

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**Aproximaciones al Riesgo Legal en las Empresas Del Sistema
Financiero Peruano**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO
DE MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO**

AUTOR

María Andrea Colina Cardoso

ASESORA:

Mariella Del Carmen Del Barco Herrera

Julio, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

En la presente investigación, se parte de la premisa de que el riesgo legal presenta una doble dimensión, la dimensión cuantitativa y la cualitativa, las cuales deben ser identificadas, medidas y gestionadas para lograr mitigar integralmente (o lo más integralmente posible) la exposición de las empresas del sistema financiero al riesgo legal.

Lo expuesto se ha puesto en evidencia en determinada casuística nacional, que se originó por no haber previsto sistemáticamente los riesgos legales.

Resulta pues más fácil de medir la dimensión cuantitativa del riesgo legal, ya que su exposición (potenciales pérdidas) puede ser fácilmente determinada de manera preliminar. El reto, se encuentra en la medición de la exposición de sus aspectos cualitativos del riesgo legal, los cuales de igual modo podrían generar una pérdida para la empresa a futuro.

Luego del análisis efectuado, se ha llegado a la conclusión, que para lograr una adecuada gestión de los aspectos del riesgo legal expuesto en los párrafos anteriores, es necesaria la evaluación y gestión de manera independiente del mismo, ello debido a que los aspectos legales que se involucran en la gestión de las empresas del sistema financiera han adquirido un nivel de madurez y de especialización que lo hace autónomo.

En ese sentido, para lograr una debida gestión del riesgo legal en las empresas del sistema financiero se considera necesario proponer en primer lugar una definición académica, a fin de que con posterioridad pueda servir como base para su incorporación en la normativa peruana. Luego de obtenida la definición académica se propondrá una metodología de gestión de riesgo legal, estableciéndose lineamientos que sirvan de criterios para que las empresas puedan identificar, gestionar y mitigar tanto los aspectos cualitativos como los cuantitativos del riesgo en mención.

Al no tener claras las perspectivas, no se efectúa una adecuada evaluación de este ya que no se llegan a cuantificar la totalidad de riesgos legales a los que las empresas se encuentran realmente expuestas.

INDICE

Resumen	2
Índice	3
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	5
1.1. Tema y problema de investigación	5
1.2. Hipótesis	10
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	12
2.1. Concepto de Riesgo	12
2.2. Riesgos de la Actividad Financiera	13
2.3. Riesgo Legal	15
2.3.1. Definición	15
2.3.2. Aproximaciones a la definición de riesgo legal en derecho comparado	19
2.3.3. El Riesgo Legal y su doble dimensión: dimensión cuantitativa y la dimensión cualitativa	22
2.3.4. Enfoques de Riesgo y postura	28
CAPÍTULO III: A MODO DE EJEMPLO: LA DIMENSIÓN CUALITATIVA DEL RIESGO LEGAL EN LOS ASPECTOS SOCIETARIOS DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO.	30
CAPÍTULO IV: EL IMPACTO DEL RIESGO LEGAL EN LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO	47
4.1. Modificación regulatoria	48
4.2. Propuesta de Metodología de Riesgo legal	49
4.3. Incidencia en las empresas del sistema financiero	53
4.4. Criterios para identificar riesgos vinculados a la gestión de aspectos societarios de las empresas del sistema financiero	54
4.5. Graficando la cadena de evaluación del riesgo legal: ejemplos	55
4.5.1. Ejemplo 1: Falta de revocatoria de poderes de ex trabajadores de las empresas	55

4.5.2. Ejemplo 2: Indebida clasificación y registro de provisiones por las demandas en contra de las empresas del sistema financiero	56
Conclusiones	59
Referencias Bibliográficas	62



CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Tema y problema de investigación

Tema

El riesgo legal es una contingencia a la que se encuentran expuestas las distintas empresas, entre ellas las empresas del sistema financiero. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea -organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria- que brinda estándares globales para la regulación de normas prudenciales de los bancos (BIS, s.f.), define al riesgo Legal como *“la posibilidad de que procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco”* (Comité de Supervisión Bancaria Basilea, 2001), incluyéndolo como parte del riesgo operacional. Es decir, se define al riesgo legal desde la posibilidad de pérdida futura, debiendo para ello tener la capacidad de estimar las pérdidas mediante el uso de determinadas metodologías.

La legislación peruana ha recogido la definición de riesgo legal brindada por el Comité de Basilea, incorporándolo en el Reglamento para el riesgo Operacional (Resolución SBS N° 2116-2009), donde se define como la “posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros” (SBS, Reglamento para la gestión del riesgo operacional, 2009).

A lo largo del presente documento se desarrollarán las definiciones de riesgo y de riesgo legal, y en la forma como éste ha sido incluido en la legislación peruana; los aspectos cualitativos y cuantitativos del riesgo legal y la manera de supervisión y gestión en las entidades financieras, a partir de la propuesta de una metodología para la gestión del riesgo legal.

En el sistema financiero, las empresas se encuentran expuestas a riesgos inherentes a su actividad: riesgo de crédito, riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, riesgo de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de reputación, riesgo técnico (aplicable solo para compañías de seguros), riesgo de reaseguro (también aplicable solo para compañías de seguro), riesgo estratégico

y riesgo operacional (en el cual está incluido al riesgo legal), conforme a lo señalado en el artículo 23 de Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos (aprobado por Resolución SBS n° 272-2017).

Los riesgos más relevantes estas empresas (en atención a que son los utilizados para el requerimiento adicional de capital en las empresas, ajustados a su perfil de riesgo), son los siguientes:

- El riesgo de crédito, el cual se define como la “posibilidad de pérdidas por la incapacidad o falta de voluntad de los deudores, emisores, contrapartes, o terceros obligados, para cumplir sus obligaciones contractuales” (SBS, Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, 2017), es decir es riesgo de no recuperación del crédito otorgado por la entidad financiera, o del bono (u otro valor comprado por el mismo), entre otros.
- El riesgo de liquidez. Este está referido a la “posibilidad de pérdidas por la venta anticipada o forzosa de activos a descuentos inusuales para hacer frente a obligaciones, (...)” (SBS, Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, 2017). Es decir, no poder dar atención a los compromisos de pago asumidos a corto plazo.
- El riesgo de mercado, definido como la “posibilidad de pérdidas derivadas de fluctuaciones en las tasas de interés, los tipos de cambio, los precios de instrumentos de renta variable y otros precios de mercado, que incidan sobre la valuación de las posiciones en los instrumentos financieros” (SBS, Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, 2017). Se trata de la probable pérdida en un periodo determinado del valor de un instrumento o portafolio financiero debido a los cambios del mercado.
- Finalmente, el riesgo operacional es la “posibilidad de pérdidas debido a procesos inadecuados, fallas del personal, de la tecnología de información, o eventos externos...” (SBS, Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, 2017)

Hoy en día en el Perú, a las empresas del sistema financiero la Superintendencia de Banca Seguros y AFP¹ les requiere un monto de capital regulatorio², que es el equivalente al 10% del ratio de capital (patrimonio efectivo sobre activos ponderados por riesgos: PE/ APR). Sobre dicho monto, se les requiere un capital adicional (aproximadamente 2% a 3% más), el cual está fundamentado en la medición del riesgo de mercado, de crédito y operacional (reportes 2A, 2B y 2C del Manual de Contabilidad para las empresas del sistema financiero, aprobado por Resolución SBS N° 895-98 y sus modificatorias), mediante el uso de determinadas metodologías establecidas por la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, en adelante SBS. Estas metodologías miden aspectos cuantitativos -y en poca medida también aspectos cualitativos- de dichos riesgos, que son los determinantes en ellos.

Consideramos que el riesgo legal tiene sus propias dimensiones cualitativa y cuantitativa (lo cual será desarrollado como parte de la hipótesis a lo largo del presente trabajo de investigación), por lo que es pertinente proponer una metodología de gestión propia, a fin de lograr gestionarlo y tratar de estimar las futuras pérdidas. Lo expuesto resulta complejo en la medida que de la dimensión cualitativa del riesgo, (conforme se detallará en los capítulos siguientes), resulta más difícil medir las pérdidas monetarias futuras de la empresa.

Conforme a lo expuesto, el tema de investigación aquí propuesto se enfoca en la evaluación del riesgo legal en las empresas del sistema financiero, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo. En específico, en la forma en que el mismo es regulado en el Perú, cómo es evaluado y de qué manera es gestionado, tanto por el supervisor bancario, como por las propias entidades supervisadas del sistema financiero, respectivamente.

Justificación

¹Regulador y Supervisor peruano de las empresas del Sistema Financiero, de Seguros, AFP y Cooperativas.

² Difiere del concepto de capital mínimo requerido por el Art. 16 de la Ley General del del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros N° Ley 26702. El capital requerido por el artículo 16 de la Ley General, es el mínimo que las empresas del sistema financiero deben mantener, este es actualizado en función al Índice de Precios al por Mayor, publicado por el INEI, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la misma norma. El capital mínimo es uno de los conceptos integrantes del capital regulatorio o patrimonio efectivo.

Se ha considerado realizar la investigación sobre este tema debido a que se considera que el riesgo legal es tan importante como los otros riesgos a los que se encuentran expuestas las empresas financieras, ello en concordancia con lo expuesto por Marcelo Zárate³; en virtud de la necesidad de gestionar ambos aspectos del riesgo legal, debido –conforme lo hemos señalado en los párrafos anteriores- a las futuras pérdidas que pueden ser sufridas por las empresas del sistema financiero por una indebida gestión del mismo.

Sin embargo, como ha sido señalado precedentemente, el Comité de Supervisión Bancaria considera que el riesgo legal forma parte del riesgo operacional, en ese sentido, hoy su medición estaría incluida dentro de este riesgo (Comité de supervisión Bancaria Basilea, 2003)⁴. Para Zárate⁵, al incluirlo dentro de este, “queda un tanto invisible”, debido a que existe una baja posibilidad de que sea identificado y mapeado de una adecuada manera, impidiendo de este modo una apropiada gestión del mismo en las empresas del sistema financiero, así como que el regulador realice la supervisión debida. Es por ello que el citado autor considera necesario “tratarlo de manera independiente del riesgo operacional”.

Cabe mencionar que actualmente, cada vez más, las empresas del sistema financiero estarían gestionando el riesgo legal, en ambas dimensiones; ello, a propósito la supervisión realizada por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP; la cual ha ido evolucionado año a año, siendo más intensa e incorporando diversos y más procedimientos (que conllevan un riesgo legal) en su evaluación al interior de las empresas del sistema financiero, conforme fue expuesto en el “Seminario Internacional en Gestión y Supervisión del Riesgo Legal de Las Empresas del Sistema Financiero”, llevado a cabo del 28 al 30 de Junio de 2019 en la ciudad de Lima. Una de las normas que ampara la mencionada supervisión efectuada por el Supervisor (además la Ley General de del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros N° Ley 26702, en adelante Ley General) es el “Reglamento de Gobierno

³ En Seminario Internacional En Gestión y Supervisión del Riesgo Legal de Las Empresas del Sistema Financiero, del 28 al 30 de Junio de 2019, Lima – Perú.

⁴ La citada publicación desarrollo aspectos relativos al riesgo operacional de las empresas bancarias.

⁵ En Seminario Internacional En Gestión y Supervisión del Riesgo Legal de Las Empresas Del Sistema Financiero, del 28 al 30 de Junio de 2019, Lima –Perú.

Corporativo y Gestión Integral de Riesgo”⁶, el cual –como su nombre lo dice- establece las directrices generales para la gestión de riesgos en las empresas supervisadas; sin embargo, - conforme será desarrollado más adelante-, el riesgo legal hoy en día no tiene una normativa especial para su gestión, por lo que cobra aún mayor relevancia esta investigación

Como ejemplos de la evaluación hoy realizada de ambas dimensiones del riesgo legal en las empresas del sistema financiero, se encuentra, (i) (por la dimensión cuantitativa), la gestión de las controversias en contra de las empresas del sistema financiero (el riesgo legal existente en dicha actividad es pasible de ser medido, mediante la estimación futura de la pérdida por cada controversia, teniéndose como base para dicha estimación –por ejemplo- los petitorios demandados); y (ii) (por la dimensión cualitativa) la gestión de los aspectos societarios de la empresa, siendo uno de ellos la revocatoria de poderes de ex trabajadores (el riesgo legal, de dicha gestión es difícil de medir de manera preliminar, sin embargo, con criterio experto de abogados y en aplicación de una metodología preestablecida se podría estimar la valorización de la misma).

Por lo expuesto, se considera que el riesgo legal, en sus dos dimensiones, debe ser debidamente identificado, medido y gestionado a fin de lograr mitigarlo de manera adecuada, uno de los objetivos principales de esta investigación es dejar claro que es básica (necesaria) la evaluación de ambas dimensiones de riesgo legal.

Problema

En ese sentido, consideramos que el problema de la presente investigación es que existen aspectos del riesgo legal que no logran ser identificados por las empresas del sistema financiero como tales, lo cual trae como consecuencia que no sean gestionados y en algunos casos mitigados. Esto se debería a que no se ha identificado y evaluado al riesgo legal en sus dos dimensiones (cuantitativa y cualitativa) de manera concreta e independiente, ya sea siendo recogido en una norma de esa manera y estableciéndose una metodología de gestión.

⁶ Aprobado por la Resolución SBS N° 272-2017

Parte de la problemática identificada, estimamos que parte del hecho de una deficiente definición y ubicación del riesgo legal en el ordenamiento legal. La definición de riesgo legal debería dejar clara sus dos perspectivas evaluación y gestión, de este modo, se generará una adecuada garantía de derechos para la entidad, los clientes y el mercado (puesto que inclusive se podría mitigar el riesgo de caída de entidades por la identificación, gestión y mitigación del riesgo legal total).

En nuestro ordenamiento jurídico, en específico en la Resolución SBS N° 272-2017 -la cual aprueba el “Reglamento de Buen Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos”- se ha tomado la definición de riesgo operacional propuesta por el Comité de Basilea, en la que se incluye al riesgo legal. El riesgo operacional a su vez, conforme se ha señalado precedentemente, ha sido definido en el Reglamento de la gestión del riesgo operacional (aprobado por Resolución SBS Nro. 2116-2009). Dentro de este reglamento, se encuentra además la definición de riesgo legal. Como se puede observar, lo más resaltante es que el riesgo legal, se encuentra dentro del riesgo operacional.

