los gastos corrientes del ejercicio. Esta posición está recomendada, en líneas generales, en el caso de riesgos de frecuencia baja y media e intensidad leve.

3.7.8.2. Planificada o activa

Política de retención en la que la empresa constituye unos mecanismos financieros propios para hacer frente a las pérdidas por los accidentes, en su totalidad o parcialmente, de entre los siguientes:

- a. Reservas contables en la cuenta de resultados. Fondos propios generados por la venta de activos, emisión de obligaciones, ampliación del capital social (aumentar el patrimonio), realización de derivados financieros.

- d. Grupos de retención de riesgos. Sistema de incorporación a fondos de auto seguro creados por colectivos de empresas o profesionales para protegerse frente a riesgos de nula o rígida cobertura en el mercado de seguros comercial. Ejemplos: pools de riesgos medio ambientales, nucleares; pools profesionales: ingenieros, médicos, arquitectos, abogados, etcétera.⁸⁸

- e. Cabe nombrar una obligación contable referida a la constitución de provisiones por los activos en riesgo, que fue tratada en un punto anterior. De cierto modo, la entidad va asignando recursos para cubrir las posibles pérdidas que arroje la falta de comportamiento adecuado de ciertos negocios o activos.

3.7.9. Transferencia alternativa de riesgos

Cuando se trata de grandes grupos de empresas, con un valor patrimonial considerable y un volumen de primas de seguros importante, puede resultar interesante el acudir a protecciones financieras alternativas a las que ofrece el seguro comercial y con un coste inferior.

Los programas de transferencia alternativa de riesgos –en inglés ART, alternative risk transference⁸⁹ – incorporan en un mismo contrato los diferentes ramos de coberturas que necesita la empresa, lo que simplifica la gestión administrativa para las dos partes. Las condiciones incluyen la firma del contrato por un periodo plurianual superior a tres años, con la utilización de servicios

complementarios de asesoría financiera y de protección y, entre otras, cláusulas de participación en beneficios según la siniestralidad del ejercicio.

La alternativa a la transferencia aseguradora, sin dejar de emplear ésta en ciertos tramos de las coberturas, se basa en la utilización de productos financieros del tipo de bonos, derivados, opciones y titularizaciones. En la operativa de estos modelos de ART se incorpora habitualmente la constitución de cautivas de reaseguro propiedad de la empresa que gestiona sus riesgos.

3.8. Matriz de riesgo legal para la empresa

Habíamos analizado en los capítulos introductorios, los conceptos de riesgo legal, recordaremos que contempla, principalmente, la posibilidad de ser sancionado, multado u obligado a sanciones administrativas o penales como resultado de incumplimiento normativo o de acuerdos privados.

Aplicaremos las estrategias de la Gestión de Riesgos, determinadas en este capítulo, para casos específicos de riesgo legal en una corporación.

También advertimos que el riesgo legal está enmarcado dentro del riesgo operacional de una empresa, que incluye las pérdidas resultantes de fallos de sistemas de proceso de datos, errores humanos y la falta de procesos de control y verificación internos. Para su gestión y medición Basilea II propone agrupar los tipos de pérdidas y operaciones afectadas según siete componentes.

3.8.1. Componentes del riesgo operacional según Basilea II

- 1. Fraude interno:** apropiación de activos, evasión fiscal, mala valoración intencionada de posiciones, sobornos y similares.

- 3. Relaciones laborales y seguridad en el puesto de trabajo:** discriminación, compensación e incentivos laborales, salud y seguridad laboral y otros temas que tienen una regulación laboral.
- 4. Prácticas con clientes, productos y negocios:** manipulación del mercado, conducta anti-competencia, comercio no regular, productos defectuosos, abuso de confianza, incumplimiento de contrato, incitación al delito.
- 5. Daño a activos materiales:** desastres naturales, terrorismo, vandalismo y similares.
- 6. Incidencias en el negocio y fallos en los sistemas:** fallos de programas y equipo informático, interrupciones e incidencias en la actividad, retrasos y similares.
- 7. Gestión de procesos, entregas y funcionamiento:** errores en la entrada de datos, equivocaciones en la ejecución de una tarea, errores contables, informes erróneos, pérdidas negligentes en las operaciones del negocio o de los activos de los clientes y similares.

El riesgo legal como parte del riesgo operacional se encuentra dentro de la ejecución (regulación aplicable) y del funcionamiento (incumplimiento, fraude) de la operativa de la entidad. Por lo que directamente (incumplimiento) afecta al fraude interno (componente 1) y a la posibilidad de malas prácticas que jurídicamente sean punibles (componente 4), y en menor medida al resto de componentes del riesgo operacional. E indirectamente (regulación), aunque no se recoja en los componentes del riesgo operacional, hay que tener en cuenta el riesgo de cambio de la normativa aplicable. Por ejemplo, que la autoridad considere ilegal las prácticas financieras llevadas a cabo por la entidad oblique a mayores gastos

Las causas del riesgo legal, por tanto, son la posibilidad de cambio de la normativa, malas o inadecuadas prácticas, incumplimiento de la normativa y acciones similares; cuyas consecuencias son posibles pérdidas monetarias por responsabilidades y obligaciones legales, y por multas y penalizaciones fiscales y regulatorias.

Los casos más sonados de fraudes al interior de compañías y el nacimiento de crisis globales se han dado por eventos de riesgo operativo amén de la creciente globalización de las relaciones comerciales, de los avances tecnológicos que sitúan a las herramientas informáticas como aliadas cercanas de las operaciones de las compañías, haciendo que los controles se tornen cada vez más vanos e insuficientes. Soy una convencida que la mayoría de componentes en las relaciones, tanto personales como de negocios, tienen un componente legal, por ello que el elemento jurídico de todos estos riesgos operativos estudiados por estadistas, financieros y administradores en todo el mundo, es de mayor magnitud de la que creemos.

