La gestión del riesgo legal frente a los cambios del entorno

15-07-2021

HC·Gestión
Riesgos | Finanzas | Estrategia

La gestión del riesgo legal frente a los cambios del entorno.

Por Marta Teresa Durán Trujillo

El riesgo suele asociarse con potenciales pérdidas; sin embargo, en diálogos técnicos con el equipo de HC Gestión Riesgos, Finanzas y Estrategia, coincidimos en que este es, por naturaleza, el elemento de la actividad empresarial que permite creación de valor. Por lo tanto, el objetivo de la empresa debe ser gestionar el riesgo, más que pensar en eliminarlo, y mantener un equilibrio satisfactorio entre la exposición y las expectativas de generación de rentas.

Una encuesta realizada por Price Waterhouse Cooper (PWC) apunta en la misma dirección, mostrando que las compañías que tienen un crecimiento sostenido y un mayor margen de ganancia son aquellas que cuentan con un programa integral

de gestión de los riesgos que impactan el cumplimiento de sus objetivos e iniciativas estratégicas.

Ahora bien, el Comité de Basilea, en sus recomendaciones, considera el riesgo legal como un componente del riesgo operacional y lo define como "la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad al ser sancionada u obligada a indemnizar daños como resultado del incumplimiento de normas o regulaciones y obligaciones contractuales" (BIS, 2019).

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia acogió esta definición señalando además que "[e]l riesgo legal surge también como consecuencia de fallas en los contratos y transacciones, derivadas de actuaciones malintencionadas, negligencia o actos involuntarios que afectan la formalización o ejecución de contratos o transacciones. Aplica a todas las actividades e incluye a terceros que actúen en representación de la entidad respecto de los procesos y/o actividades tercerizadas".

En la literatura especializada , el riesgo legal se divide en directo o indirecto. El directo se describe como la posibilidad de incurrir en pérdidas, debido al incumplimiento (o imperfección) de la legislación que afecta a los contratos financieros, o la imposibilidad de exigir el cumplimiento legal del contrato. El indirecto consiste en el riesgo de cambio regulatorio por parte

de las autoridades competentes, de una forma que afecte adversamente la posición de la empresa o entidad financiera.

Aunque el cambio en la regulación no se recoja, por ejemplo, en los componentes del riesgo operacional previsto en la regulación de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la gestión de riesgos toda empresa debería tener en cuenta los derivados de un cambio de la normativa aplicable que afecte sus objetivos. Por otra parte, como lo señala el Autorregulador del Mercado de Valores colombiano , el riesgo legal está ligado a los demás riesgos, pues un error operativo puede generar consecuencias legales o una sanción puede traer problemas reputacionales a la institución.

Se puede decir entonces que la gestión del riesgo legal es clave, no solamente para las entidades financieras por tratarse de una actividad ampliamente regulada, sino para cualquier tipo de empresa, puesto que se trata de un riesgo multi-localizado, que afecta a las entidades por los cambios en los diferentes entornos en los que operan las organizaciones.

Ahora bien, ante contextos inciertos como el actual, el líder de gestión de riesgos debe encontrar la mejor manera de enfrentar el cambio y, específicamente, respecto a la gestión del riesgo legal, será fundamental que entienda, no solamente los riesgos directos señalados, sino los indirectos o causados

por los nuevos requerimientos legales que le apliquen a su empresa.

La gestión respecto a este riesgo incluye, primero, la identificación de los nuevos factores de riesgo legal que, seguramente, se presentarán ante el cambio de la estrategia del negocio que decida la alta dirección para responder a los cambios del entorno; segundo, la valoración del impacto que este cambio tendrá en los resultados de la empresa y, finalmente, el control y el monitoreo requerido para prevenir la presentación de eventos de riesgo legal por parte de los órganos de control y vigilancia. Estos son retos que afortunadamente el líder no enfrentará sólo, sino con el acompañamiento de los abogados del área jurídica o de asesores externos, quienes pueden aportar elementos para asegurar que las etapas de la gestión del riesgo legal se cumplen de la mejor manera.