Lo expuesto conlleva a la otra parte de la problemática identificada, la falta de independización del riesgo legal, lo cual genera que a la fecha no cuente con su propia metodología de gestión. Sin embargo; ello solo será posible una vez que sea interiorizada (y es lo que se desea lograr como parte de la presente investigación) la necesidad de evaluación de la doble dimensión del riesgo legal en las empresas del sistema, en atención al (como ha sido señalado por Marcelo Zarate) nivel de evolución a la que ha llegado este riesgo, no encontrando lugar para su gestión dentro de lo que hoy sería la metodología de evaluación y gestión del riesgo operacional.

Mediante la aplicación de una metodología de riesgo legal desarrollada al interior de las empresas del sistema financiero, se lograría dar un valor, no solo a los aspectos cuantitativos sino también a los cualitativos de este riesgo que sean identificados, a fin de lograr estimar la posible pérdida futura, por la exposición total del riesgo legal. Sobre lo expuesto se volverá a tratar más adelante.

1.2. Hipótesis

El riesgo legal al que se encuentran expuestas las empresas del sistema financiero no es dimensionado adecuadamente, debido a que existen aspectos de este que no pueden ser medidos cuantitativamente, por cuanto su identificación y evaluación es cualitativa.

Al existir otros riesgos que pueden ser sobretodo medidos cuantitativamente, cobran mayor relevancia en las empresas del sistema financiero y son mitigados exigiéndose requerimientos de capital en función del riesgo medido y debidamente identificado, lo cual no logra hacerse con los riesgos legales, por el hecho de no contar con una metodología de gestión propia.

Para que exista una mejor ponderación de la relación de los riesgos legales y el total de riesgos a los que se encuentran expuestas las empresas del sistema financiero, el modelo y/o la metodología de medición de dichos riesgos deben considerar los criterios cualitativos además de criterios cuantitativos.

En ese sentido, en el presente trabajo, se propondrá una definición académica del riesgo legal, la cual podría servir de base para la modificación de la definición del mismo incluida en la regulación peruana: tanto en el Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, como en Reglamento de Riesgo Operacional. La propuesta de definición del riesgo legal, deberá incluir su aspecto cualitativo y el cuantitativo. Asimismo se propondrá una metodología de gestión del riesgo legal, la cual servirá de lineamiento base a las empresas del sistema financiero, para que estas lo apliquen y mitiguen este riesgo.

CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1. Concepto de “Riesgo”

Toda actividad humana, cualquiera sea su naturaleza (de trabajo, recreacional, de ocio, empresarial, etcétera) se encuentra expuesta a riesgos; entendido el riesgo como la posibilidad de que suceda un evento, generando consecuencias. El concepto de riesgo se encuentra relacionado a lo incierto, futuro, que aún no se ha materializado y que produce un impacto en la actividad propia.

Mc Cormick y Stears señalan que una persona común no puede evitar tomar riesgos en su vida, éstos son parte de la condición humana; infinitos en variedad (McCormick & Stears, 2018). Las personas toman riesgos que como hemos señalado previamente, nos afectan directa o indirectamente, desde decidir tomar un bus o un taxi. Inclusive, muchas veces debemos tomar decisiones que tendrán impacto en la vida de otras personas. Para poder lidiar con esto, las personas al enfrentar un riesgo que sienten que no pueden asumir, realizan un cambio de planes, o lo aseguran; pero para arribar a ese punto, deben identificarlo y conocer las consecuencias de su materialización. Preguntarse cómo afectaría en su vida, cuál es el beneficio o perjuicio, en caso de ser perjudicial, saber a cuánto asciende la pérdida estimada (en caso sea posible de medición en aquel momento), si es más costoso asumirlo y arriesgarse a que suceda o el costo de trasladarlo a un compañía a aseguradora, entre muchos otros aspectos que se deben considerar. Lo mismo, señala el autor, sucede en los negocios, en donde la diferencia radica en que en estos se encuentran involucrados terceros con expectativas patrimoniales, quienes tienen o podrían tener derechos legales, para que dichas expectativas se cumplan.

Conforme lo señala Bernado Delogue, “el riesgo evoca el posible daño o la pérdida de utilidad, así como la incertidumbre sobre un resultado futuro” (Delogu, 2016). Muy a menudo el riesgo es asociado al concepto de pérdida futura. Delogu, además indica que la definición de riesgo es multidimensional y coyuntural (puede estar acotado a un periodo, determinado contexto, entre otros). En el lenguaje común, el termino riesgo, es relacionado con algo indeseable, que podría o no suceder, lo cual es posible de preocupación; sin embargo, para algunos el riesgo se encuentra relacionado también al concepto de oportunidad, con relación a la

ganancia esperada al tomar determinado riesgo (esto último es un concepto más financiero del riesgo).

En un mundo globalizado, como el de hoy, los riesgos no se encuentran limitados a las fronteras del Estado en los cuales se realizan las actividades; sin embargo, los riesgos sobrepasan estos límites (fronteras políticas) y crean una sociedad global afectada por el riesgo, en la cual, la principal característica es que los riesgos son ilimitados en espacio tiempo y términos sociales (Ambrus, Rayfuse, & Werner, 2017). Por ejemplo, las guerras cibernéticas, riesgos de embarcaciones marítimas, riesgos de las empresas transnacionales, entre otros. Un claro ejemplo es la crisis financiera del año 2008, desatada en los Estados Unidos, por no prever los riesgos, pero sin embargo afectó la economía mundial.

Una vez señalado lo expuesto, es que se considera que una empresa -sea del sistema financiero o no-, cuenta con derechos y obligaciones, en la medida que es un sujeto que asume riesgos en su actividad diaria (para el caso de las empresas del sistema financiero, serán los riesgos propios del negocio). Sin embargo, sin un debido reconocimiento de derechos, éstas no podrán enfrentar los riesgos existentes. Debido a que las expectativas con las que cuentan como negocio y las decisiones que se toman para llegar a ellas, no estarán respaldadas por un derecho preexistente reconocido. Asimismo, es pertinente indicar que el reconocimiento de derechos, supone la configuración de obligaciones, que es donde entra a tallar la regulación para prevenir la materialización de determinados riesgos y la protección de un bien jurídico en específico.

En ese sentido, una actividad que se encuentra expuesta a diversos riesgos, es la financiera. Por ende, las empresas del sistema financiero, es decir aquellas que realizan actividad financiera no pueden ser ajenas a esta multiplicidad de riesgos, que son propios de la actividad de intermediación financiera que realizan.

2.2. Riesgos de la actividad financiera

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS⁷, siglas en inglés), principal regulador de estándares globales para la regulación de normas prudenciales de los Bancos (BIS, s.f.) -el cual se dedica a realizar publicaciones relacionadas a la adecuación de capital de las instituciones financieras, a la contabilidad y auditoría

⁷ Basel Committee on Banking Supervision.

en las mismas, problemas bancarios, principios básicos para la efectiva supervisión bancaria, riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo de lavado de dinero y financiamiento de terrorismo, riesgo operacional, entre otros-, considera como los principales riesgos de la actividad que realizan las empresas del sistema financiero, los siguientes: riesgo de crédito (principio nro. 17), riesgos de conglomerados (principio nro.19), riesgo de mercado y tasa de interés (principio nro. 22 y principio nro. 23), riesgo de liquidez (principio nro. 24) y riesgo operacional (principio nro. 24), conforme lo ha señalado en su publicación “Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz” (Comite de Supervisión bancaria Basilea, 2012), de septiembre de 2012.

El Riesgo Legal, para el mencionado Comité de Basilea, conforme a lo señalado en su documento “Buenas prácticas para la gestión y supervisión del riesgo operativo”, se encuentra incluido dentro del Riesgo operacional (comite de Supervisión bancaria Basilea, 2004).

En el Perú, la Superintendencia de Banca y Seguro y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS), organismo constitucionalmente autónomo, encargado de regular y supervisar a las entidades del sistema financiero (instituciones financieras, de seguros y administradoras de fondos de pensiones) peruano, busca que a través de la regulación, los actores del mercado (empresas supervisadas), actúen enfocados en lograr la solidez e integridad necesarios para mantener su solvencia y estabilidad en el largo plazo (SBS, s.f.).

Es así que se regula una evaluación de “gestión integral de los riesgos”, conforme a lo señalado por el Comité de Basilea. Para dicho fin ha desarrollado una regulación denominada “Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos”, el cual, en su artículo 22 describe propiamente a la gestión Integral de Riesgos, señalando que se trata de un proceso efectuado tanto por los Directores de la empresa, gerencia general y los trabajadores, el cual debe ser aplicado sobre las actividades de la institución y además en la determinación de su estrategia con el fin de *“identificar potenciales eventos que pueden afectarla, gestionarlos de acuerdo a su apetito por el riesgo y proveer una seguridad razonable en el logro de sus objetivos”*.

En ese sentido, con la aplicación del mencionado reglamento, se espera que cada empresa del sistema financiero peruano identifique los riesgos a los que se

encuentran expuestos, decida las acciones a realizar con la finalidad de mitigarlos, las ejecute y evalúe el efecto su implementación, es decir si se logró el fin.

Por otro lado, en el artículo 23, del mencionado Reglamento, se listan (no siendo *números clausus*) los riesgos a los que una empresa del sistema financiero peruano se encuentra expuesta: riesgo de crédito, riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, riesgo de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de reputación, riesgo técnico (aplicable solo para compañías de seguros), riesgo de reaseguro (aplicable solo para compañías de seguro), riesgo estratégico y riesgo operacional.

En ese sentido, la SBS ha emitido diversos reglamentos sobre dichos riesgos, siendo el “Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional”, aprobado por Resolución SBS nro. 2116-2009, y sus modificatorias, en el cual se define al riesgo legal⁸: “posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros”

Debido a que la supervisión y evaluación del riesgo legal se realizan en la forma en que han sido considerados en la regulación del país, en este punto cabe preguntarse, ¿dónde se encuentra incluido, cómo se encuentra considerado y cómo ha sido definido el “riesgo legal”, en la legislación peruana? El supervisor, de este modo, tendría un punto de partida para la supervisión del riesgo legal y los supervisados (entidades financieras), tendrían un punto de partida para la gestión del mismo. En la normativa peruana, conforme será desarrollado más adelante, siguiendo los estándares dispuestos por el Comité de Basilea, se ha incluido al “riesgo legal” dentro del concepto de riesgo operacional (SBS, Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos, 2017).

2.3. Riesgo Legal

2.3.1. Definición

⁸ Artículo 3 del Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional, aprobado por Resolución SBS N° 2116-2017 y sus modificatorias.

El Riesgo Legal para Kurer, se encuentra definido como aquel “riesgo al que se enfrenta una empresa en relación a un evento legal negativo” (Kurer, 2015) , tal como incumplir un contrato o que una garantía devenga en no exigible, y tener que pagar daños a un tercero, a través de la imposición de una sanción o multa o la ejecución de un fallo en contra; en contraste con el riesgo de cumplimiento, que significa que una compañía enfrenta consecuencias negativas debido al hecho de no cumplir con las disposiciones legales especiales o requerimientos regulatorios, políticas internas o estándares éticos.

Tal como puede advertirse en las definiciones del autor, la materialización del riesgo legal no dependerá plenamente de la debida diligencia en las decisiones de los administradores de la empresa, ya que este se materializará por factores externos; sin embargo, el riesgo de cumplimiento se materializará generando perjuicio para la empresa cuando las normas externas, políticas internas o estándares éticos sean incumplidos por los mismos trabajadores de la empresa debido a faltas internas de control.

Para el autor, el riesgo legal se encuentra estrechamente relacionado al riesgo de cumplimiento. Sin embargo, explica que la diferencia entre ambos riesgos se debe principalmente a su desarrollo histórico. El quiebre se dio cuando las compañías, particularmente en las industrias de servicios financieros y farmacéuticas, comenzaron a gestionar los problemas de cumplimiento técnico y normativo en una línea funcional diferente a las cuestiones legales más tradicionales. No obstante, los esfuerzos de cumplimiento apuntan en gran medida a cumplir con las normas legales, y la gestión adecuada de los problemas legales también tiene que ver con el cumplimiento de normas. Señala además el autor, que es difícil distinguir claramente entre riesgo legal y riesgo de cumplimiento, y dependiendo de la industria o la compañía en cuestión, la línea entre uno y otro se diferencia.

En línea con lo señalado en el párrafo precedente, el autor señala que el riesgo legal es el reflejo de algunos cambios fundamentales en la sociedad y la economía en las últimas décadas. El más importante de estos cambios es la globalización, que es la clave para transformar la ley en riesgo legal. Si bien la ley opera en determinada jurisdicción, es pertinente señalar que cuando los negocios van más allá de las fronteras, son confrontados por varios otros conceptos de reglas: por ejemplo, el “*soft law*”, las políticas internacionales, conceptos legales desconocidos (por tratarse de culturas distintas), interpretaciones culturales

distintas de una misma disposición legal, y nuevas formas de ética y moral y a su vez la interpretación de estas.

El segundo cambio, es el desarrollo tecnológico, la evolución en la computación e ingeniería, el surgimiento de la *big data* y la inteligencia artificial, la mayor eficiencia en transporte y comunicaciones entre otros. Sin embargo, esto último, también ha logrado que los nuevos grandes riesgos, sean transparentados, visualizados por los interesados, de modo que se coloquen en el debate público.

Por otro lado, para McCormick & Stears, el riesgo legal, se materializa en los defectos técnicos, en la manera como una transacción fue llevada a cabo, lo que genera pérdidas futuras. Para el autor, este riesgo también “se podría materializar en los cambios en las leyes” (McCormick & Stears, 2018), lo cual cobrará mayor relevancia en el futuro.

El autor además señala que hoy en día, el concepto de ley en una compañía global ha sido remplazado por el de riesgo legal. Ley significa reglas y procesos, en contraste con riesgo legal que significa el riesgo por el que una compañía se ve afectada negativamente como resultado de la operación de la ley y varios otros factores, que harán que la ley vaya más allá de su contenido puro. Una compañía tiene un mal manejo de riesgo legal cuando no percibe estos otros factores (distintos a la ley), que podrían generar una posible pérdida.

Indica además que para los bancos hoy en día los riesgos legales, se encuentran opacando los riesgos tradicionales, es decir los riesgos de crédito. Es por ello que es importante que los directores y gerentes entiendan las manifestaciones y raíces del riesgo legal de manera básica, en su faceta histórica, política económica y sociológica. Ello, a fin de poder definir una estrategia para manejarlos de manera apropiada (no suponer que solo se trata del cumplimiento de la ley), ya que es un riesgo silencioso. Esto tiene que ser definido por el directorio, no por los abogados ni los oficiales de cumplimiento o gerentes de riesgos. Una vez definida la estrategia, debe existir un marco para la gestión del riesgo legal.