Un interesante estudio llevado a cabo por un profesor de la Universidad de Barcelona,⁹⁰ señala que:

Si se aproxima, inicialmente, la importancia legal por su medida directa de todas las pérdidas adscritas a las componentes 1 y 4 enumeradas del riesgo operacional, según datos de 2002 aportados por dos informes del BIS,⁹¹ estaría entre el 20% y el 40% del todo el riesgo operacional.⁹²

⁹⁰ David Ceballos Hornero, Doctor en Economía, miembro del Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Barcelona.

Publica en el año 2007 la Ponencia: "Una propuesta de indicador de riesgo legal. Valoración a través de la Teoría de Seguros del Riesgo Legal", en la segunda reunión de Investigación en Seguros y Gestión de Riesgos. (Castro Urdiales, 18 y 19 de abril). www.ub.edu. (acceso: 16/07/2014).

⁹¹ Cita del autor David Ceballos Hornero. 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

Representando este último riesgo, para datos de 2002, entre el 10% y 20% de toda la gestión del riesgo de la empresa.⁹³ Es decir, que grosso modo se puede afirmar que en el 2002 el riesgo legal directamente supone entre el 2% y el 8% de todo el riesgo (financiero) del banco o entidad, porcentaje que no hace más que subir por la reducción de los riesgos asumidos de mercado y de crédito debido a la sofisticación de las técnicas de su gestión.

Estos estudios están centrados en instituciones bancarias, adaptables como hemos dicho a las compañías del sector real. Por lo que se puede colegir que el riesgo legal es un gran componente en las pérdidas que se presentan por efectos del riesgo operativo, según el estudio entre 20 % y 40 % del riesgo operacional, lo que significa entre el 2 y 8 % del riesgo total.

Ceballos Hornero propone unos requerimientos explícitos de capital para su cobertura.⁹⁴ 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 empresas 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%⁹⁵ de la media del margen ordinario de los tres últimos años, siempre y cuando dicho margen sea positivo en los tres años.

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

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

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%).

3. Métodos avanzados:⁹⁶ consisten en modelos internos de medición del riesgo operacional, previa aprobación por el supervisor (ente de control). 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 empresa 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 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 cota⁹⁷ superior de esta reducción un 20% del requerimiento de capital por riesgo operacional. Seguro que sólo es aplicable a empresas 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

Parece ser que estos métodos resultan demasiado técnicos para un tema jurídico, pero coligiendo su esencia, puedo entender que se trata de asignar un porcentaje del capital de la compañía para asumir estos riesgos, es decir un mayor requerimiento patrimonial a fin de cubrir las posibles pérdidas, generalmente, a través de aumentos de capital por aportes o capitalización de utilidades o reservas. De igual forma, después de este análisis, el organismo de control puede subir los requerimientos de patrimonio técnico,⁹⁸ o las provisiones, de forma tal que se fortalezca la posición de la entidad y se atenúen las pérdidas en caso de haberlas.

Sea cuál sea el método que la administración de la compañía escoja para resguardar las pérdidas, debemos rescatar de este interesante estudio, el impacto que puede tener el riesgo legal dentro del riesgo operativo, que puede llegar a un 20 %, siendo que se trata de un estudio con datos al año 2002, y después de las crisis a nivel internacional, me aventuro a señalar que el riesgo legal tiene mucha más incidencia de lo que se cree.

3.8.2. Identificación del riesgo

Dentro de una compañía, los riesgos irán encaminados dependiendo del tipo de negocio, si bien no serán los mismos para una fábrica que para una compañía que sólo presta servicios de tipo intelectual, el riesgo legal puede ser evaluado de formas simétricas con independencia de las industrias.

⁹⁸ Es un índice financiero que indica que una institución tiene solvencia patrimonial para cumplir con su objeto y obligaciones.

3.8.2.1. Transacciones defectuosamente documentadas

Al tratar lo relacionado a la autonomía de la voluntad de las partes, señalamos la importancia de plasmar en el contrato las obligaciones, derechos y objetivos que las partes buscan con la contratación, de un modo claro y preciso.

En los análisis de riesgo legal que hemos encontrado, este es uno de los principales riesgos examinados. Los asuntos a considerar, que se encuentran en los contratos son:

a) No contemplan derechos, obligaciones y riesgos de la forma prevista o intencionada. Suele suceder que los contratos son elaborados en base a formatos o no se realizan a conciencia, con un análisis minucioso de la relación que se va a iniciar.

b) Las cláusulas son total o parcialmente nulas o ineficaces. Si no se cuenta con una adecuada asesoría en la elaboración del contrato se pueden cometer errores graves, que signifiquen incluso la nulidad del contrato o de algunas de sus estipulaciones, por ejemplo, el establecer como garantía en la provisión de un servicio la suscripción de una letra de cambio por parte del proveedor, cuando la letra de cambio es una orden incondicional de pago y no se puede otorgar como garantía, pues se desvirtúa su naturaleza. En este caso, la contratación no contará con una garantía adecuada que asegure, de ser el caso, el incumplimiento.

c) Basadas en datos o representaciones falsas, engañosas o incompletas. La revisión del contenido del contrato debe ser realizada por el “dueño” del proceso, el jefe de área que solicitó la contratación y dependiendo de la importancia, sometida al juicio crítico de un tercero que conozca de la relación a desarrollarse.