Como fruto de mis años de experiencia en la elaboración de normas para el sector financiero y de mis últimos meses de trabajo de consultora en HC Gestión, Riesgos Finanzas y Estrategia, tengo claro que la primera consideración que haría un buen líder de gestión de riesgos sería tener en cuenta que la identificación de los riesgos legales es una labor dinámica y continua, en la cual además es fundamental el conocimiento del negocio y la participación, no solamente del área jurídica, sino de todas las demás áreas de la organización.

En línea con lo anterior, de manera conjunta con los expertos en gestión de riesgos, hemos identificado algunos posibles factores o causas de eventos del riesgo legal, tales como las transacciones documentadas de forma defectuosa, los reclamos o acciones legales, las fallas en la protección legal de los derechos y activos de la entidad, el desconocimiento normativo o poca claridad jurídica y los cambios de normas o de la interpretación de las mismas.

Al respecto, la naturaleza misma de los mercados financieros representa un desafío en la identificación de los factores de riesgo legal, puesto que estos mercados se caracterizan por la innovación constante, la búsqueda activa de nuevos sectores para competir, la convergencia para la prestación de servicios, y por la creciente celebración de negocios transfronterizos, todo ello, para enfrentar los constantes cambios del contexto en los cuales se desarrollan.

En línea con lo anterior, una de las realidades que enfrenta el líder de gestión de riesgos en una empresa es que para innovar es preciso asumir riesgos y que los mercados financieros crecen gracias a la innovación; de hecho, muchas veces las prácticas de mercado van más adelante que las normas, por lo que cierto grado de riesgo legal es inevitable hasta tanto las leyes o los tribunales no ratifiquen y aclaren los derechos y obligaciones de las partes, por ejemplo, en el caso de los

sistemas de banca móvil o electrónica en el sector financiero.

Otra dinámica común hoy en día, como una reacción ante el cambio y su impacto, es la realización de negocios transfronterizos (fuera de la jurisdicción "local") la cual puede ser una de las principales fuentes de riesgo legal en razón a que hay "mercados globales", pero no legislación o regulación global uniforme, de forma tal que las leyes pueden variar bastante de un país a otro.

El segundo paso en la gestión de riesgos es su medición. Al conversar con los expertos en riesgos acerca de cómo llevan a cabo ésta en medio de la incertidumbre de cambios internos y externos, especialmente de los cambios regulatorios, la respuesta que encontré es que es todo un desafío anticiparse a ellos, siendo fundamental el trabajo en equipo con el experto legal.

La medición involucra la necesidad de establecer la probabilidad de ocurrencia del riesgo y el valor de su impacto, siendo evidente que, ante la mayor incertidumbre, la probabilidad de ocurrencia de este tipo de eventos aumenta. Ahora bien, cuando el experto en gestión de riesgos pregunta a los expertos legales para efectos de medición, puede recibir respuestas relacionadas, entre otros, con la necesidad de tener en cuenta el entorno legal, las resoluciones

judiciales y administrativas adversas, la trayectoria histórica con reclamaciones adversas o transacciones defectuosas, los incumplimientos y sanciones emitidas por las autoridades, la ocurrencia de daños colaterales, la complejidad de la documentación y la probabilidad de reclamos.

Con toda esta información, el líder de gestión de riesgos se enfoca en cuáles serían el tipo de pérdidas que factores como los anteriores podrían ocasionar. Su conocimiento especializado lo lleva a observar que debe encontrar la pérdida esperada por riesgo legal y determinar su desviación para así llegar al valor de la pérdida no esperada por riesgo legal, todo ello, dentro del marco de apetito de riesgo legal que la alta dirección ha aprobado.