Es pertinente indicar que el Directorio de una empresa tomará decisiones basadas en estudios/informes técnicos propuestos por los gerentes del área especializada de la empresa (probablemente la gerencia legal), debiendo el colegiado estar en la capacidad de incluir apreciaciones personales y comentarios por el *expertise* en

el campo requerido. En ese sentido, el informe técnico cobra una especial importancia, en atención que es a partir de éste que se definirán las bases de la estrategia de mitigación de riesgo legal en la empresa.

Como se ha dicho, el Comité de Supervisión Bancaria Basilea en el 2001 definió al riesgo Legal como:

“la posibilidad de que procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco. (...)”

(Comité de Supervisión Bancaria Basilea, 2001)

Este Comité, incluye al riesgo legal dentro de la definición del riesgo Operacional (Comité de supervisión Bancaria Basilea, 2003), tratándose de los riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades financieras.

Conforme a la definición previamente indicada, el riesgo legal es aquel al que se encuentran expuestas las empresas del sistema, tanto a nivel de la gestión de procesos, potenciales controversias en contra (lo cual genera pérdidas pecuniarias), la ejecución de contratos que no han sido debidamente negociados, quedando sin protección los intereses de la empresa, entre otros.

Apostolik y Donohue, señalan que “el riesgo legal es aquel asociado a la falta de certeza de acciones legales o en la aplicación o interpretación de contratos, leyes o regulación”. En ese sentido, las leyes poco claras, pueden llevar a malas interpretaciones legales, lo cual, en empresas del sistema financiero, podría generar controversias iniciadas por terceros y/o por el supervisor.

El riesgo legal será distinto en distintos países, debido a las diversas normas y a la seguridad jurídica proporcionada por los órganos jurisdiccionales en los mismos; sin embargo, cabe tener en cuenta que existen normas aprobadas en la Unión Europea y Estados Unidos, que a menudo cruzan fronteras y pueden restringir actividades bancarias internacionales de un banco, lo cual es armonizado con el principio de predictibilidad.

Conforme a lo señalado por los diversos autores citados, y las definiciones, el riesgo legal, se materializará con posterioridad a la realización de distintas

actividades efectuadas por la empresa, en la mayoría de los casos se considera que dependerá de una falta de gestión efectuada por los encargados de mitigarlos; ello en la medida que no cuentan con una metodología de gestión del riesgo legal.

En la actualidad, el riesgo legal ha tomado mayor relevancia, con la evolución de la regulación sobre lavado de activos y financiamiento contra el terrorismo, y la regulación de protección de datos personales alrededor del mundo.

El riesgo legal, se encuentra presente en distintas actividades, realizadas por entidades financieras, está por ejemplo en el project finance, donde los bancos participan como los financistas (prestamistas) del proyecto. La aplicación de leyes en el país donde se lleva a cabo el proyecto, pueden no ser consistentes con las del país del prestamista, de tal manera que se generarían juicios con resultados distintos sobre una misma controversia. Es por ello, que el prestamista del proyecto debe revisar los riesgos legales en una etapa temprana del mismo, a fin de incluir el mitigador de riesgos en alguno de los documentos vinculantes que se firman entre las partes.

El riesgo legal para los negocios modernos, se ha tornado altamente inestable por las operaciones y transacciones que realizan, ello sumado a la incertidumbre adicional creada por la falta de certeza jurídica y las modificaciones legales, lo cual resulta en un costo para las empresas. De este modo las empresas requieren una gran inversión en el manejo del riesgo legal (Fenwick & Wrбка, 2016), empezando por la definición de políticas, un estructura para su gestión y un personal idóneo, al interior de la entidad.

2.3.2. Aproximaciones a la definición del riesgo legal en el derecho comparado

A continuación, describiremos como es que en Europa, se ha definido y determinado el riesgo legal, cuál es su fuente de concepto y si el mismo ha sido definido a nivel normativo y cuenta con una regulación específica.

En los países europeos, a pesar de las recomendaciones emitidas por el Comité de Basilea, no se ha optado por establecer normativamente el riesgo legal en el ámbito regulatorio Bancario. A diferencia de lo que ha sucedido en el Perú, país

donde si bien no se ha regulado de manera independiente el riesgo legal, en el ámbito mencionado, si ha sido definido regulatoriamente dentro del riesgo operacional (en la normativa emitida por al SBS).

2.3.2.1. Unión Europea.-

Para la doctrina de la Unión Europea, no existe una definición común del “riesgo legal”, es decir la definición de riesgo legal existente no es aceptada por todos.

Según lo señalado por Aurelien Raccah, desde el punto de vista de “ciencia legal”, no existiría “riesgo legal”, ya que el núcleo de la regulación (entendido como la legislación vigente) debe ser previsible (que se pueda predecir y por lo tanto no sujeta a eventuales riesgos). Introducir el factor “riesgo”, en la legislación implica realizar una valoración a sus posibles consecuencias positivas o negativas, lo cual no es el propósito de la ciencia legal. En ese sentido, Raccah, propone que los riesgos legales, sean estudiados desde una perspectiva económica, política, sociológica o social. (Raccah, 2016)

En consecuencia, no existe una definición *estándar* de riesgo legal, ni una definición clara de lo que supone “riesgo”.

En la unión Europea, los estudios legales efectuados sobre gestión de riesgos, han sido realizados en actividades corporativas y comerciales, dirigidos por la doctrina Anglosajona. Como muestra de ello, los estándares, propuestos por el comité de Supervisión Bancaria Basilea, incluyen aspectos tales como el riesgo de crédito, riesgo operacional y riesgo de mercado

Fue en el año 2005, que el Banco Central Europeo (ECB), expresó su deseo de desarrollar la definición de riesgo legal, como parte del riesgo operacional (por lo que el manejo del primero debería ser consistente con la de este último, manteniendo una visión integral de ambos), considerando que una definición general del mismo, facilitaría la evaluación y gestión del riesgo legal por las empresas. Asimismo, Racca indica que el Banco, consideró que valía la pena examinar en qué medida se debe tener en cuenta el hecho que los riesgos legales son inherentemente impredecibles y no se ajusten a un patrón (Racca, 2016).

Por la razón expuesta, el Banco Central Europeo (ECB), mediante una opinión del 17 de febrero del 2005, sugirió al Comité de Supervisores Bancarios Europeos, que debe procurar aclarar la definición de lo que hoy en día es “Riesgo Legal”.

Sin embargo, a la fecha, para el Banco Central Europeo, el riesgo Legal, se encuentra incluido dentro de la definición de Riesgo Operacional (European Banking Authority , s.f.), sin considerar una definición propia.

Lo expuesto, concuerda con el hecho que la Directiva Nro. 2006/48/EC (del 14.06.06) del Parlamento Europeo y Consejo, “relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición)” (Eur-Lex, s.f.), a la fecha no ha definido el concepto de “riesgo legal”; la mencionada Directiva solo lo incluye en la definición de riesgo operacional como “riesgo jurídico”. La Directiva no lo ha incluido en su Anexo nro. V “Criterios Técnicos sobre la Organización y el Tratamiento de Riesgos” (en las entidades financieras), en el cual, como su nombre señala se encuentran listados los principales riesgos a los que se encuentran expuestas las entidades financieras de la Unión Europea, y se describe brevemente la forma de gestionarlos. Inclusive, en la descripción del riesgo operacional, no se menciona gestión alguna respecto al “riesgo legal (jurídico).

En general, ni en los Tratados, regulaciones, instituciones y Tribunales de Justicia de la unión Europea, se hace referencia, se usa o se define el término “riesgo Legal”.

2.3.2.2. Perú

Por su parte, en el Perú, conforme a lo señalado previamente, el riesgo Legal ha sido incluido en la definición de riesgo operacional, conforme a lo señalado en el artículo 23 h) del “Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos”, aprobado mediante Resolución SBS N° 272-2018 y ha sido definido en el artículo 2 h) del “Reglamento de Riesgo Operacional”, aprobado mediante Resolución SBS 2116-2009.

Sin embargo, más allá de las menciones señaladas en el párrafo precedente, en el Perú, tampoco se cuenta con una normativa específica sobre el riesgo legal.

Conforme a lo expuesto, se concluye, que no existe una regulación exclusiva de lo que es “riesgo legal”, tanto en el mundo, así como en el Perú. Existe tan solo una definición de lo que es “riesgo Legal”, brindada por el Comité de Basilea, lo cual es un estándar (soft law), más no supone una disposición de obligatorio cumplimiento. En la Unión Europea, el concepto de “riesgo legal”, ni siquiera ha sido definido a nivel de su regulación y en normas peruanas relacionadas al tema, se ha tomado la definición brindada por el Comité de Basilea sobre Riesgo legal; sin embargo, no se ha desarrollado una legislación independiente del tema.

2.3.3 El riesgo Legal y su doble dimensión: dimensión cuantitativa y dimensión cualitativa

Se ha considerado que el Riesgo Legal, tiene una doble dimensión: una cuantitativa y una cualitativa. La dimensión cuantitativa, tiene como característica que es posible de ser fácilmente medible; no obstante, la dimensión cualitativa, a priori, tiene la característica de no ser fácilmente estimada su medición en término de pérdidas monetarias, a los que las empresas se encuentran expuestas.

Respecto a la dimensión cualitativa del riesgo legal es preciso señalar que existen riesgos inherentes a él, que al no poder ser fácilmente medidos cuantitativamente, la medición preliminar se torna muy difícil. Por ejemplo, no adoptar un Acuerdo de Junta General de Accionistas conforme a Ley, en donde el riesgo es la posible impugnación futura de los acuerdos (por un accionista), y como consecuencia de ello dejarlos sin efecto lo que podría impedir el adecuado manejo de la entidad. Difícil, es en el ejemplo propuesto identificar el perjuicio pecuniario al que la entidad se encuentra expuesto, en ese sentido ¿podría ser medido?

Por otro lado, con relación a la dimensión cuantitativa del riesgo legal, conforme a lo señalado previamente, la medición de esta es más fácil en la medida que es más objetiva, ya que cuenta con valores, a partir de los cuales puede iniciarse medición. Por ejemplo, exposición por monto de la prestación de los contratos.

Por tanto, el riesgo legal presenta factores de evaluación tanto cuantitativos como cualitativos. En tal virtud, resulta complejo realizar una medición objetiva del riesgo legal al cual las empresas del sistema se encuentran expuestas, tomando en consideración ambas perspectivas – mirada integral.

Sería pertinente analizar la posibilidad de que las propias empresas realicen un análisis de su propio riesgo legal y el impacto del mismo, el cual será presentado a su regulador para el seguimiento y control del mismo.

Respecto a la evaluación de la dimensión cualitativa del riesgo legal, debemos señalar que, si bien pudiera pensarse en un inicio que, al no poder exponerse un factor concreto que origine la probabilidad de pérdida material (pecuniaria), previa a que esta suceda (por falta de sustento objetivo medible), se considera, que los casos de riesgo legal cualitativos una vez identificados por la propia empresa, deben evaluarse desde una perspectiva distinta a la tradicionalmente efectuada en los riesgos cuantificables como son los de liquidez, de mercado, operacional, reputacional entre otros. Y de este modo, los riesgos legales cualitativos sean tomados en cuenta en la medición total del riesgo legal.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que el riesgo legal si bien tiene aspectos de los cuales pueden medirse fácilmente su exposición, existen determinados aspectos sobre los que resulta difícil realizar esta medición de la probabilidad de pérdida. Muchas veces no se evidencia una directa vinculación entre la deficiencia verificada y la consecuencia pecuniaria que supondría para la entidad la mitigación de determinado riesgo legal.

En este propósito, en la medida, que el riesgo legal se encuentra considerado como parte de riesgo operacional, y este último tiene mayor cantidad factores de medición cuantitativos, la medición del riesgo legal no se realizará de la manera más idónea (en la medida que se dejarían de lado los aspectos cualitativos). En ese sentido, debido a la evolución que ha tenido el riesgo legal es que es necesaria la evaluación de ésta manera independiente del riesgo operacional. Lo cual supone indefectiblemente realizar un cambio en la definición de "riesgo legal", incluido en nuestra regulación, de manera que la nueva contenga en su definición tanto los aspectos cualitativos como cuantitativos; así como la creación de una metodología de evaluación.

2.3.3.1 Procedimientos con riesgos legales en su dimensión cualitativa y/o cuantitativa

En ese sentido, hemos identificado algunos procedimientos legales usuales en las instituciones financieras, que tienen riesgo legal incluido, en su dimensión cualitativa y/o cuantitativa.

1. Aspectos de carácter societario/corporativo

a. La constitución de la sociedad: riesgo legal – dimensión cualitativa

Dentro de todos los riesgos legales asociados a la debida constitución de una empresa, es difícil medir el monto de pérdida dineraria al que se encuentra expuestos (en este caso los accionistas), por la indebida constitución de una sociedad.

b. Las convocatorias a sesiones de directorio y de Junta General de accionistas: riesgo legal – dimensión cualitativa

En la medida que es difícil establecer a cuanto realmente ascendería el monto de pérdida de materializarse el riesgo legal, ya que tendrían que evaluarse inclusive cada uno de los acuerdos tomados en la Sesión o Junta, cada vez que se realizan a fin de estimar la posible pérdida futura.

c. El nombramiento de directores, Gerentes y apoderados. La revocatoria de los mismos: riesgos legal - dimensión cualitativa

La indebida revocatoria, podría generar costos futuros a las empresas, en la medida que se puede contratar o realizar transacciones a su nombre, cuando en realidad ya no se trabaja para ella.

d. Los aumentos de capital y en general, las modificaciones estatutarias: riesgo legal- dimensión cualitativa y cuantitativa.

Se bien puede cuantificarse el riesgo de efectuar de manera inadecuada, un aumento de capital, es más difícil cuantificar, las futuras acciones administrativas o de terceros a las que se encuentra expuesto.

2. Aspectos relacionados con la Administración Pública

a. La autorización de funcionamiento como IFI: riesgo legal – dimensión cualitativa y cuantitativa.

La medición del riesgo legal, supone desde la valorización del tiempo en la demora en la obtención de la autorización como IFI, así como los costes de personal que supone dicho periodo en el que la empresa aún no inicia operaciones.

b. Las autorizaciones para aperturas de agencias: riesgo legal- dimensión cualitativa y cuantitativa.