De este modo, quedará menos a la interpretación de las partes o a confusiones en su aplicación.

e) Sin mecanismos adecuados para resolver controversias. En este punto, la doctrina en materia de solución alternativa de conflictos, ha tratado con énfasis, últimamente, las llamadas “cláusulas patológicas”.⁹⁹ Es decir que se deben redactar cláusulas que lleven de modo inequívoco al juzgador a anunciar su competencia, que no se dejen ciertos asuntos fuera de la jurisdicción, como por ejemplo establecer una cláusula arbitral exclusivamente para los conflictos derivados de la fijación del precio y no para el incumplimiento, etcétera.

f) Contratadas o formalizadas desprevenidamente. Como ya hemos señalado, las contrataciones no deben ser llevadas a la ligera, o en el entendido, que el contrato será cumplido por la otra parte indefectiblemente.

g) Con garantías que sean o puedan ser defectuosas (ej. sin formalidades requeridas). Las garantías son una forma de cobertura del riesgo, por ejemplo del riesgo de crédito. Para el caso de una entidad que realiza operaciones de crédito, el otorgamiento de garantías adecuadas será preciso para el cumplimiento de sus políticas y la ejecución en caso de incumplimiento. No sería conveniente que se instrumente una hipoteca por documento privado o que no se inscriba en el Registro de la Propiedad del cantón correspondiente.

⁹⁹Hector Arévalo. *Arbitraje*. Colombia: Doctrina y Ley. 2012, página 52. Cuando la declaración de las partes es coincidente. Los árbitros quedan legitimados para definir los conflictos que se presenten entre ellas. Pero, si las declaraciones

3.8.2.2. Reclamos o acciones legales

Una empresa puede verse sometida a demandas, reclamos, investigaciones, procedimientos administrativos, medidas cautelares, por falta de previsión en sus procesos, en el cumplimiento de sus obligaciones, por no entregar la información requerida por entes estatales, por declaración tardía u omisa de sus obligaciones tributarias y por un sin número de eventos ocasionados por un inadecuado manejo legal de sus relaciones con stakeholders.¹⁰⁰

Los procesos señalados, pueden ser derivados de incumplimientos (legales y/o contractuales), que puedan resultar en responsabilidad o pérdidas para la entidad:

- Multas, penalidades y/o sanciones.
- Cierre o suspensión de productos o servicios.
- Condenas (civiles, penales o administrativas).
- Terminación anticipada de contratos.
- Incluso con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos específicos, que de igual forma, tienen sanciones particulares, que van hasta la extinción de la persona jurídica.

Ejemplo de esto puede ser, las declaraciones tardías de impuestos, el incumplimiento en el envío de información a los entes de control,¹⁰¹ la falta de registros de los contratos de trabajo ante el Ministerio de Relaciones Laborales, la falta de pago oportuno de obligaciones tributarias con las municipalidades, no obtención o caducidad de permisos y licencia para operar, incumplimiento en el

porcentaje de empleados con capacidades especiales, retardo o falta de la afiliación de los trabajadores al Seguro Social Obligatorio, entre otras.

3.8.2.3. Protección legal defectuosa de los derechos o activos de la empresa

Evidentemente, el control en el riesgo legal viene de la mano de una asesoría jurídica calificada; a lo largo de esta investigación se insiste en la figura del asesor legal corporativo como un entendido del derecho, pero además conocedor de las relaciones comerciales y profesionales que mantiene su empresa. Es la persona que debe estar al tanto de las obligaciones de la compañía y su forma y plazo de cumplimiento.

Antes bien, no es el encargado de cumplir puntualmente con la declaración y pago de tributos, pero es el que asesora al contador en la naturaleza de determinado contrato, estableciendo la deducibilidad de los gastos que conlleva o el tipo de renta que genera. Pero si no está completamente seguro de la complicada materia tributaria, deberá acudir ante un asesor externo especializado que pueda aclarar con mayor solvencia determinado asunto.

El asesor legal es la figura clave para la gerencia, que “aconseja” la forma correcta de instrumentar tal negociación, señala los procesos que deben seguirse para obtener las autorizaciones del poder público, es una especie de “analista multidisciplinario” que a más de conocimientos legales profundos, requiere una formación integral y debe ser capaz de transmitir en lenguaje sencillo sus apreciaciones.

Si la empresa se ve sometida a una sanción, por falta de asesoría legal oportuna

a) Propiedad intelectual (marcas, secretos industriales, bases de datos, etcétera). Para muchas compañías los derechos sobre su marca constituyen un activo con un valor incalculable, el registro oportuno, las renovaciones y la oposición a cualquier intento de falsificación serán tareas del abogado a cargo, que deberán constar en controles y políticas internas.

b) Bienes inmuebles. Existen una serie de obligaciones relacionadas con el mantenimiento de los bienes inmuebles, el pago de impuestos, la defensa contra prohibiciones a los derechos de propiedad, entre otros, son eventos que pueden afectarlos.

c) Inversiones, como ejemplo títulos valores, bonos corporativos, titularizaciones, repos, derivados financieros, es decir operaciones financieras complejas, que requieren niveles de cumplimiento mayores y en los que el asesor deberá tomar especial cuidado, especialmente cuando se encuentran listadas en las bolsa de valores, pues el mercado requiere información transparente, la comunicación de hechos relevantes, de lo contrario, las emisiones de la compañía pueden ver afectado su valor si se tratan de pasivos; o desde otro lado, si son activos, pueden perder liquidez o incluso representar una pérdida.

3.8.2.4. Desconocimiento normativo, cambios en la ley o su interpretación

Nos situamos en una época de cambios normativos recurrentes. Nuestro sistema jurídico de tradición romana, positivista, nos inunda de leyes, normas, reglamentos, decretos, acuerdos, circulares, que hacen imposible el conocimiento de todas ellas o sus reformas. Sin embargo, es nuestra obligación conocer a fondo las que hacen relación con la actividad de la empresa y estar al día de las reformas

forma, la revisión de los registros donde se publican las leyes relevantes y la actualización política y legislativa del abogado son cruciales a la hora de brindar un asesoramiento adecuado a la compañía.