Pero, ¿cómo puede determinar estas pérdidas? Lo primero que se le viene a la mente a un líder de gestión de riesgos son aquellas pérdidas que se identifican rápidamente y que pueden cuantificarse con mayor facilidad, por ejemplo, las anulaciones de operaciones por fallas en la legalización de los contratos y las multas o sanciones emitidas por las entidades de control y vigilancia, entre las principales. A todas ellas se les podría llamar pérdidas directas.

Sin embargo, existen otros gastos asociados, como los costos de defensa ante la presentación de demandas, los gastos de

gestión asociados a los trámites de legalización, entre otros. Estos egresos bien pueden denominarse pérdidas indirectas. Pero además hay costos de oportunidad o ingresos que pueden no percibirse como, por ejemplo, los asociados a la posible pérdida de clientes y de sus futuros ingresos por operaciones.

Así, se podría determinar la pérdida esperada por riesgo legal como la probabilidad de ocurrencia del evento de riesgo legal, multiplicada por el impacto del riesgo legal, siendo este igual a la sumatoria de todas las pérdidas directas e indirectas, adicionando el costo de oportunidad por riesgo legal.

Frente a los cambios, entre ellos los regulatorios, el siguiente interrogante apunta a cómo lograr una adecuada gestión del control y el monitoreo del riesgo legal. Respecto del control, los líderes de gestión de riesgos suelen llegar a la conclusión de que la mejor forma de actuar en este caso, es anticiparse a la ocurrencia del riesgo, esto es, tomar medidas preventivas llevando una política de control y anticipaciones. Al efecto es indispensable el dominio de la normativa aplicable.

En cuanto al monitoreo, los reportes se vuelven esenciales, especialmente el reporte detallado de los casos que llevan los abogados externos y los que tramitan o gestionan los abogados del área jurídica con su dictamen especializado. Adicionalmente, la historia de los eventos enfrentados hasta

la fecha se vuelve fundamental, en la medida en que brinda elementos que permiten establecer indicadores que sirvan como estándares para realizar un mejor monitoreo. Uno de esos datos que resulta particularmente útil es el porcentaje de demandas legales que se solucionaron a favor de la entidad, o de otras entidades del sector, sobre el total de demandas enfrentadas. Será aún más valioso al ir acompañado de sus causas, lo cual permitirá realizar los ajustes del caso.

Así las cosas, los cambios enfrentan a los expertos en gestión de riesgos y a los expertos legales de una empresa a resolver en equipo diferentes desafíos: el riesgo legal está presente en todas las áreas del negocio, pero puede reducirse y mitigarse a través de una gestión preventiva-proactiva.

Y lo más importante: una adecuada gestión del riesgo legal va más allá de evitar posibles pérdidas, se convierte más bien, en una forma fundamental de creación valor para la empresa.

Marta Teresa Durán Trujillo, Abogada con especialización en banca, y más de 30 años de experiencia en supervisión, regulación y dirección de entidades del sistema financiero colombiano. Actualmente, consultora asociada en HC Gestión SAS CI.

Referencias:

1. *RODRIGUEZ, PINEDO Y DE LLANOS, 2013, "Mapa de Riesgos: Identificación y Gestión de Riesgos" Universidad de A Coruña, Facultad de Economía y Empresa, revista Finanzas y Sistemas de Información para la Gestión (FYSIG).*
2. *PwC Risk in Review survey of 1,229, 2015 citada en el sitio web https://www.piranirisk.com/es/academia/especiales/14-metodos-y-herramientas-para-gestionar-el-riesgo. consultado el 18 de junio de 2021.*
3. *Superintendencia Financiera de Colombia la Circular Básica Contable y Financiera, Capítulo XXIII.*
4. *EALDE Business Scholl, "El Riesgo legal y cómo puede afectar a las empresas".*
5. *AMV, Guía de estudio de Administración de Riesgos, Diciembre de 2020. Página web https://www.amvcolombia.org.co/wp-content/uploads/2021/01/Guia-de-riesgos-Digitador.pdf. Consultada el 18 de junio de 2021.*

HC•Gestión

Riesgos|Finanzas|Estrategia