Establecer como estrategia de negocio (para lo obtención de mayor rentabilidad), la apertura de determinadas agencias (lugar) y el cierre de otras, lo cual depende en algunos casos de permisos por parte de la administración que no siempre son obtenidos.

c. Licencias municipales de funcionamiento. Licencias de publicidad, de estacionamiento, de seguridad, INDECI etc.: riesgo legal cualitativa y cuantitativa

Este aspecto, se encuentra ligado a las posibles multas que se pueden recibir por el incumplimiento a las normas ligadas a estas licencias; lo cual supone un aspecto cuantitativo del riesgo legal. Sin embargo, tiene un aspecto cualitativo, al no poder en todos los casos en los que se solicita, por ejemplo, saber cuánto se tardará en obtener una licencia, necesaria para la apertura de oficinas, agencias , o si será obtenida. Lo cual supone una pérdida para la empresa difícil de medida de manera preliminar.

3. Aspectos relacionados con los clientes

a. Registro de poderes de personas jurídicas: riesgo legal- dimensión cualitativa

En la medida que se deje transar con una persona que no tiene poder, en representación de un cliente (persona jurídica), podrían efectuarse diversas transacciones, así como el cliente podría accionar contra la empresa, por los daños causados ante la deficiente evaluación de poderes.

b. Constitución de garantías reales : riesgo legal – dimensión cuantitativa y cualitativa

Se considera que además de ser claramente riesgo legal en su dimensión cuantitativa (en la medida que la mala constitución de la garantía supone la descubierta de un crédito determinado), es un riesgo legal en su dimensión cualitativa, en la medida que pueden existir terceros que accionen en contra de la empresa financiera por aceptar e inscribir garantías, con firmas en documentos no realizadas por los verdaderos “garantes”.

c. Constitución de garantías personales (identificación de garantes): riesgo legal – dimensión cuantitativa

Se considera que además de ser claramente riesgo legal en su dimensión cuantitativa, en la medida que la mala constitución de la garantía supone la descobertura de un crédito determinado.

d. Constitución de fideicomisos:

Además de ser un riesgo legal en su dimensión cuantitativa (en la medida que la mala constitución legal del contrato de fideicomiso supone la descobertura de un crédito determinado), es un riesgo legal en su dimensión cualitativa, en la medida que pueden posibles controversias en contra de la empresa al actuar como fiduciario de un tercero que constituyó el fideicomiso con fines ilegales.

e. Otorgamiento de leasing: riesgo legal – dimensión cualitativa y cuantitativa

Al ser la entidad financiera, los propietarios de los bienes, se encuentran expuestas a demandas y denuncias por daños perjuicios cometidos por quienes controlan el bien. La estimación del daño podrá realizarse una vez que se interponga demanda o denuncia, pero el número de accidentes es más difícil de estimar.

f. Levantamiento de garantías: riesgo legal – dimensión cualitativa y cuantitativa: Aspecto cualitativo del riesgo legal, debiendo considerarse posibles controversias ante Indecopi. La multa deberá ser estimada por la entidad.

g. Otorgamiento de Cartas Fianzas: riesgo legal – dimensión cuantitativa

Aspectos cuantitativos del riesgo legal como la determinación del monto de pérdida futura a los que se encuentra expuesta la empresa producto de una indebida ejecución o falta de honramiento (multas)

h. Controversias en contra de la entidad: riesgo legal- dimensión cuantitativa.

Este procedimiento supone por excelencia un aspecto cuantitativo del riesgo legal, en la medida que es fácilmente cuantificable la posible pérdida de dinero a la cual se encuentra expuesta la empresa, tomando como referencia los montos de los petitorios demandados.

4. Aspectos con los proveedores

a. Contratación de bienes y servicios: riesgo legal – dimensión cuantitativa.

El aspecto cuantitativo de este procedimiento supone la exposición de pérdidas por una inadecuada revisión de los contratos, así como su seguimiento. Para la estimación de la pérdida, se toma como referencia el monto de la contraprestación (por una indebida ejecución o inejecución del contrato), así la mejor estimación ante controversias futuras.

5. Aspectos relacionados con otros agentes

a. Atención de retenciones y medidas cautelares judiciales y administrativas: riesgo legal: dimensión cualitativa y cuantitativa

Este procedimiento conlleva una dimensión cuantitativa del riesgo legal, en la medida que se puede determinar preliminarmente la exposición, tomando como referencia el monto requerido por retener en la solicitud (debido a la responsabilidad solidaria en la que deviene la empresa, de no cumplir con lo requerido por el juzgado o autoridad administrativa).

b. Cumplimiento del deber de información a la UIF: riesgo legal - dimensión cualitativa y cuantitativa:

Conlleva una dimensión cualitativa y cuantitativa del riesgo legal, ya que se deberán evaluar la posibilidad de sanción administrativa, así como penal, así como evaluar cuales son los supuestos en los cuales la entidad se encuentra en la obligación de informar.

6. Gestión de Controversias

a. Gestión de las controversias en contra de la empresa: riesgo legal - dimensión cuantitativa.

Este procedimiento supone por excelencia un aspecto cuantitativo del riesgo legal, en la medida que es fácilmente cuantificable la posible pérdida de dinero a la cual se encuentra expuesta la empresa, tomando como referencia los montos de los petitorios demandados, ya sea por reclamos de clientes, controversias con proveedores, contrapartes afectadas, entre otros. Este aspecto además supone realizar una adecuada gestión de provisiones por las contingencias legales, respetando los principios contables.

7. Constitución de garantías

a. Cumplimientos legales para la debida constitución de garantías reales y personales que respaldan créditos otorgados por las empresas del sistema financiero: riesgo legal – cuantitativo

Se deberá verificar del cumplimiento de acuerdo a ley, de la constitución de las garantías por créditos otorgados; si no se cumplen los requisitos legales, es inexistente la garantía y por tanto podría suponer la incobrabilidad del crédito.

b. Debida constitución de provisiones, en la medida que las mismas son preferidas o no preferidas: riesgo legal – cualitativo y cuantitativo

Se deberá evaluar la naturaleza del bien considerado como garantía preferida, asimismo verificar el cumplimiento de requisitos normativos para ser considerada como tal. Una vez que se efectúen las provisiones como garantía preferida y se detecte algún incumplimiento a los requisitos preestablecidos automáticamente existirá un déficit de provisiones, las cuales deberán ser registradas por la empresa, en función a lo establecido por las tablas de la Res. SBS 11356-2008.

En ese sentido, no todas las dimensiones del riesgo legal de las actividades identificadas pueden ser medidas y adecuadamente gestionadas, con la regulación existente.

De acuerdo a lo tratado, en la dimensión cuantitativa están profusamente identificados los mecanismos de medición y eventual mitigación de los riesgos legales; sin embargo, en la dimensión cualitativa del riesgo legal, en la medida que ni siquiera se tiene conciencia de esta, no se han diseñado métodos de previsión, ni mitigación de este tipo de riesgos. Ello debido a que como señala Zarate⁹, al encontrarse incluido el riesgo legal dentro del operacional: “queda un tanto invisible”.

2.3.4. Enfoques de riesgo y postura

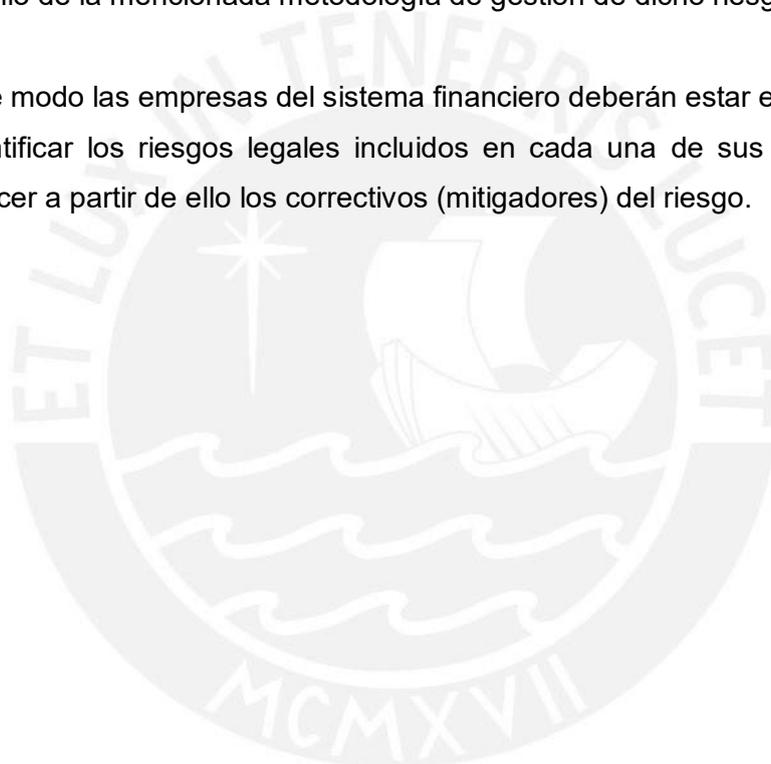
En ese sentido a través de la presente investigación se pretende analizar los riesgos a los cuales se encuentran expuestas las empresas del sistema financiero,

⁹ En Seminario Internacional En Gestión y Supervisión del Riesgo Legal de Las Empresas Del Sistema Financiero, del 28 al 30 de Junio de 2019, Lima –Perú.

concentrando nuestro trabajo en la importancia y debida evaluación del riesgo legal. Se justifica la creación de una metodología de evaluación de riesgo legal, por el grado de madurez que ha alcanzado el mismo, siendo necesaria su evaluación y gestión de manera independiente. De este modo, los factores cuantitativos y cualitativos de riesgo legal que se deben tener en cuenta en su evaluación, serán gestionados y mitigados de manera adecuada.

Se considera que lo expuesto en el párrafo precedente podrá ser logrado por las empresas, cuando exista una definición a nivel regulatorio en el país que considere ambas dimensiones del riesgo legal, ya que será la base legal necesaria para el desarrollo de la mencionada metodología de gestión de dicho riesgo.

De este modo las empresas del sistema financiero deberán estar en la capacidad de identificar los riesgos legales incluidos en cada una de sus operaciones y establecer a partir de ello los correctivos (mitigadores) del riesgo.



CAPITULO III: A MODO DE EJEMPLO: LA DIMENSIÓN CUALITATIVA DEL RIESGO LEGAL EN LOS ASPECTOS SOCIETARIOS DE LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO.

Nos ocuparemos en este capítulo de las contingencias estrictamente legales que podrían afectar a las empresas del sistema bancario y financiero y que constituyen un riesgo legal que también debe estar evaluado. Dentro de todo el espectro legal que tiene impacto en su funcionamiento, nos centraremos en un campo jurídico específico: aquel que corresponde a los aspectos societarios.

Elo es así porque las empresas del sistema financiero, de acuerdo al artículo 12 de Ley General deben constituirse necesariamente bajo la modalidad de sociedad anónima. Por ende, además de encontrarse obligadas al cumplimiento de las normas establecidas en Ley General y a las normas emitidas por los organismos supervisores, tales como la Superintendencia de Banca Seguros y AFP, la Superintendencia de Mercado de Valores, entre otros, se encuentran también obligadas al cumplimiento de las normas del derecho común, tal como son las normas establecidas por la Ley General de Sociedades N° 26887 (en adelante LGS), aplicable a los distintitos tipos de modelos societarios.

Debe tenerse presente que no siendo personas naturales con existencia física, las sociedades anónimas como personas jurídicas que son, tienen determinadas formas de expresar su voluntad, que es la que resulta de la confluencia de voluntades de sus accionistas. Empero para que sea una voluntad válida y distinta a la de sus integrantes y pueda generar derechos y obligaciones, es decir tener impacto en el mundo jurídico, debe estar revestida de una forma prescrita por la ley.

Además de la voluntad originaria que está expresada en el acto constitutivo, con el pacto social y los estatutos que deben estar inscritos en el registro de personas jurídicas de la SUNARP, son los órganos que las sociedades anónimas deben tener los que pueden generar voluntad social y expresarla. Estos órganos son las Juntas Generales de Accionistas y el Directorio; allí se forma la voluntad social. En el seno de dichos colegiados se toman las decisiones más importantes para el rumbo de la empresa y que tienen incidencia en el mundo de sus relaciones jurídicas. Por ende, para la validez de los acuerdos que adopten estos colegiados se debe cumplir con ciertas reglas establecidas en la LGS y en la Ley General, para el caso particular de las empresas del sistema financiero.

En ese sentido, hay diversos momentos de la vida jurídica de la sociedad anónima que pueden tener un impacto en cuanto a generar un riesgo legal, y que se deben tener en cuenta para el análisis:

- a. En cuanto a la **constitución de la sociedad**. Este es el acto en que se formaliza la voluntad de los accionistas para constituir la persona jurídica societaria que le da vestimenta legal a la entidad financiera. Esta etapa transita desde la suscripción de los instrumentos privados, el otorgamiento de la escritura pública que contiene el Pacto Social y los Estatutos, la inscripción en el Registro de Personas Jurídicas y luego pasa a la etapa final de carácter administrativo, donde se da la autorización de funcionamiento como entidad financiera.

En realidad, en esta etapa la posibilidad de que surja un riesgo es mínimo, por cuanto las empresas del sistema financiero no comienzan a operar si no tienen una resolución autoritativa previa expedida por la Superintendencia de Banca y Seguros; es decir estamos ante un caso de autorización *ex ante*. Por ende, salvo que haya fallos u omisiones en la actuación revisora del pacto social y estatutos que realice el ente Supervisor, son improbables los riesgos legales originados en esta etapa. Los riesgos que se podrían presentar serían, entonces, consecuencia de una deficiente revisión por parte del ente supervisor.

- b. El tema de **las convocatorias**. Se ha expresado que la voluntad social se forma en los órganos sociales, que son órganos colegiados como la Junta General de Accionistas y el Directorio. Por ende, la diversidad de personas que tienen el derecho a participar en las sesiones de la Junta o del Directorio requiere que se garantice que cada una de ellas tenga la información de la realización en las sesiones de dichos órganos. Para ello, se utiliza la figura de las convocatorias; es decir las citaciones jurídicamente eficaces a las sesiones que emanan desde los órganos competentes.

La Ley General de Sociedades prevé que las convocatorias a sesiones de Directorio y Junta General de Accionistas deben cumplir con ciertos requisitos. El incumplimiento o transgresión de alguno de los requisitos genera la nulidad del acto jurídico, conforme a lo previsto en el art. 38 de la LGS.

Así el artículo 113 de la LGS, que trata de la Convocatoria para las celebraciones de la Junta General de Accionistas, señala que es el Directorio quien debe convocar a la Junta. Ello implica que la sesión de Directorio donde se acuerde convocar a la

Junta es el requisito previo para la reunión de la Junta. El Directorio deberá tener en cuenta que la Junta deberá realizarse cuando lo ordene la ley, lo establece el estatuto o lo acuerda el Directorio por considerarlo necesario al interés social. En todos estos casos la convocatoria es heterónoma, es decir es un poder externo la que tiene el poder convocante.