De allí lo importante de organizar con eficiencia el departamento legal, descongestionarlo de los temas operativos y preferir que se dedique de manera consciente al análisis de la normativa y su actualización.

3.8.2.5. Legislaciones extranjeras

Con la apertura de las fronteras comerciales, las compañías buscan expandirse, lo que representará sin duda amplios beneficios, pero también mayores esfuerzos y riesgos asociados. Existe una importación y exportación de conceptos legales y estructuras transaccionales, que se adaptan a realidades que en ciertas ocasiones las desconocen. Muchas de ellas han sido desarrolladas en jurisdicciones bajo el sistema del “common law”, por ello la dificultad de aplicarlas en nuestro medio.

Estos vienen representados porque los mercados se han globalizado, pero la legislación no es uniforme, si bien existen intentos de normas comerciales con aplicación global,¹⁰² ya en el plano particular los conflictos pueden ser de gran trascendencia.

En la contratación será necesario contar con la participación de profesionales conocedores del derecho en las jurisdicciones que la empresa va a intervenir, la demarcación, lo más detallada y expresa posible, de las obligaciones, derechos y responsabilidades de los contratantes, la ley aplicable y la jurisdicción a las que las partes se someterán en caso de conflicto, de manera clara.

3.8.2.6. ¿Qué no es riesgo legal?

Será de utilidad el analizar los eventos que recogimos anteriormente y contrarrestarlos con temas que no son riesgo legal, o que dicho de otro modo, no son responsabilidad del asesor jurídico o no pueden ser prevenidos por medio de los controles que tratamos a lo largo de este capítulo.

- a. **Transacciones defectuosamente documentadas.** Incumplimiento consciente o negligente de (i) los procesos de formalización o de documentación; (ii) obligaciones contractuales, este podría ser un evento de riesgo operativo puro, es decir, si el contrato está bien elaborado, pero el funcionario que debe aplicarlo no lo hace, porque es negligente o por un tipo de fraude, estaremos ante un evento de riesgo operativo, no de riesgo legal.
- b. **Reclamos o acciones legales.** Derivados de: (i) riesgos anticipados pero tomados deliberadamente, (ii) actos dolosos (fraude) o gravemente irresponsables.
- c. **Otros tipos de riesgo.** Riesgo de crédito (ejemplo: costos/pérdidas en procesos de cobranza), riesgos puramente operativos, riesgos de imagen. Si existen pérdidas por la falta de pago de un deudor a la compañía, este será un riesgo de crédito debido al análisis de la situación financiera del deudor, o la devaluación del bien que garantizaba la operación, pero no puede definirse como un riesgo legal.
- d. **Desconocimiento normativo o cambios en la ley o su interpretación– Riesgos políticos.** Si se expide una ley que afecta a la compañía y por ende

Dentro de esta categoría se pueden señalar: (i) las leyes deficientes y (ii) las resoluciones judiciales impredecibles. Se pueden conocer a fondo las normas, pero esto no es garantía que sean eficientes o justas, existen muchas normas que causan ineficiencias en la sociedad, pero que deben ser cumplidas.

Por otro lado, la compañía puede verse involucrada en reclamaciones o juicios injustos y que a pesar de tener una defensa adecuada, culminen con una sentencia no contemplada, o el juez no se haya formado un juicio profundo de los hechos lo que lo lleve a dictar una resolución perjudicial. Estos eventos estarán fuera de las manos del asesor legal.

En ambos casos, su actuación oportuna si puede minimizar los efectos dañosos y en todo caso deberá recurrir a otras instancias para hacer valer los derechos de la compañía.

3.8.3. Analizar los riesgos

En una matriz de riesgo general de una empresa, se recogen todos los tipos de riesgo y se aplican una a una las herramientas para su evaluación; riesgo de crédito, operativo, de mercado, reputacional, etcétera. En nuestro ámbito, en cuanto a la clasificación de los riesgos, estaremos en todos los casos frente a un riesgo legal, respecto de la calificación, es decir, la probabilidad y el impacto de los riesgos identificados, serán analizados en la matriz de riesgo que se construya para el efecto.

3.8.4. Tratar los riesgos¹⁰³

El tratamiento de los riesgos. será la última actividad después del análisis: en mi

A continuación, esbozaremos algunas formas que pensamos adecuadas para tratar los riesgos identificados:

- a. Cumplimiento regulatorio: es necesario realizar un monitoreo constante de normas vigentes, sus modificaciones y los proyectos de reforma.
- b. Gestión del riesgo transaccional: hemos abundado en argumentos respecto a la elaboración de contratos.
- c. Gestión adecuada de litigios existentes y potenciales.
- d. Gestión de aspectos corporativos (gobierno corporativo, control de poderes, estructura de empresas, acciones / libros sociales, propiedad intelectual, permisos / licencias, bienes inmuebles).

3.8.4.1. Herramientas para tratar los riesgos

- 1. Crear una cultura de gestión de riesgo legal a lo largo de la organización.** Esta es una tarea aplicable para todos los tipos de riesgo, el momento que fomentamos al interior de la empresa el compromiso de los colaboradores de mantener una cultura de gestión, tendremos más aliados en la administración de riesgo (adicionales a los pertenecientes a la unidad); además de funcionar como herramienta preventiva, nos ayudará a conocer de hechos de riesgo con mayor rapidez y amplitud.
- 2. Facilitar accesibilidad.** Políticas, procedimientos e insumos prácticos,

3. Información. La información es un insumo de mucha valía dentro de una organización, el tenerla organizada y al alcance constituye una herramienta funcional para el manejo de cualquier proceso.