La Junta no puede auto-convocarse, salvo el caso de que un veinte por ciento de las acciones suscritas lo desee, pero aun este caso la solicitud de los accionistas deberá hacerlo ante el Presidente del Directorio (art. 117); o en el caso de que la totalidad, el cien por ciento de los accionistas del capital social se encuentren reunidos, y coincidan las voluntades de todos para instalarse en Junta General de Accionistas y en la agenda a tratar; en cuyo caso estamos en el caso de una Junta Universal (art. 120 de la LGS).

La convocatoria a la Junta General de Accionistas es un acto solemne, cuya forma y contenido está regulado por el artículo 116 de la LGS. En efecto, la convocatoria a las juntas generales, sea la convocatoria para la Junta Obligatoria Anual o para las demás juntas previstas en el estatuto, debe tener en cuenta la concurrencia de cuatro elementos importantes e imprescindibles.

En primer lugar, el elemento formal de la convocatoria, es la vía usada para poner en conocimiento de las personas que tenga derecho a asistir a la Junta. La ley peruana considera que -aun cuando se trata de un acto en el marco de una persona jurídica de derecho privado- la convocatoria debe hacerse en un acto público. En efecto, la ley opta por la vía de la publicación en un medio de comunicación masiva. Es así que se establece que se ha determinado que el aviso debe ser publicado en el Diario Oficial El Peruano para el caso de Lima y Callao, o en el diario de los avisos judiciales para el caso de las provincias.

El segundo elemento de la convocatoria es lo que podríamos denominar un plazo de latencia, es decir aquel que transcurre entre la publicación y la fecha de fijada para la celebración de la junta, el cual no debe ser menor de diez días para la Junta Obligatoria Anual y de tres días para otro tipo de Juntas. Ello es así para que el accionista pueda prever todo lo necesario, aliviar sus ocupaciones y poder estar disponible el día de la Junta.

Un tercer elemento que debe aceptarse es el de la determinación del espacio y tiempo donde se va a llevar la Junta. Es así que en la convocatoria se debe precisar el lugar, el día y la hora en que se ha de celebrar la junta general.

Y un elemento final es el de la Agenda. Las Juntas se convocan con una agenda cerrada. Es decir con un conjunto de temas predeterminados sobre los que se debe discutir. Los accionistas o sus apoderados deben conocer con anticipación los temas a tratar en la sesión de la Junta de Accionistas, a fin de asistir debidamente preparados.

Estos requisitos son verdaderas garantías para los accionistas. Por ende, su transgresión o incumplimiento podría afectar sus derechos. Es así que el artículo 38 de la LGS sanciona con nulidad los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad.

En una empresa del sistema financiero, el riesgo legal en las convocatorias se materializa cuando esta no se realiza conforme a Ley, pues de advertirse el vicio, podría generar la nulidad del acto y de los acuerdos tomados en las Juntas, inclusive, no lograrse la inscripción en los registros correspondientes de aquellos actos inscribibles (debido a que el acto es nulo).

Para el caso de una IFI por ejemplo, podría no lograr inscribirse un acuerdo de aumento de capital acordado en una JGA, necesario en dicho momento, ya sea porque era un requerimiento del regulador o porque necesitaba realizar más colocaciones (y éstas se encuentran limitadas por el monto del patrimonio efectivo del que forma parte el capital). En el primer caso podría tratarse de un requerimiento para no exceder límites y en el segundo caso podría tratarse de una oportunidad de inversión, por lo que la empresa podría verse expuesta a la imposición de multa o una pérdida de oportunidad en el mercado. En ese sentido, existe una salida de dinero en el que tiene que incurrir la empresa.

La dimensión cualitativa se aprecia que se ha materializado en salida de dinero; sin embargo, en el primer momento fue muy difícil identificar ello

- c. En cuanto a la **convocatoria del Directorio** es aplicable el artículo 167 de la LGS; el mismo que establece algunos requisitos, cuya concurrencia le da validez al acto convocante.

El primer requisito que se debe tener en cuenta es que el presidente del Directorio es la persona que debe convocar al Directorio. Para ello, el presidente tendrá en cuenta tres criterios. En primer lugar el criterio de obligatoriedad, es decir las oportunidades en que la ley o el estatuto exigen que se celebre el Directorio, por ejemplo para elegir o remover el Gerente General o para aprobar los estados financieros. El segundo criterio es el de necesidad, conforme al cual el mismo Presidente debe apreciar y evaluar las oportunidades en que sea necesario convocar al Directorio para tomar acuerdos que sean necesarios para el buen desarrollo de la sociedad. Finalmente el criterio de iniciativa, conforme al cual cualquier Director puede solicitar al Presidente la realización de una Sesión para discutir uno o más puntos concretos de agenda. Si el presidente hace caso omiso al pedido de convocatoria hecha por un Director, la convocatoria la hará cualquiera de los directores.

En cuanto al segundo elemento de la convocatoria, es decir el requisito de la forma, la ley -a diferencia de lo que prescribe para la junta de accionistas- abre el abanico de posibilidades no descartando la convocatoria pública, lo cual en todo caso es una opción que se debe optar al momento de diseñar el estatuto; empero si el estatuto no toma ninguna alternativa, por defecto, la convocatoria deberá hacerse mediante esquelas con cargo de recepción. Esto es un acto privado, pero en el cual se pone énfasis en que haya certeza de que el director destinatario de la esquila haya tomado conocimiento.

El tercer requisito es el plazo de latencia que debe mediar entre la entrega de la convocatoria -sea por esquila o por otro medio- y la fecha señalada para la reunión, la cual deberá ser por lo menos tres días.

El cuarto requisito de la convocatoria a las sesiones de Directorio, es el de la precisión espacio-temporal de la sesión. La ley establece que la convocatoria debe expresar claramente el lugar, día y hora de la reunión. De modo tal que el director citado pueda conocer de manera indubitable donde y cuando debe apersonarse.

El quinto y último requisito es el de la agenda; en el lenguaje de la LGS -"los asuntos a tratar". Ello no impide que cualquiera de los miembros de directorio puede someter a la consideración del colegiado uno o varios asuntos que crea de interés para la sociedad.

Al igual que la Junta Universal que prescinde de la convocatoria, existe también una suerte de Sesión de Directorio Universal, en la que se puede prescindir de la convocatoria cuando se reúnen todos los directores y acuerdan por unanimidad sesionar y los asuntos a tratar.

Como queda claro, la convocatoria es un acto por el cual se hace público (entiéndase que se hace público en el ámbito de los interesados) la realización de las Asambleas de la Junta o las sesiones del directorio. Y como quiera que el artículo 38 de la Ley General sanciona con nulidad el incumplimiento de las formalidades de publicidad, entonces si una Asamblea de Accionistas o sesión de directorio se realiza sin cumplir estrictamente con los requisitos, esta también se sanciona con nulidad (la nulidad es será ordenada como resultado de un procedimiento judicial).

Debe tenerse siempre a la vista lo dispuesto en el Artículo 38 de la LGS, que trata exclusivamente de la nulidad de los acuerdos societarios, señalando expresamente que se sancionan con nulidad los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad que estuvieran prescritas. Se ha analizado en los párrafos previos las formalidades de publicidad. Por ende, el estricto cumplimiento de todos los requisitos es una garantía de consolidación de la validez de los acuerdos, más aún en las empresas del sistema financiero, en las cuales se debe tener seguridad jurídica de la estabilidad de los acuerdos adoptados y que se minimice los riesgos de que se declare la nulidad de los mismos por algún defecto en la convocatoria.

Nuevamente, la **dimensión cualitativa** del riesgo legal, en las convocatorias de sesiones de Directorio se materializa una vez que al estar mal convocadas (es decir no de acuerdo a los requisitos de la ley), los acuerdos tomados sean nulos y por tanto no exigibles. Dentro de los acuerdos tomados podrían existir además de acuerdos de aumentos de capital (necesitados por la empresa), acuerdos exigibles por la regulación financiera es decir aquellos que necesitan ser tomados por el directorio para poder ejecutarse. En la medida que estos acuerdos sean nulos por una convocatoria indebida, se daría una situación de ejecución de actividades, que no cuentan con un respaldo legal (que en el caso sería el acuerdo de Directorio), lo cual podría generar multas a la IFI.

De este modo se materializa el riesgo legal por una indebida convocatoria del Directorio.

d. Se abordará a continuación el tema **del quórum**, es decir el mínimo de asistentes necesario para que una Junta General de Accionista o una sesión de Directorio se pueda instalar y logre acuerdos válidos. Para la conformación de la voluntad social no basta que quienes tenga derecho a participar en los órganos colegiados hayan sido notificados de la realización, sino que además se requiere un número mínimo de asistentes, que garanticen que la voluntad se constituye con la participación mayoritaria.

Siendo la sociedad anónima una sociedad de capitales, es decir aquellas en las cuales el aporte de capital determina el peso específico de cada titular de acciones en las decisiones que adopte la sociedad y en las utilidades que recibe, el quórum para las juntas de generales de accionistas no lo determina el número de personas que asisten, sino la cantidad de acciones sociales que dichas personas representan. Así, una sola persona puede representar la mayoría del capital social y una pluralidad de accionistas pueden ser entre todos una minoría en la Junta.

La determinación del **quórum** por la cantidad de capital que esté representado tiene un primer efecto en la **instalación de la Junta**. El artículo 124 de la LGS señala que “Comprobado el quórum el presidente la declara instalada (la junta)”. La norma general establece que el quórum necesario para que se instale la junta es la concurrencia de por lo menos el cincuenta por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto (art. 125 de la LGS). Esto es lo que se denomina “quórum simple”. Sin embargo, cuando se trata de que los accionistas son convocados para modificar el estatuto social, aumentar o reducir el capital, emitir obligaciones, enajenar activos por un monto superior al cincuenta por ciento el capital social, o alguno de los acuerdos de reorganización social (fusión, escisión, transformación), el quórum de instalación debe ser “calificado”, es decir que asistan accionistas que representan los dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto.

La ley se ha puesto en el caso que no se logre el quórum para la instalación de la Junta, no obstante estar los accionistas debidamente informados. Pero como la sociedad no puede quedar sin expresar su voluntad, se ha considerado la segunda convocatoria, es decir una segunda oportunidad en que el órgano competente convoca a los accionistas con las mismas garantías de publicidad que se han dado para la primera convocatoria; solo que en esta oportunidad el quórum para la instalación es menor. Así el quorum simple se reduce a “cualquier número de

acciones suscritas con derecho a voto”; y en el “quorum calificado” la exigencia se reduce a la concurrencia de los tres quintos de las acciones suscritas con derecho a voto (segundos párrafos de los arts. 125 y 126 de la LGS).

Hay que diferenciar entre el quórum para la instalación de la junta de la cantidad de votos necesario para la adopción de acuerdos. Ello por cuanto en el transcurso de la reunión pueden ingresar más accionistas, y por ende más acciones. En este caso, si bien no se computan esas acciones para el quórum de instalación, dichas acciones si pueden ejercer el derecho a voto (art.124 último párrafo de la LGS).

Queda siempre la posibilidad que el estatuto social pueda haber establecido quórums superiores a los establecidos por la LGS; pero nunca inferiores. Es decir, la ley establece un mínimo de asistencia para salvaguardar el derecho de los accionistas minoritarios.

Sin embargo, esta opción estatutaria de ampliar el quorum necesario para instalar la Junta tiene una limitación en la Ley 26706 (Ley General), en cuanto en su artículo 74 dispone un “techo” de exigencia, al prescribir que estatutariamente no se puede exigir un quórum de instalación mayor a las dos terceras partes del capital social.

Y así como define un techo, para la primera convocatoria, en segunda convocatoria define un “piso” de quórum que es la tercera parte del capital social. Recordemos que la norma del derecho común (LGS) señala que en segunda convocatoria la junta se instala con “la concurrencia de cualquier número de acciones con derecho a voto” (penúltimo párrafo del art. 125 de la LGS). Este mínimo requerido de asistentes sin embargo, no es aplicable cuando se trata de que los accionistas son convocados para modificar el estatuto social, aumentar o reducir el capital, emitir obligaciones, enajenar activos por un monto superior al cincuenta por ciento el capital social, o alguno de los acuerdos de reorganización social (fusión, escisión, transformación), en cuyo caso se aplican las normas del derecho común, es decir la LGS que requiera la concurrencia de al menos las tres quintas partes del acciones suscritas con derecho a voto¹⁰ .

¹⁰¹⁰ Cabe señalar que la Ley General Nº 26702 en sus art. 74 y 75 hacen referencia a los arts. 133 y 134 de la Ley General de Sociedades. Esta mención es anacrónica por cuanto al momento de expedirse la Ley 26702 en diciembre de 1996, estaba aún vigente la Ley General de Sociedades aprobada por el D.S. 003-85-JUS, la cual fue posteriormente remplazada por la Ley 26887 en diciembre de 1997. Así, el contenido de los arts. 133 y 134 de la antigua LGS se deben entender referidos a los arts. 125 y 126 de la nueva LGS.

El riesgo legal, en su **dimensión cualitativa**, se materializa en cuanto al llevarse a cabo la JGA con un quorum indebido se materializa cuando no puede ejecutarse un acuerdo tomado, por identificarse el vicio en la constitución del quorum con el que se constituyó la Junta de Accionistas que tomó determinados acuerdos. Algo singular sucede en este proceso y es que la ley faculta a los accionistas a impugnar los acuerdos de Junta, en caso detecten un vicio, y los acuerdos ser nulos. El riesgo se puede materializar por el accionar de un mismo accionista.

- e. En cuanto al **quórum para la instalación del Directorio**, a diferencia del cómputo de las Juntas Generales de Accionistas en las que el criterio es el capital que está representado, en el Directorio el criterio es el número de directores que asisten. Para ello es menester saber cuál es el número de directores que el estatuto ha fijado para la sociedad, y cuántos efectivamente están hábiles, es decir que- aunque la ley no lo dice- se debe excluir aquellos que han sido removidos, han vacado o incurrido en causal de impedimento para ser director. Determinado el número de directores hábiles la sesión de Directorio podrá instalarse con la mitad más uno de sus miembros. Si el número de directores es impar, el quórum es el número entero inmediato superior al de la mitad de aquél (art. 168 de la LGS).

Habiéndose instalado la junta, corresponde a ésta tomar acuerdos. En los artículos 114 y 115, la LGS se establecen una serie de atribuciones que son competencia exclusiva de la Junta de Accionistas; y por tanto es sobre ellos que necesariamente se deben tomar acuerdos. Como se ha dicho, las sociedades anónimas expresan su voluntad a través de los acuerdos de sus órganos colegiados. Siendo que los acuerdos de la Junta General de Accionistas los más importantes de la empresa.

Como norma general los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas que estén presentes en la junta. Sin embargo, hay ocasiones en que se requiere mayoría calificada, es decir cuando se trata de modificar el estatuto social, aumentar o reducir el capital, emitir obligaciones, enajenar activos por un monto superior al cincuenta por ciento el capital social, o alguno de los acuerdos de reorganización social (fusión, escisión, transformación). En este caso la mayoría absoluta se logra computando el universo de las acciones suscritas con derecho a voto. No solo las que están representadas en la Junta, sino la totalidad de acciones emitidas (art. 127 de la LGS).

Por excepción, no se aplica el quorum ni la mayoría calificada, cuando se trata de que se ha convocado a los accionistas para tomar algún acuerdo que implique el cumplimiento de alguna obligación de carácter legal imperativa (art. 18 de la LGS). Un caso como este se dio cuando al dictarse la Ley General de Sociedades N° 26887, se obligó a todas las sociedades en actividad a adecuarse a la nueva ley, para lo cual tenían que tomar acuerdos de modificación de estatutos.

En el caso del Directorio, cuyos acuerdos son muy importantes por que implican la administración de la sociedad, la LGS establece que los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de los votos de los directores que estén participando en la sesión. Y en caso de empate, quien preside la sesión tiene voto dirimente.

La ley prevé que el Estatuto Social puede establecer mayorías más altas que la simple mayoría absoluta; sin embargo, para el caso de instituciones financieras el artículo 85 de la Ley General, señala que en ningún caso el estatuto podrá exigir la concurrencia mayor a las dos terceras partes de los miembros del Directorio.

El Directorio, siendo un órgano social más dinámico, tiene dos privilegios para tomar acuerdos. El primero de ellos que sería un equivalente a la Junta Universal, es decir se prescinde la convocatoria y se tienen por válidos los acuerdos, siempre que haya unanimidad en las decisiones. Ni siquiera requiere la evidencia de la concurrencia simultánea de todos los directores en un lugar, día y hora determinados. Basta que el acuerdo unánime se confirme por escrito con la firma de todos los directores (segundo párrafo del art. 169 de la LGS).

El otro caso de privilegio es el de las sesiones no presenciales, que es una opción que se debe decidir en los estatutos sociales. Las sesiones no presenciales implican la interacción simultánea de los directores, utilizando cualquier medio escrito o electrónico que permitan la comunicación y garanticen la autenticidad del acuerdo (último párrafo del art. 169 de la LGS).

Como se puede observar, las sesiones del Directorio de una sociedad anónima no tienen una periodicidad ni regularidad determinada por la ley; en teoría, bastaría con una al sesión al año para aprobar la memoria y los estados financieros que se presentarán a la Junta Obligatoria Anual. Sin embargo, en el caso de las instituciones financieras el art. 84 de la Ley General obliga a que el Directorio se reúna en forma ordinaria una vez al mes. Este es un punto importante que diferencia a las sociedades

anónimas que cobijan una institución financiera, de cualquier otra sociedad anónima. La razón parece estar en la sensibilidad del objeto social: la intermediación del ahorro público. La necesidad de un autocontrol, hace que las decisiones deban ser constantemente evaluadas al más alto nivel de la administración, como lo es el directorio, y para que asuma las responsabilidades debidas.

- f. Como se ha dicho, las sesiones de la Junta General de Accionistas y de Directorio, tienen como propósito adoptar acuerdos que expresen la voluntad de la sociedad, según su competencia. Pues bien, los acuerdos y las circunstancias que han permitido que se tomen válidamente deben quedar documentados, es decir registrados de alguna manera, para que puedan oponerse válidamente cuando alguien cuestione su validez. Ello se rige por el “Principio de Registro”; para lo cual la ley permite que asienten actas, que son la crónica o resumen de lo acontecido en cada reunión. Sobre las actas hay varios requisitos que se deben cumplir para que en efecto tengan validez.

A diferencia de la LGS anterior, la LGS vigente abre la posibilidad que el registro no necesariamente sea escrito. Así el art. 134 de la LGS dice “Las actas pueden asentarse en un libro especialmente abierto a dicho efecto, en hojas sueltas o en cualquier otra forma que permita la ley”. En la actualidad no se conoce que leyes especiales hayan permitido otro tipo de registro que no sea el escrito, pero no se descarta por ejemplo que se legalice un registro audiovisual en el futuro. Mientras tanto, nos seguimos rigiendo por el principio de prueba escrita, bien sea en el libro de actas o en hojas sueltas.

En ese sentido, la última parte del ya citado artículo 134 establece el **requisito de la legalización**, lo cual nos lleva a la Ley del Notariado¹¹. Ello implica que no se pueden hacer actas en cualquier papel sino en aquellos que han pasado previamente por el trámite de legalización notarial.

Las actas que se elaboren al margen de este requisito son actas nulas, y los acuerdos no tienen validez; sin embargo, la LGS se ha puesto en el caso extremo de que no

¹¹ Artículo 113.- La legalización consiste en una constancia puesta en la primera foja útil del libro o primera hoja suelta; con indicación del número que el notario le asignará; del nombre, de la denominación o razón social de la entidad; el objeto del libro; números de folios de que consta y si ésta es llevada en forma simple o doble; día y lugar en que se otorga; y, sello y firma del notario. Todos los folios llevarán sello notar

se pueda hacer uso del libro o las hojas legalizadas, no obstante haya necesidad de tomar acuerdos. En esta hipótesis se podrá hacer un documento especial que deberá ser firmado por todos los accionistas concurrentes y luego se adherirá o transcribirá al libro o a las hojas sueltas legalizadas, apenas éstos estén disponibles.

De otro lado, el acta es un documento que principalmente brinda información trascendente. La información trascendente y necesaria es aquella que permita determinar que los acuerdos se han tomado válidamente. Por ello, el artículo 135 de la LGS establece el contenido mínimo necesario, señalando que en el acta de cada junta debe constar el lugar, fecha y hora en que se realizó; la indicación de si se celebra en primera, segunda o tercera convocatoria; el nombre de los accionistas presentes o de quienes los representen; el número y clase de acciones de las que son titulares; el nombre de quienes actuaron como presidente y secretario; la indicación de las fechas y los periódicos en que se publicaron los avisos de la convocatoria; la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados.

Adicionalmente a ello, los asistentes pueden hacer constar en el acta el sentido de sus intervenciones y de los votos que haya emitido.

Un tercer momento es la **aprobación del acta**. Este acto es importante en cuanto, la propia LGS en el último párrafo del art.135 prescribe que las actas de las Juntas Generales de accionistas tengan fuerza legal desde su aprobación. Antes de ser aprobadas, los acuerdos que en ellas se hayan tomado no pueden ser exigibles ni oponibles.

En ese sentido, le cabe una gran responsabilidad al Gerente, quien es el encargado de la redacción de las actas de la sociedad, porque es quien actúa como secretario. Puede darse el caso que la redacción esté lista a poco de terminada la sesión en cuyo caso se procederá a su consultar inmediatamente su aprobación. Si el acta es aprobada la suscribirá el presidente de la junta, el secretario y cuando menos un accionista designado por los asistentes. Si el acta no está lista al término de la sesión el secretario tiene cinco días para redactarla, y antes de los diez días después de realizada la junta debe ser aprobada y firmada por el presidente, el secretario y cuando menos dos accionistas designados por los asistentes.

Esta selección de uno o dos accionistas para que suscriban el acta según esté lista o no al final de la Junta, no es aplicable para las Juntas Universales, es decir de

aquellas que se han realizado sin convocatoria. En este caso, deberán constar en el acta las firmas de todos los asistentes.

En cuanto a las actas de los Directorios, el art. 170 de la LGS establece que se aplica el mismo principio de registro y de prueba escrita que es aplicable a las actas de las Juntas Generales de Accionistas. En cuanto al contenido de las actas de Directorio, siendo una crónica de lo acontecido en la sesión, las actas deben expresar, si hubiera habido sesión: la fecha, hora y lugar de celebración y el nombre de los concurrentes; de no haber habido sesión: la forma y circunstancias en que se adoptaron el o los acuerdos; y, en todo caso, los asuntos tratados, las resoluciones adoptadas y el número de votos emitidos, así como las constancias que quieran dejar los directores.

En lo referente a la suscripción, si el estatuto no dispone alguna cosa distinta, las actas serán firmadas por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión y por los directores que se hayan elegido para tal propósito. Las actas deberán ser firmadas en un plazo máximo de diez días contados desde la celebración de la sesión del directorio. A partir de su suscripción los acuerdos adquieren validez legal

Por su naturaleza, una sociedad anónima, requiere quien la administre y la represente, es decir personas que asuman no solo la conducción al interno sino que interactúen con terceros. Para estos efectos se ha instituido las figuras de la administración y de la representación.

La LGS aborda en primer término el tema de la representación en el artículo 5º, en cuanto establece que en el acto constitutivo, los otorgantes deben nombrar a los “primeros administradores”, o en todo caso, insuficiente, puesto que más que administradores se necesita representantes, es decir de aquellas personas que den la cara por la sociedad frente a terceros; a menos que bajo el concepto de “administradores” haya querido englobar a administradores propiamente dicho, a representantes y a apoderados. Lo cierto es que en ese mismo artículo se consagra el principio de inscripción constitutiva.

Las facultades de los representantes, administradores y apoderados son derivadas, es decir provienen de alguien que tiene poder para nombrarlos como tales. A partir del acto constitutivo, donde se nombran a los primeros administradores comienza la cadena virtuosa de nombramientos, conforme sean las necesidades sociales.

El artículo 14 de la LGS ratifica y desarrolla el principio de inscripción constitutiva. Así el nombramiento de los representantes, administradores y apoderados de una sociedad anónima deben inscribirse. El ejercicio de sus facultades es válido y oponible *erga omnes* solo a partir de cuando su designación adquiere publicidad registral. Antes de la inscripción solo es oponible ante quienes le otorgaron el mandato.

Creemos que el adecuado nombramiento de representantes, administradores y apoderados es mucho más necesario cuando se trata de una sociedad anónima que tiene por objeto social la actividad financiera; en la cual las relaciones con impacto en el mundo comercial y jurídico se dan en forma permanente, intensa en número y onerosa.

Después del nombramiento de los primeros administradores en el acto constitutivo, lo cual incluye el primer Directorio y el primer Gerente, se deriva la cadena de nombramientos.

En principio el Directorio es un órgano con duración predeterminada estatutariamente. El plazo del Directorio, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 163 de la LGS no puede ser mayor de tres años, ni menor de un año. Es decir, no se nombra un Directorio con plazo indeterminado. Empero, si el estatuto ha omitido señalar el plazo de duración, deberá entenderse por defecto que el plazo es de un año. Lo anterior no implica que los directores no se puedan reelegir indefinidamente en los sucesivos Directorios.

La elección del Directorio es competencia de la Junta Obligatoria Anual. En concordancia con lo anterior, se debe señalar que así como la Junta de Accionistas tiene la atribución de nombrar, también tiene la atribución de remover a los miembros del Directorio y designar a los reemplazantes. Tengamos presente que dentro de la hipótesis que plantea el artículo 115 inciso 1 de la LGS, la voluntad imperante –tanto para dejar el directorio con un puesto vacante como para cubrir dicha vacancia con otra persona- es la del órgano colegiado que representa al accionariado,

Esta facultad de remoción y nombramiento del reemplazante sin embargo, no debe confundirse con los múltiples casos de vacancia que pueden presentarse en el desarrollo de la vida social. De acuerdo al artículo 157 de la LGS, se pueden presentar otros casos de vacancia, en los que la voluntad determinante no es siempre

la de la Junta. Así por ejemplo el fallecimiento, la renuncia, la propia remoción decretada por la Junta, y el haber incurrido en impedimento para ser Director conforme a las causales establecidas en el artículo 161 de la LGS. En todos estos casos la facultad de completar el número estatutario de miembros del Directorio, la tiene el propio Directorio, quien podrá elegir a los reemplazantes para completar su número por el período que aún le resta.

Observemos que en las causales de vacancia que recoge el artículo 157 incluye la remoción de un director; hipótesis que ya estaba prevista en el artículo 115 inciso 1 de la LGS. Se debe entender que en caso de que la Junta haya removido a un Director y no haya designado su remplazo en la misma Junta donde se trató la remoción, es el Directorio el que debe tomar la iniciativa y nombrar el remplazo igual a como lo hace en el caso de muerte, renuncia o impedimento para ser director.

Otro tema que fluye del artículo 157 es que la ley aparentemente establece que el cubrimiento de las vacantes por parte del Directorio es una potestad y no una obligación. El uso de la frase “podrá elegir” da lugar a esa interpretación. Esa alternativa resulta peligrosa en tanto, por interés o por simple negligencia, podría darse el caso que los accionistas minoritarios se queden sin representación en el Directorio, o que el Directorio se quede inoperativo. Esto revestiría particular gravedad en el caso de Directorios incompletos de empresas que forman parte del sistema financiero, en las cuales, de acuerdo a su nivel de autonomía crediticia, hay decisiones que deben adoptarse en el Directorio.

- g. En cuanto a los **aumentos de capital** y en general, las modificaciones estatutarias. Estos actos derivan siempre de acuerdos de la Junta General de Accionistas; por ende, las previsiones al cumplimiento estricto de los requisitos formales que se tienen que acatar para la validez de los acuerdos en general, son igualmente aplicables para los aumentos de capital y modificaciones de estatutos.

Debe tenerse presente que como quiera que se trata de atribuciones de la Junta General de Accionistas que requieren quorum calificado para la instalación de la Junta y mayoría calificada para la adopción de acuerdos conforme a lo regulado en los artículos 126 y 127 de la LGS, concordado con el segundo párrafo del artículo 74 y artículo 75 de la Ley General.

Uno de los aspectos que tienen que considerarse en lo referente al aumento y disminución de capital es en cuanto a la anotación de las variaciones en el libro matrícula de acciones a fin de que en lo sucesivo se verifique la participación correcta de cada accionista, con su poder votante en las sucesivas decisiones de la Junta.

De otro lado, se debe igualmente verificar que tanto los acuerdos de modificación estatutaria, así como de aumento de capital social se deben formalizar a través de escrituración e inscripción en el Registro de Personas Jurídicas, a efecto de que sean oponibles a terceros. Además porque aquella es una formalidad requerida por Ley (aumentos de capital y su modificación del estatuto, el cual supone una modificación del que se encuentra inscrito).