Considero que muchos de los riesgos se pueden mitigar si se cuenta con un procedimiento adecuado de manejo de la información.

4. Procedimiento Operativo. Ya en el ámbito legal un procedimiento para la: centralización, digitalización y estandarización de información sobre: (i) Litigios, (ii) Asuntos Corporativos, (iii) Cumplimiento de normativa relevante y obligaciones de envío de reportes, (iv) Contratación, (v) Manejo de documentos, es clave. En ocasiones los inconvenientes vienen dados por la falta de acceso a la documentación sobre determinado tema.

5. Estructura. Crear la estructura necesaria para que, a lo largo de la organización, los riesgos legales sean identificados, comprendidos, priorizados, mitigados y gestionados de forma adecuada, consistente y al menor costo posible.

En una estructura pequeña, podrá ser el mismo asesor legal que evalúe los riesgos, pero por concepto, se requerirá al menos de una persona que lleve a cabo las tareas de seguimiento y evaluación de los controles aplicados.

Para ello será necesario que se determinen responsables claros de cada uno de los procesos, dentro de la delimitación de sus funciones debe darse un valor importante a la tarea de manejo de riesgos, lo cual implica muchas cosas, entre ellas definir la matriz de riesgo legal y con la periodicidad

- 6. Controles.** El establecimiento de los controles es en general la tarea más importante para tratar los riesgos, la validación, alertas tempranas, autorizaciones, son elementos cruciales para tratar los riesgos legales. Cuando elaboremos nuestra matriz, intentaremos dar ejemplos reales de controles que pueden ser implementados para este fin.
- 7. Eficiencia en la organización.** Dependiendo de la actividad, revisar las tareas que se están llevando a cabo y darles prioridad, es elemental. Si existe un proceso muy repetitivo se lo puede automatizar o se pueden establecer formatos para cierto contrato puntual, que pueda ser llevado por otro funcionario. De esta forma se enfocan los recursos en temas que demandan mayor conocimiento jurídico.

3.8.5. Fallas en la implementación

Es necesario estar conscientes que aunque el abogado conozca y comprenda la ley, pueden presentarse inconvenientes si:

- No se busca asesoría oportunamente.
- No se informa al abogado correctamente acerca de los hechos.
- La asesoría no es adecuadamente comprendida o asimilada.

Si bien se puede elaborar un buen plan de gestión de riesgo legal, es posible que en su desarrollo nos encontremos con inconvenientes de diverso tipo:

- a. Asesoría puede ser total o parcialmente ignorada (como decisión de negocios) como su nombre lo dice el funcionario “asesora” a la compañía

- b. Puede ser percibida como excesivamente prudente o cautelosa, tendemos a ser conservadores con nuestras recomendaciones, especialmente, cuando la consecuencia no es del todo clara, cuando la norma legal no tiene un presupuesto específico que pueda ser aplicado a la situación o cuando la conducta no está prohibida, pero según nuestro criterio puede ser objeto de atención por parte de los reguladores. Un análisis racional, y el análisis costo beneficio será útil para dilucidar las acciones a tomar en estos eventos.
En todo caso, si bien siempre el criterio conservador será más cómodo y seguro, los negocios demandan mayor libertad para el empresario, la experiencia nos ira formando para evaluar profesionalmente los riesgos desde una óptica más abierta y menos ortodoxa.
- c. Pueden haber presiones comerciales por conducta de los competidores, el mercado suele ser indiferente a los análisis casa adentro, si bien podemos mantener reparos con determinado negocio, si el competidor no los tiene y genera crecimiento, afectará nuestra posición y ese riesgo puede ser más catastrófico que nuestra idea inicial. El empresario debe estar preparado para estos retos, posiblemente, el papel del asesor legal en este punto, llegue hasta la advertencia sin ir más allá.
- d. Siempre existe la posibilidad que la asesoría puede no gustar al tomador de la decisión o ser considerada “inconveniente”, en este caso un informe escrito de nuestra parte que advierta sobre las consecuencias, mantendrá indemne nuestra responsabilidad posterior.
- e. Tampoco estamos distantes de las presiones, el abogado puede ser “presionado” para dar una determinada respuesta, esto principalmente, porque al ser una rama técnica, su respuesta podrá resultar vinculante para efectos de revisiones de auditoría y procesos investigativos. La integridad

específicas, esto porque las leyes no pueden estipular reglas para todas las situaciones posibles. Reglas fijas en ocasiones pueden resultar inflexibles, imprácticas o injustas. Es una característica de nuestro sistema positivista, en contraposición al sistema del common law, en el cual, al aplicar precedentes jurisprudenciales se permite equiparar casos similares a situaciones fácticas.

En ocasiones, se hacen “reglas” cuando deberían establecerse “principios”, si bien contamos con los Principios Generales del Derecho como fuente de derecho, ya en nuestra realidad no es el más usado, que termina siempre siendo la ley escrita.

Finalmente, debemos anotar que siempre va a existir cierto nivel de incertidumbre, empezando porque el derecho no es una ciencia exacta, como ciencia social que regula las relaciones entre actores de la sociedad, existirán aristas interminables, insisto que el criterio que se forma sólo con la experiencia y el estudio, hará que las decisiones que tomemos o asesoremos para tomar, será el parámetro decisivo para prevenir.