Un último aspecto en cuanto a los aumentos de capital es que éstos si bien deben acordarse en Junta General de Accionistas, tratándose de sociedades anónimas que dan revestimiento legal a una entidad financiera, estas deben conservar un capital mínimo de acuerdo al artículo 16 de la Ley General, y que dicho capital se actualiza trimestralmente de acuerdo al Índice de Precios al Por Mayor. Por ende, no es solo la voluntad privada de los accionistas del capital lo que determina la oportunidad de hacer un aumento de capital, sino el cumplimiento de normas legales.

Para el caso del debido cumplimiento de aumento de capital, el **riesgo legal** se materializa, una vez que este por diversos motivos no puede llegar a inscribirse, debido a que la normativa del sistema financiero, exige la inscripción del acuerdo en los registros públicos. Por ejemplo, podría darse el aumento de capital de una Caja municipal mediante la transferencia de propiedades por parte de su accionista: La Municipalidad, sin embargo, al momento de la inscripción, se verifica que dicho bien no puede ser transferido (enajenado) debido a que se trata de un bien público. Para este momento la Caja podría haber estado operando como si ya tuviera dicho capital adicional, lo cual podría suponer un exceso de límites legales (en la medida que deberá restarse de su capital el valor de los inmuebles considerados como capital aumentado).

En ese sentido, los aspectos societarios de una empresa (y las actividades que suponen estos) conllevan determinados riesgos legales que de materializarse generarán una pérdida para la empresa, por lo que es necesario evaluarlos estos como lo que son: riesgos, por lo que deberán ser identificados, evaluados, medidos y gestionados.

Es pertinente indicar que cada empresa evaluará el riesgo legal, al que se encuentra expuesta la empresa, de manera distinta. Pudiendo otorgar distinta valoración a uno y otro. Ello, en la medida que se encuentre previamente establecido por cada empresa y sea monitoreado no contraviene a la fecha ningún aspecto de la regulación, ni de lo expuesto en el presente trabajo, ya que cada empresa tiene un apetito de riesgo legal distinto.

En la medida que dicho riesgo es evaluado por el regulador (Superintendencia de Banca Seguros y AFP), y realice un monitoreo del mismo, podría recomendar -ante la detección de determinados aspectos que no están siendo identificados como riesgos legales- la gestión de determinadas actividades que no están en la esfera de gestión (como riesgo legal) de la empresa.



CAPITULO IV: EL IMPACTO DEL RIESGO LEGAL EN LAS EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO

En este punto de la investigación, se ha demostrado que el riesgo legal, no solo tiene una dimensión cuantitativa si no también una cualitativa; y que ambas se diferencian en la posibilidad de medir el impacto económico para la empresa financiera.

En ese sentido, es necesaria la existencia de una nueva definición de riesgo legal a partir de la cual se cree una metodología de gestión del mismo, la cual se encuentre en la capacidad de identificar, gestionar y mitigar ambos aspectos del mencionado riesgo.

Para que culminemos con una propuesta de metodología de riesgo legal, es pertinente empezar identificando los aspectos de concepto que deben ser modificados, respecto al mismo. En ese sentido, se considera que el riesgo legal no debe solo definirse como “la posibilidad de que procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco”, conforme a lo señalado por El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (Comité de Supervisión Bancaria Basilea, 2001), o como “posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros”, conforme a lo dispuesto en el Reglamento para el riesgo Operacional, aprobado por Resolución SBS N° 2116-2009. Este enfoque denota una imprecisa idea de que el riesgo legal solo se encuentra incluido en las actividades señaladas en dicha definición (procesos, sentencias adversas y contratos mal estructurados); más no en otras actividades realizada por la empresa, conforme ha sido descrito en el capítulo II, en los procedimientos descritos a modo de ejemplo.

La primera observación que queremos resaltar, es que para que la empresa se encuentre expuesta a una inadecuada evaluación y gestión del riesgo legal, se trataría de la insuficiente definición normativa en la legislación peruana, la cual pone poco énfasis en los riesgos legales que se pueden originar por procesos legales internos.

En efecto, los riesgos legales no solo se pueden generar por actos jurídicos con terceros que incluso pueden ser materia de procesos judiciales, sino que también se pueden presentar por procesos legales internos, ordenados por diversas normas legales. Las cuales puede no estar siendo cumplidas por diversos motivos (falta de identificación de la causa, flujo interno inadecuado, personal ineficiente, normativa ambigua, entre otros).

En ese sentido, se propone una definición académica del riesgo legal, la cual parte de la definición de riesgo legal establecida en la normativa peruana (norma SBS), a fin de que posteriormente, pueda ser utilizada para la modificación a la definición del riesgo legal a nivel regulatorio (subrayado nuestro):

“Riesgo legal: Posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros. A tal efecto deberá considerarse, tanto los aspectos cuantitativos como los cualitativos del riesgo legal en los diversos procesos desarrollados por la empresa, dado que muchas veces el riesgo legal, no se encuentra en el proceso en sí, sino este se materializa en la consecuencia de la indebida gestión de otro riesgo.”

A partir de esta modificación, los accionistas y directores de las empresas deberán desarrollar toda una estrategia de evaluación más amplia del riesgo legal en sus empresas, identificando las actividades que conllevan dicho riesgo y establecer metodologías internas definidas por cada empresa para la identificación, gestión y mitigación del mismo. Esta evaluación, solo será posible si conceptual y reglamentariamente se logra considerar al riesgo legal de manera independiente del riesgo operacional, debido a la naturaleza del primero, lo cual justifica la evaluación y tratamiento diferenciado del último. Debido a la evolución y especialización del riesgo legal a la fecha, este cuenta con criterios de identificación, gestión y mitigación distintos a los del riesgo operacional.

Es decir, es necesario que se entienda y procese el riesgo legal como una contingencia que por su propia naturaleza es distinta al riesgo operacional. El riesgo legal encuentra su origen en la debida, interpretación normativa y el incumplimiento de las mismas (tanto internas como externas).

La segunda observación que queremos resaltar es la falta de una metodología de gestión de riesgo legal, de aplicación en los procesos de las empresas del sistema, la cual es necesaria para mitigar dicho riesgo en las empresas.

4.1. Modificación regulatoria

En caso se acoja la propuesta de modificación de la definición del riesgo legal, en el Perú este riesgo se encuentra definido en el reglamento de Riesgo Operacional, aprobado por la resolución SBS Nro. 2116-2009 y se encuentra comprendido en la definición del riesgo operacional establecido en el “Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos”, aprobado mediante resolución SBS Nro. 272-2018.

En ese sentido, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, se propone eliminar de la definición de riesgo operacional la inclusión del riesgo legal (del reglamento de Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos), modificar la definición del riesgo legal (incluido en el reglamento del riesgo operacional) y establecer una definición y regulación autónoma para el riesgos legal que recoge básicamente una responsabilidad de las entidades financieras.

Para lograr estas modificaciones es solo necesario que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP emita resoluciones de modificación de los reglamentos con la inclusión de los cambios propuestos. Es decir, el resultado final será la inclusión de la definición del riesgo legal de manera independiente en el Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos y la exclusión de la definición del riesgo legal en el reglamento de riesgo operacional y además de la definición del riesgo operacional.

4.2. Propuesta de metodología del riesgo legal

Una vez propuesta la modificación del cambio de definición a nivel académico, se pretende a través del presente trabajo de investigación proponer una metodología de gestión del riesgo Legal, la cual considere como mínimo los siguientes criterios:

- a) Identificación de las actividades que desarrolla la empresa, que a criterio de esta conlleven riesgos legales asociados, por las cuales pueda quedar expuesta a una pérdida monetaria futura, debido a una inadecuada aplicación de la norma aplicable, entendiéndolo como la errónea interpretación y/o por que se encuentran expuestas a cambios normativos.

Es por este criterio que se considera que existe una diferencia entre el riesgo legal y el riesgo operacional ya que la pérdida por un error humano, de este

último, es distinto de la inadecuada aplicación de una norma por un trabajador, pues en el caso del riesgo legal, dicha indebida aplicación supone la interpretación errónea de una norma, y de este modo aplicar las normas correctamente con un análisis legal previo.

De este modo, las empresas deberán contar con un listado de procesos expuestos al riesgo legal (considerando la doble dimensión del riesgo).

- b) Clasificar las actividades más riesgosas, en función a la exposición a cambios normativos, una misma actividad que supone la distinta aplicación de normas de acuerdo al caso concreto, si la indebida gestión del proceso podría suponer una contingencia para la empresa o no, y de ser así estimar la futura pérdida a la que se encuentra expuesta, entre otras clasificaciones.
- c) Identificar si la actividad ejecutada cuenta con una normativa interna que le es aplicable, y verificar si dicha normativa fue revisada por el área legal de la empresa.

Asimismo, las empresas podrían determinar cuál sería participación del área legal en los procesos, si esta es permanente o su participación sería a modo de consulta, ante una duda legal. Ello debería estar establecido en la normativa de la empresa. Una vez dispuesto ello, será el supervisor a través de la evaluación efectuada, si es idóneo el flujo propuesto por la empresa.

- d) Revisar la correcta aplicación de la norma interna, por un abogado (del área legal de la empresa).

Para ello, el área legal de la empresa podría establecer un cronograma de evaluación, o como se señala en el párrafo anterior, participar en el flujo del proceso, de manera permanente o a manera de consulta.

- e) Incluir la revisión de (2) procesos expuestos a riesgo legal (propuestos por el área legal de la empresa), a ser revisados por el Área de Auditoría Interna de la empresa cada año, en función a la criticidad de cada proceso.

- f) De materializarse el riesgo legal, evaluar y analizar causa, a fin de establecer medidas correctivas y cambios en el proceso (desde el origen).

Lo expuesto podría documentado de la manera que se estime pertinente y ser reportado al superior jerárquico del gerente legal, a fin de que los órganos de dirección de las empresas tomen conocimiento de los riesgos legales a los que se encuentran expuestas las empresas.

A fin de verificar la eficacia de la metodología, proponemos la aplicación de la misma en un caso relativamente nuevo: “CRAC Señor de Luren”, tomando como referencia y fuente las noticias e información pública disponible:

Conforme señala la página web de Inversión y Desarrollo¹², La SBS el 18 de junio de 2015, intervino a la caja a fin de realizar una revisión del total de sus activos y patrimonio. De la revisión efectuada, se determinó que la cartera de créditos se encontraba muy deteriorada “lo cual comprometía su viabilidad y solvencia”. Ante esta situación, la Caja debía realizar aportes de capital, a fin de cubrir la pérdida de su patrimonio efectivo, por más del cincuenta por ciento.

Sin embargo, conforme a la fuente señalada, los problemas de la Caja tuvieron dos orígenes (i) las irregularidades en la administración por parte de los accionistas y gerencia, y (ii) la falta de experiencia de gestión de ciertos segmentos. Se señala que la Caja emitió cartas fianzas en enero del 2013 por S/900 mil; sin embargo, estas no fueron registradas en dicho mes (si no al mes siguiente), por lo cual un trabajador procedió a denunciar el hecho ante la fiscalía. Lo que se logró verificar por la revisiones realizadas además fue que la Caja Señor de Luren emitió cartas fianza en dos bloques, por aproximadamente s/ 245 millones, no siendo registrados 175 millones, por esta. Por otro lado, se señala que un funcionario de la SBS declaró en semana económica que *“el problema es que esta caja perdió el core de microfinanzas y empezó dar créditos comerciales e hipotecarios. El proceso de colocación tuvo problemas de identificación de riesgos, por costos de fondeo, por no poner los precios adecuados. Todas esas son cosas que se tienen que tomar en un entorno tranquilo, sano y lamentablemente acá no se produjo”*.

¹² <https://indsab.com.pe/el-caso-de-la-caja-senor-de-luren-un-problema-de-diversificacion-e-irregularidades/>

La situación descrita, conllevó a la disolución de la Caja Rural de Ahorro Señor de Luren, en el año 2015. Si bien el proceso de emisión de cartas fianzas, es un proceso sujeto al riesgo crediticio, este proceso también se encuentra expuesto al riesgo legal, el cual finalmente se materializó a través de las múltiples controversias iniciadas en contra de la entidad, tanto de carácter civil como penal y administrativo (procedimientos sancionadores SBS. Lo expuesto obedeció tanto a la incapacidad de la entidad de honrar sus obligaciones contractuales, al incumplimiento de su normativa interna, así como a la falta de identificación y por tanto gestión del riesgo legal que dicho proceso conllevaba.

Aplicando la metodología:

- a) Identificación de las actividades expuestas a riesgo legal: Se debió identificar las consecuencias de una indebida emisión de cartas fianzas como aspecto sujeto al riesgo legal.
- b) Clasificar las actividades (criticidad): Se debió haber clasificado como un riesgo alto por los detalles conocidos en el caso (montos por cuales garantizada). Sin embargo, debe evaluarse además si la entidad ofrece cartas fianzas como producto al público en general, de este modo el riesgo incrementa. A fin de gestionarlo adecuadamente, debe llevar un registro adecuado de cuántas, por cuanto monto y a qué clientes se encuentran garantizando.
- c) Normativa interna aplicable y participación del área legal en el proceso: se deberá hacer una evaluación muestral del proceso de emisión de cartas fianza misma a fin de verificar si se cumplieron los parámetros legales preestablecidos para la emisión de las mismas y si cuentan con el VB del área legal.
- d) Revisar la correcta aplicación de la norma interna, por un abogado (del área legal de la empresa). Es importante el juicio experto de este a fin de identificar riesgos legales.
- e) Revisión del proceso por el área de auditoría interna, debido a que se trata de un proceso clasificado como de criticidad "alta".

Resultados:

Con la debida identificación del riesgo legal al que se encontraba expuesta la Caja, el proceso de emisión de cartas fianza hubiese sido tratado de manera distinta, poniendo mayor empeño en su gestión y evaluación sistemática del mismo. Es por ello que resulta imprescindible la metodología de riesgo legal en todas las empresas del sistema financiero.

De este modo, los encargados de la gestión del riesgo legal, empezarán a ver que otros procesos, además de los tradicionales, se encuentran expuestos a dicho riesgo.

4.3. Incidencia en las empresas del sistema financiero

En línea con lo expuesto previamente, resulta pertinente señalar que esta investigación cobra relevancia en la medida que evidenciar la existencia de aspectos cualitativos y cuantitativos del riesgo legal, supone el punto de partida para que las empresas del sistema financiero identifiquen cuáles son actividades que por su naturaleza conllevan un riesgo legal, tomando en consideración las dimensiones previamente citadas. De este modo, muchas actividades que en el día a día de una empresa son realizadas de manera operativa sin tomar en consideración el riesgo detrás de estas, hoy, serán analizadas con otra perspectiva.