3.8.6. Matriz de riesgo consolidada

Ejecutadas todas las etapas, podemos elaborar la matriz de riesgo consolidada, como se muestra a continuación:

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados							Controles claves existentes				Exposición al riesgo		
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor	Descripción del control	Nivel de eficiencia			Por riesgo específico		
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor				Periodicidad	Oportunidad	Automatización	Valor	Nivel	Valor
Contratación Proveedores, clientes, trabajadores, etcétera	Elaboración o revisión de contratos	Revisión de la capacidad para celebrar el contrato	Comprobar que el representante de la contraparte se encuentre debidamente capacitado para celebrar el acto o contrato	Riesgo de Capacidad	Moderado	3	Mayores	4	12	Extremo	- Revisión de documentos: vigencia, registrados, a través de la web Superintendencia de Compañías, certificación directorio de la entidad. - Verificación de la firma (autenticación o reconocimiento notarial)	Permanente	Preventivo	Manual	5	Menor	2.4
	Contrato específico (ej. Desarrollo de Sistemas Informáticos)	Elaboración del contrato	Que las transacciones de la compañía sean plasmadas de forma clara y transparente	- Fallas en la instrumentación de los contratos - Transacciones defectuosamente documentadas - Falta de previsión de eventos futuros y su forma de solución - Reclamos o Acciones Legales	Moderado	3	Catastrófico	5	15	Extremo	- Cumplimiento del proceso de elaboración de contratos - Instrucciones del Gerente de Tecnología (en el caso particular) sobre los puntos que deben ser recogidos en el contrato	Permanente	Preventivo	Manual	5	Media	3
											Revisión de asesores externos especializados en la contratación que se va a realizar.	Ocasional	Preventivo	Manual	2	Menor	7.5
Elaboración y verificación de la existencia de contratos	Ejecución de operaciones y transacciones de la compañía	Que existan contratos adecuados a los intereses de la compañía	Realizar transacciones sin la existencia de contratos	Realizar transacciones sin la existencia de contratos	Improbable	2	Catastrófico	5	10	Alto	Necesidad de visto bueno del departamento legal para todo tipo de operación o anticipo que supere los \$2000.	Permanente	Preventivo	Manual	5	Menor	2

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados							Controles claves existentes		
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor	Descripción del control	Nivel de eficiencia	
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor				Periodicidad	Oportunidad
Cumplimiento Normativo	Declaración y pago de tributos	Aplicar las normas tributarias a efectos de la determinación por parte del contribuyente	Determinar el tipo de renta, deducibilidad de gastos y exención de ingresos	Sancciones o Multas	Moderado	3	Mayores	4	12	Extremo	Revisión de Auditoría Interna y Externa	Periódico	Detectivo
	Revisión y análisis normativo	Revisión del registro oficial, resoluciones de Superintendencias y organismos de control.	Conocimiento y aplicación de normas actualizadas	Desconocimiento normativo, cambios en la ley o su interpretación	Probable	4	Mayores	4	16	Extremo	Revisión diaria del registro oficial Existencia de un responsable de actualización normativa en el departamento legal	Permanente	Preventivo
Registro de Marcas	Revisión de la solicitud de registro de marcas similares	Oposición al registro de marcas	Mantener la presencia de la marca en el mercado y su valor	Protección legal defectuosa de los derechos o activos de la compañía	Improbable	2	Catastrófico	5	10	Alto	Ingreso de solicitud de marcas al sistema	Periódico	Preventivo

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados							Controles claves existentes		
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor	Descripción del control	Nivel de eficiencia	
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor				Periodicidad	Oportunidad
Prácticas de empleo y seguridad laboral	Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo	Revisión legal del reglamento	Que el reglamento se adecue a la normativa vigente	Fallas en la normativa sobre empleo y seguridad laboral	Moderado	3	Mayores	4	12	Extremo	Contratación de un experto en seguridad laboral	Periódico	Preventivo
	Revisión de contratos de servicios: electricidad, mantenimiento, seguridad, etcétera.	Contratación a empresas o profesionales	Contar con herramientas contractuales que atenúen o trasladen la responsabilidad en caso de accidentes de terceros que presten servicios a la empresa	Falta de cláusulas en los contratos con terceros que atenúen la responsabilidad o la trasladen a quien presta el servicio	Improbable	2	Mayores	4	8	Alto	- Cláusulas expresas de seguridad, asunción de riesgos, declaración de contar con seguros. - Naturaleza civil y no laboral de la contratación	Permanente	Preventivo
Análisis de situaciones que puedan constituir fraude o conflicto de intereses	Revisión de conductas que puedan constituir fraude, conflicto de intereses	Recepción de denuncias Investigación Evaluación	Que el personal cuente con una línea de denuncias de conductas anti éticas o que puedan constituir fraude, estafa o abuso de confianza	- Fraudes Internos - Colusión	Improbable	2	Mayores	4	8	Alto	Línea de denuncias Compliance Officer (Oficial de Cumplimiento) que garantice la confidencialidad del denunciante	Periódico	Detectivo

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados						Controles claves existentes			
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor	Descripción del control	Nivel de eficiencia	
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor				Periodicidad	Oportunidad
Manejo de documentación	Custodia de documentos legales sensibles: pagarés, cheques, contratos	Custodia	Resguardar la documentación importante bajo control del departamento de Custodia	Que los documentos sensibles se extravíen o deterioren	Improbable	2	Mayores	4	8	Alto	Digitalización de la documentación para evitar el uso de documentos físicos	Permanente	Preventivo
											Medidas de seguridad: armarios anti fuego, bóvedas, casilleros de seguridad	Permanente	Preventivo
											Ingreso de la información al protocolo de un notario público	Ocasional	Preventivo
											Celebración de contratos por escritura pública	Ocasional	Preventivo
	Libros sociales	Elaboración del libro de acciones y accionistas y libro talonario de acciones	Mantener correctamente los libros sociales	Registros erróneos o faltantes Falta de comprobación de las cesiones previo al registro de las transferencias	Probable	4	Mayores	4	16	Extremo	- Verificación del asesor legal de cada transacción - Visto bueno de auditoría interna - Firma del representante legal	Permanente	Preventivo
											Desmaterialización de los títulos (se realiza por una vez y desaparece el riesgo)	Permanente	Preventivo

Proceso	Subproceso	Etapas	Objetivos Específicos	Riesgos específicos identificados						Controles claves existentes			
				Descripción del riesgo	Probabilidad		Impacto		Severidad del Riesgo	Valor	Descripción del control	Nivel de eficiencia	
					Clasificación	Valor	Clasificación	Valor				Periodicidad	Oportunidad
Prácticas de competencia en el mercado	Compra de compañías	Análisis de la concentración en el mercado	Determinar que la transacción no implique una concentración de mercado que pueda ser objetada por la autoridad	Concentración, mayor control regulatorio, probabilidad de que la autoridad prohíba la operación	Improbable	2	Mayores	4	6	Moderado	- Análisis minucioso del mercado relevante - Estudios de mercado	Periódico	Preventivo
	Revisión de estrategias comerciales	Análisis de la estrategia	Que las estrategias que la compañía lleve a cabo estén enmarcadas dentro de las prácticas permitidas en materia de competencia	Prácticas anticompetitivas, fijación de precios predatorios, ventas condicionadas, subsidios cruzados injustificados, etcétera.	Probable	4	Mayores	4	16	Extremo	- Análisis de cada estrategia - Consulta al ente de control antes de la implementación	Permanente	Preventivo
Levantamiento de garantías	Firma de escrituras de levantamiento de prenda o hipotecas	Emisión de minutas, firma de representante legal o apoderado	Mantener garantías sobre las obligaciones pendientes de pago	- Obligaciones no cuenten con garantía - Pérdida de vía ejecutiva o de ejecución de garantías reales para el pago de la obligación	Improbable	2	Catastrófico	5	10	Alto	Certificación del departamento de contabilidad que la operación se encuentra cancelada en su totalidad	Permanente	Preventivo

IV. CONCLUSIONES

- i. La asesoría legal demanda cada vez más conocimiento de otras materias, como economía, contabilidad, marketing, administración de empresas; que permitan al abogado abrir su mente y aportar a su formación elementos que ayuden a fundar un criterio más sólido y en tono con los intereses de los empresarios. El derecho por sí solo no contiene todas las herramientas que un profesional requiere para desempeñarse como asesor legal corporativo, existen sistemas y funcionalidades propios de otras disciplinas que pueden ser usados para fines jurídicos, significando innovaciones de gran utilidad, que otorgan ventajas competitivas de gran importancia a su conocedor.
- ii. La actividad empresarial se encuentra expuesta a una serie de eventos de siniestralidad de diversa índole; para el empresario moderno, estar preparado para enfrentarlos puede significar la diferencia entre sobrevivir o no con su emprendimiento.
- iii. El riesgo operativo es de gran significación al interior de las corporaciones, la historia reciente da cuenta de hechos atribuibles a este tipo de riesgo, que han causado pérdidas enormes a las empresas, afectación a su imagen, quiebra financiera e incluso han sido detonantes de crisis sistémicas en la economía mundial.
- iv. El riesgo legal es un tipo de riesgo operativo que comprende una capital importancia, debido a la sobre regulación, a la sofisticación de los controles por partes de las entidades estatales y a la transnacionalización de las operaciones comerciales. El analizar las implicaciones de los eventos de riesgo legal, es un elemento que las empresas van desentrañando, conscientes de su apreciación; los resultados de sus estudios, aportarán gran valor agregado a la eficiencia de

las corporaciones. Siendo hoy por hoy un tópico a considerar en el management moderno.

- v. El conocer los aspectos relacionados con la gestión de riesgo legal nos puede mantener a la vanguardia como profesionales, pues cada vez serán más las empresas que incluyan en el perfil para la búsqueda de colaboradores, destrezas en manejo de estas herramientas corporativas.
- vi. El concepto de materialidad debe generarnos conciencia, nuestra formación va muy encaminada al cuidado de las minucias, de las formas, de los detalles; cuando las cosas macro que verdaderamente pueden ocasionar problemas a una compañía, pueden estar aisladas del radar. La carga laboral es una afectación constante para los ejecutivos modernos, si usamos la definición de economía de escala para nuestra labor, aprovecharemos las eficiencias de la estructura organizativa y nos dedicaremos con mayor asignación a lo importante.
- vii. La elaboración de una matriz de riesgo no es una ciencia oculta, puede ser adaptada a cualquier área o tipo de negocios, el acoplarla a nuestra actividad será la principal misión, no existe en el mercado alguien más hábil que quien maneja el proceso para delimitar sus riesgos, pero para empezar, será necesario desprendernos de los prejuicios, adherirnos a la cultura de prevención y hacer conciencia de la ventajas que nos podrá proporcionar el uso de las herramientas de la administración integral de riesgo a nuestra labor como abogados.

deben ser adecuadamente delegados, de forma que se libere tiempo de calidad del personal calificado.