Una primera tarea por efectuar a realizar por las empresas es hacer un due diligence integral de la empresa del sistema financiero, tomando, como hemos expuesto en el párrafo anterior, todos los riesgos legales identificados en las actividades realizadas por aquellas. Una vez identificados se debe hacer el ejercicio de determinación o aproximación de la posible pérdida, tomando también en consideración las consecuencias de los procedimientos. Y finalmente establecer los controles necesarios en cada actividad para mitigar el riesgo legal.

El resultado final, será un documento que plasme el apetito del riesgo legal que toma cada empresa del sistema financiero, la identificación de éstos y su manera de gestionarlos y mitigarlos, todo lo cual deberá ser puesto en conocimiento del regulador para que éste en primer lugar conozca el apetito asumido por cada empresa y si es adecuada la gestión realizada por las mismas, en función al

apetito asumido. Asimismo, al ser nueva dicha propuesta supondrá la evolución tanto en la gestión del riesgo legal de las empresas como del regulador, por lo que más adelante podría suponer la emisión de una regulación propia de riesgo legal en la normativa peruana.

4.4. Criterios para identificar riesgos vinculados a la gestión de aspectos societarios en las empresas del sistema financiero.

- Revisión del cumplimiento de normas legales externas e internas:

Tanto para la publicación de las convocatorias de juntas generales de accionistas como de sesiones de directorio, elaboración de actas, revisión de quorum de juntas y sesiones, entre otras actividades, deberá establecerse un filtro de revisión legal a ser realizado y evaluado antes de la emisión del documento, de este modo los requisitos a cumplirse deberán encontrarse claramente normados internamente incluyendo la descripción de las responsabilidades de cada encargado para su cumplimiento. El conocimiento y debido cumplimiento supone la realización periódica de capacitaciones efectuadas al personal encargado.

Además del filtro ex ante, nunca está de más realizar revisiones ex post a las actividades en las que se ha identificado que se hallan expuestas a riesgo legal, para que de esta manera, se mitigue la materialización del daño, y puedan ser aplicados los correctivos.

- Conocimiento pleno y negociación de los acuerdos tomados en JGA y Sesión de Directorio.

Ya que la JGA y Directorio son los órganos de la empresa, que toman las decisiones más importantes, debe velarse porque los temas que se discutan en su seno decisiones que se tomen sean deliberadas y decididas con un previo conocimiento técnico que las respalde y que dicha información sea puesta en conocimiento de accionistas y directores con un tiempo prudencial anterior a la fecha de la Junta o la Sesión de Directorio. Así, cualquier duda, consulta o comentario, podrá ser discutido en junta o sesión, según sea el caso, y tomar decisiones con un conocimiento pleno. De este modo, se minimiza la posibilidad de que alguno de los integrantes quiera cuestionar o impugnar los acuerdos, mediante recursos legales (lo cual debería estar previsto por el

encargado de la gestión del riesgo legal de la empresa, en consideración con el apetito del riesgo legal asumido).

Este punto, debería ser parte de la política del riesgo legal de la empresa (por parte de gestión de riesgo legal de los aspectos societarios).

4.5. Graficando la cadena de evaluación del riesgo legal: ejemplos

La cadena de evaluación del riesgo legal se desarrolla en las siguientes etapas:

- a. Identificación del riesgo legal
- b. Criticidad del procedimiento expuesto a riesgo legal
- c. Propuesta de mitigación
- d. Adopción de acciones correctivas
- e. Detalle de consecuencias probables en caso de no adoptarse acciones correctivas, a fin de saber a qué se encuentra expuesta la empresa si se materializa el riesgo.
- f. Control posterior o permanente del riesgo identificado.

A continuación, dos ejemplos de riesgo legal:

4.5.1. Ejemplo 1: Falta de revocatoria de poderes de ex trabajadores de las empresas

Presentaremos un ejemplo de la dimensión cualitativa del riesgo legal.

Identificación del riesgo: No revocar los poderes de los trabajadores que cesan en una empresa del sistema financiero, pues de este modo existe la posibilidad de que puedan contratar a nombre de la empresa, generando obligaciones, lo cual - ante el desconocimiento- podría generar futuras demandas, incurrir en gastos no previstos, entre otros.

En ese sentido, lo que no debe suceder es que un ex trabajador cese sus labores sin que se le haya revocado su poder por el órgano correspondiente, inmediatamente a ello debe iniciarse el procedimiento de la inscripción de la revocatoria del poder ante los registros públicos.

Propuesta de mitigación: Desarrollar al interior de la empresa una norma que regule el flujo desde el otorgamiento, la gestión, hasta la revocatoria de poderes de los funcionarios de las empresas. La misma debe incorporar -sobre todo- disposiciones sobre la revocatoria de poderes, establecer las responsabilidades y funciones de cada área (por ejemplo recursos humanos, el departamento legal, entre otros). Es imprescindible incorporar en el procedimiento la comunicación del cese a los órganos de dirección para que estos adopten el acuerdo de revocatoria de poderes, estableciéndose periodos cortos (días) para que se logre ello.

Acciones correctivas: Deberá evaluarse el procedimiento establecido de manera periódica, a fin de determinar si se cumple la norma interna que la empresa haya desarrollado, y se verifique la revocatoria e inscripción de los poderes de ex -trabajadores. En caso se verifiquen incumplimientos, se deberán establecer medidas correctivas, las cuales podrían ser desde la inclusión de un control adicional en el cumplimiento de la normativa o modificación del flujo del procedimiento siendo necesaria la reasignación de responsabilidades, entre otros.

Control posterior o permanente: Como se ha señalado en el párrafo anterior, a fin de mitigar el riesgo identificado -de manera periódica- la empresa podría disponer la evaluación de una muestra de las revocatorias de poderes de los últimos trabajadores cesados de la empresa, a fin de verificar el estado en el que se encuentra cada caso (poder revocado, revocación inscrita, poder sin revocar o poder revocado no inscrito por demora atribuible a la empresa) y de este modo tomarse las acciones correspondientes.

4.5.2. Ejemplo 2: Indebida clasificación y registro de provisiones por las demandas en contra de las empresas del sistema financiero

Presentaremos un ejemplo de la dimensión cuantitativa del riesgo legal.

Identificación del riesgo: Cuando una empresa del sistema financiero es demandada, la contingencia debe ser clasificada como probable, posible o remota (conforme al Manual de Contabilidad de las empresas del sistema financiero), luego de evaluado el caso desde una perspectiva legal. Es importante dicha evaluación en la medida que de acuerdo a la clasificación otorgada, se deberá o no provisionar la demanda en contra de la entidad financiera (y por tanto ésta contar o no con un “colchón” ante la materialización de la contingencia). En caso

exista una inadecuada evaluación del riesgo y se obtenga sentencia desfavorable para la entidad (no prevista), esta no se encontrará coberturada por no haber provisionado con anterioridad, lo cual supone una pérdida de dinero no prevista. Tomando en consideración que son miles las demandas/denuncias que se realizan en contra de las empresas del sistema financiero, es una contingencia que debe tomarse con consideración.

La potencial pérdida económica es fácilmente medible, tomando en consideración el petitorio de la demanda, o si se trata de una demanda, denuncia, entre otros aspectos.

Propuesta de mitigación: Para realizar una adecuada evaluación legal de las demandas en contra, en primer lugar las empresas deben contar con abogados capacitados para ello, así como desarrollar una normativa interna (aprobada por el órgano correspondiente) que establezca los criterios de evaluación de demandas y denuncias en contra, las consecuencias de cada clasificación, así como los criterios de cuando corresponde cada clasificación.

De este modo, la evaluación de las contingencias legales no quedará al criterio subjetivo de cada abogado, si no que se guiará por las pautas preestablecidas por la gerencia legal, las cuales deberían estar aprobadas por la gerencia general u otro órgano superior.

Por otro lado, se deberá establecer un procedimiento de revisión periódica de las clasificaciones de las contingencias legales, a fin de verificar si existen cambios en el estado de las controversias que supongan una reclasificación de estas (por ejemplo, una resolución de primera instancia en contra). Esta revisión, deberá ser presentada por cada abogado a la gerencia legal y este a su vez, presentar los casos más relevantes a su superior jerárquico.

Acciones correctivas: De verificarse una indebida clasificación de las controversias, la falta del registro de provisiones o una recurrente materialización de sentencias en contra (sin contar con provisiones al respecto), se deberá evaluar si los criterios preestablecidos en su norma interna son muy flexibles o si requieren cierto grado de ajuste, a fin de que las provisiones que se registran se adecúen lo más posible a la realidad del desenlace las contingencias en contra de la empresa financiera.

Control posterior o permanente: Realizar evaluaciones periódicas de la totalidad de demandadas o denuncias en contra, a fin de verificar la correcta clasificación y registro de provisiones de estas.



CONCLUSIONES

- En el trabajo de investigación, se desarrollaron las definiciones de riesgo y riesgo legal existentes y como este último ha sido incluido hoy en día en la legislación peruana. Asimismo, se ha identificado que parte de la problemática de la falta de una debida gestión del riesgo legal es la falta de concientización que se tiene de la doble dimensión de los aspectos cuantitativos y cualitativos del este riesgo, que deben ser evaluados y gestionados.
- La evolución del riesgo legal a la fecha, y madurez del mismo ha generado la necesidad de gestionarlo de manera independiente en las empresas del sistema financiero; lo cual conlleva consecuentemente a la separación de este del riesgo operacional debido a la naturaleza misma del riesgo legal.
- La problemática identificada es relativamente nueva, ya que con anterioridad no existían tantos riesgos legales a los cuales se encontraban expuestas las empresas; sin embargo, hoy, como señala Marcelo Zarate, el riesgo legal ha evolucionado; por lo que se justifica su análisis, evaluación y gestión de manera independiente al riesgo operacional.
- En ese sentido, a lo largo del trabajo, con ejemplos ilustrativos, se explicó qué se entiende por aspecto cualitativo y cuantitativo del riesgo legal. Ello como justificación de la posible solución a la problemática identificada: la propuesta de una definición académica del riesgo legal más amplia, así como la propuesta de una metodología de gestión del riesgo legal de manera independiente al riesgo operacional. De este modo se logrará dar un valor, no solo a los aspectos cuantitativos sino también a los cualitativos de este riesgo que sean identificados, a fin de sea adecuadamente gestionado y se logren estimar las futuras pérdidas de manera más precisa.
- Por las conclusiones precedentes, es que se considera necesario un cambio en la regulación y definición de riesgo legal, la cual incluya tanto su dimensión cualitativa como la cuantitativa. Lo expuesto, en conjunto con la aplicación de la metodología de riesgo legal -con un mayor desarrollo (y evaluación)- permitirá, a futuro, exigir un requerimiento de capital más adecuado a los riesgos (incluyendo los legales) a los que se encuentran las empresas del sistema financiero, gracias a la adecuada identificación y medición de los riesgos legales en dichas empresas, puesto que se logrará una mejor aproximación de las posibles pérdidas a las que se encuentran

expuestas las empresas, las cuales en el futuro deberían calcularse mediante la aplicación de la metodología de exposición del riesgo legal.

- Se propone como definición académica del riesgo legal, la siguiente:
“Riesgo legal: Posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros. A tal efecto deberá considerarse, tanto los aspectos cuantitativos como los cualitativos del riesgo legal en los diversos procesos desarrollados por la empresa, dado que muchas veces el riesgo legal, no se encuentra en el proceso en sí, sino este se materializa en la consecuencia de la indebida gestión de otro riesgo.”
- Una vez que se cuente con una metodología de evaluación del riesgo legal, las empresas del sistema se encontrarán en la capacidad de identificar los riesgos legales a los que se encuentra expuestas, de este modo el Directorio deberá tomar la decisión de asumir un apetito determinado y finalmente establecerá una política interna para la gestión del riesgo legal. Lo cual no podrá dejar de considerar la gestión mínima requerida por el regulador. La política de gestión de riesgos legales establecidos por cada empresa deberá de cumplirse a cabalidad por las mismas, en la medida que ha sido establecido por su Directorio.
- Se propone como metodología de evaluación del riesgo legal, la siguiente:
 - a) Identificación de las actividades que desarrolla la empresa.
 - b) Clasificar las actividades más riesgosas.
 - c) Identificar si la actividad ejecutada cuenta con una normativa interna que le es aplicable.
 - d) Revisar la correcta aplicación de la norma interna, por un abogado (del área legal de la empresa).
 - e) Incluir la revisión de (2) procesos expuestos a riesgo legal (propuestos por el área legal de la empresa), a ser revisados por el Área de Auditoría Interna de la empresa cada año.

- f) De materializarse el riesgo legal, evaluar y analizar causa, a fin de establecer medidas correctivas y cambios en el proceso (desde el origen).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Normas

SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS Y AFP
2017 Resolución SBS N° 272-2017. Reglamento de Gobierno Corporativo y Gestión Integral de Riesgos. Lima, 18 de enero.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS Y AFP
2009 Resolución SBS N° 2116-2009. Reglamento para la gestión de riesgo operacional. Lima, 02 de Abril.

Libros

DELOGU, B.
2016 Risk Analysis and Governance in EU Policy Making and Regulation. Suiza: Springer.

FENWICK, M., & WRBKA, S.
2016. Flexibility in Modern Business Law. Japan: Springer

MCCORMICK, R., & STEARS, C.
2018. Legal and Conduct Risk in the financial markets. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.

Artículos

AMBRUS, M., RAYFUSE, R., & WERNER, W.
2017. "Imagining Risk in various functional fields of international law". En The risk and the regulation of uncertainty in international law. Oxford.

RACCAH, A.
2016 "Reframing legal risking UE Law". En Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe. Springer. págs. 3-22.

Otros

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA BASILEA
2001 Debida diligencia con la clientela de Bancos. Basilea: BIS.

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA BASILEA
2003 Buenas prácticas para la gestión y supervisión del riesgo operativo. Basilea: BIS.

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA BASILEA
2004 Buenas prácticas para la gestión y supervisión del riesgo operativo. Basilea: BIS

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA BASILEA

2012 Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz. Basilea: BIS.

Web

EUR-LEX

Eur- Lex. Consultado en abril de 2018

<http://eur-lex.europa.eu/legal content/ES/TXT/?uri=celex:32006L0048>

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS.

BIS. Consultado en Julio de 2018

www.bis.org/publ/cmtpubl.htm?m=5%7C28