- ix. El principio de buena fe en la celebración de los contratos debe ser, para nuestro fin, teórico; es indispensable que los contratos se redacten buscando siempre su ejecutabilidad en situaciones no amigables, de la misma manera se debe tener presente la posibilidad de culminar la transacción, definiendo reglas claras.
- x. El constante cambio en la legislación demanda mayor estudio e investigación, es una verdad ineludible, que hasta los principios del derecho – fuente neurálgica del derecho – evolucionan o dejan de ser tomados en cuenta. El perfil del abogado debe ir a tono con esta dinámica normativa que exige profunda dedicación.
- xi. En el ejercicio del derecho, existen dos tipos de profesionales, los que litigan en los tribunales que enfrentan retos diversos a los estudiados en este trabajo y los asesores corporativos, cuya formación demanda otras aptitudes para alinearse con los objetivos de la organización. Nutren la labor del abogado las disciplinas funcionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aymerich, José Ignacio. *Gerencia de Riesgos y Seguros en la Empresa*. Madrid: Editorial Mapfre, 1998.
- Arévalo, Héctor. *Arbitraje*. Colombia: Doctrina y Ley, 2012.
- Ceballos Hornero, David. Una propuesta de indicador de riesgo legal. Universidad de Barcelona, 2007.
- De Leo, Walter. *Derecho de los Negocios en el Comercio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.
- Dickson, G.C.A., *Risk analysis*. Londrés: Witherby, 1991.
- Engelmann, Bernd y Rauhmeier. Robert. *The basel II risk parameters*. Springer. 2011.
- García Amigo, Manuel. *Clausulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Tecnos, 1965.
- Gitman, Lawrence y Castro, Orlando. *Administración financiera*. 11ava ed. México: Pearson Educación, 2010.
- Gómez, Carlos. *Teoría del Contrato*. Medellín: Universidad de Medellín, 2010.
- Greene, Mark. *Riesgo y seguro*. Madrid: Mapfre, 1973.
- Kauf, Erik. *Gerencia de riesgos*. 1ra ed. Madrid: Mapfre. 1978
- Mcneil, Alexander et. al. *Quantitive Risk management, concepts, techniques, tools*, Princeton Series in Finance, 1967.
- Pelloni, Walter. *Administración de riesgos*. Lima: Apeseg, 1979.
- Pizarro, Ramón. *Responsabilidad Civil por riesgo creado y de empresa - Tomo III*. Argentina: Le Ley, 2006.

Urquijo, José Luis, *Riesgo y decisiones*. Bilbao: Deusto, 1992.

Régimen Comercial, Ediciones Legales, Corporación Mil.

Reyes Heredia, Patricio. *Administración de Riesgos, Medición, Seguimiento, Análisis y Control*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2012.

Rodriguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 5ta. ed. Colombia: Legis. 2002.

Malumián, Nicolás. *Contratos Derivados (Futuros, Opciones y Swaps) Aspectos Jurídicos y Fiscales*. 2da. ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Vilariño Sanz, Ángel. *Turbulencias financieras y riesgos de mercado*. Madrid: Pearson Educación, 2001.

Legislación

Código Civil. Suplemento del Registro Oficial número 46, 24 de junio de 2005.

Código de Comercio. Suplemento del Registro Oficial número 1202, 20 de agosto de 1960.

Código del Trabajo. Suplemento del Registro Oficial número 167, 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial número 180, 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico Monetario y Financiero. Segundo Suplemento del Registro Oficial número 332, 12 de septiembre de 2014.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Suplemento del Registro Oficial número 351, 29 de diciembre de 2010.

Código de Procedimiento Civil. Codificación 2005-011. Suplemento del Registro Oficial

Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial número 463, 17 de noviembre de 2004.

Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado. Registro Oficial número 555, 13 de octubre de 2011.

Ley Notarial. Registro Oficial número 150, 28 de octubre de 1966.

Codificación de Resoluciones expedidas por la Superintendencia de Bancos y Seguros y por la Junta Bancaria.

Jurisprudencia

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, 29 de marzo de 1999. Suplemento del Registro Oficial número 211, 14 de junio de 1999.

Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, 19 de junio de 1996. Registro Oficial número 2, 13 de agosto de 1996.

Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial número 335 de 09 de diciembre de 1999

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Registro Oficial número 373-S, 3 de julio de 2008.

Fallo de Triple Reiteración de la Corte Suprema de Justicia. Expediente Número 712-98, Registro Oficial número 103, 7 de enero de 1999.

Revistas

Chorres Hesbert, Benavete. "El Contrato de de Know How o de Provisión de Conocimientos Técnicos Aspectos para ser considerados para su regulación normativa". Revista Ius Et Praxis, año 14, número 12, Santiago de Chile.

Ferruz Agudo Luis, "Basilea II, Nuevo Acuerdo de Capital". Análisis Financiero.

Cómez Vázquez Carlos. "El riesgo contractual en los Códigos civil y de comercio

Boletines y Otros

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. “Gestión Consolidada del Riesgo”, octubre 2004. Banco de Pagos Internacionales. www.bis.org/publ/bcbs110esp.pdf.

Comprender y Administrar los Riesgos Operacionales en las empresas, publicado por PricewaterhouseCoopers Venezuela Boletín Digital, agosto 2006. Editado por Espiñeira, Sheldon y Asociados, firma miembro de PWC, depósito legal pp 1999-03CS141, página web: www.pwc.com/ve.

Gestión de Riesgo Operacional, publicado por PricewaterhouseCoopers Venezuela Boletín Digital // No. 12 – 2010. Editado por Espiñeira, Sheldon y Asociados, firma miembro de PWC, depósito legal pp 1999-03CS141. www.pwc.com/ve/es/asesoria-gerencial/boletin/assets/boletin-advisory-edicion-02-2008.pdf.

Marco de Gestión Integral de Riesgo, (Enterprise Risk Management - ERM, COSO Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission). Página web: www.coso.org.

Riesgo Legal desde la perspectiva del riesgo operacional. Publicado por PricewaterhouseCoopers Venezuela Boletín Digital // No. 8 – 2008. <https://www.pwc.com/ve/es/asesoria-gerencial/boletin/assets/boletin-advisory-edicion-08-2008.pdf>.