

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO REGULATORIO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN ANUAL

“La Gestión de Riesgos en los servicios jurídicos aplicados a las actividades reguladas”

INVESTIGADOR

Francisco Javier Torres Madrid

Lima – Perú

2019

Dedicatoria

A los profesionales en la ciencia jurídica, quienes al asimilar la información que se intenta verter en el presente trabajo, se les invitan a traducirla en conocimiento y alerta temprana para un redimensionamiento en sus métodos de trabajo, producto de la actual tendencia de colaboración en equipos de trabajo multidisciplinarios, asunto que trasciende más allá de la actividad regulatoria.

Agradecimientos

A Dios, por permitirnos acceder a educación y conocimiento, pero por sobre todo guía para llevar a cabo proyectos de investigación como este,

A nuestra Casa de Estudios, la Universidad de San Martín de Porres, por apostar por la investigación y promoverla así como proporcionarnos bibliografía y los espacios necesarios como los centros de estudio e Investigación.

CONTENIDO

Dedicatoria.....	2
Agradecimientos	3
Glosario de Términos y Siglas.....	6
Capítulo I Planteamiento del Problema.....	7
1.1 Descripción del Problema	7
1.2 Formulación del Problema	7
1.3 Objetivos	7
1.3.1 Objetivo Principal	7
1.3.2 Objetivos Específicos.....	8
1.4 Hipótesis.....	8
1.5 Justificación.....	8
Capítulo II Metodología de la Investigación	8
2.1 Diseño Metodológico	8
2.2 Método	8
2.3 Etapa de la Investigación.....	9
2.3.1 Etapa Inicial de Gabinete.....	9
2.3.2 Etapa Final de Gabinete.....	9
Capítulo III Estado actual de los servicios jurídicos	10
3.1 El servicio jurídico	10
3.2 La tendencia en la prestación de los servicios profesionales	11
Capítulo IV El Riesgo en la actividad jurídica.....	11
4.1 La noción del Riesgo.....	11
4.2 Historia de la Gestión de Riesgos	14
4.3 El Riesgo en el Derecho	15
4.4 El Riesgo en el Derecho Privado.....	15
4.5 El Riesgo en la Contratación Estatal	16
4.6 El Riesgo en el Derecho Ambiental	17
4.7 La Gestión del Riesgo en el Sistema Nacional de Control	18
Capítulo V Metodología para la Gestión de Riesgos	20
5.1 Priorización	21
5.2 Evaluación de Riesgos	23
5.3 Medidas de Control	26
Conclusiones:.....	26
Fuentes de Información.....	26

Índice de Cuadros

CUADRO N° 1.....	19
CUADRO N° 2.....	24
CUADRO N° 3.....	24
CUADRO N° 4.....	25
CUADRO N° 5.....	25

Glosario de Términos y Siglas

Actividad Regulada: Implica aquella actividad económica que se presta bajo un régimen económico y de funcionamiento con intervención estatal tanto para el establecimiento de reglas a nivel normativo y contractual, la supervisión de la eficacia de dichas reglas y la fijación de la contraprestación por la realización de dichas actividades, concebida esta última como una Tarifa.

Gestión de Riesgos: Implica el conjunto de actividades coordinadas para dirigir y controlar la organización con relación al riesgo.

Impacto: Es el resultado o efecto de un evento. El impacto de un evento puede ser positivo o negativo sobre los objetivos relacionados de la entidad/dependencia.

Probabilidad: Implica la posibilidad de que un evento determinado suceda, posibilidad ésta que se encuentre definida, medida o determinada objetiva o subjetivamente, cualitativa o cuantitativamente, y descrita utilizando términos generales o matemáticos, como una probabilidad matemática o una frecuencia en un periodo de tiempo determinado.

Riesgo: Constituye la posibilidad de que ocurra un evento adverso que afecte el logro de los objetivos de un proyecto.

Servicios Públicos: Servicios de interés general cuyo uso está a disposición del público a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de la oferta técnica que ofrecen los operadores. Estos servicios tienen por objeto la producción de bienes y actividades dirigidos a realizar fines sociales, como el de satisfacer las necesidades de una comunidad, no solo en términos económicos, sino también en términos de promoción social, promoviendo de este modo el desarrollo económico y civil de un país.

Capítulo I Planteamiento del Problema

1.1 Descripción del Problema

El propósito de este trabajo es conocer e identificar el sistema de Gestión de Riesgos, a fin de difundir sus conceptos básicos en la comunidad del Derecho Regulatorio y otras áreas afines, procurando una mejora en las capacidades cognitivas del profesional jurídico.

El desarrollo de la ciencia jurídica aplicada ha surgido sobre la base de conceptos y análisis con una importante cuota de subjetividad, al punto que resulta altamente probable encontrar enfoques disimiles e incluso antagonistas en casos de media o baja complejidad. Esta situación ha permanecido detrás del velo de la amplitud de criterios en el Derecho y bajo la premisa dogmática que cada caso es absolutamente distinto a otro y que por tanto no existe predictibilidad siquiera en el análisis de los *Iuris Peritus*, siendo por ende difícil la estimación del *dictare iudicium*.

Actualmente, en las actividades reguladas confluyen un sinnúmero de disciplinas profesionales y técnicas, las cuales desarrollan ideas y propuestas con el objetivo de optimizar procesos y solucionar problemas, para lo cual es necesario contar con un derrotero común que sirva de herramienta para un análisis metódico, concreto y objetivo que permita tomar las mejores decisiones. Es en este nuevo entorno en el cual el profesional jurídico tiene el reto de incursionar, brindando sus conocimientos bajo un “lenguaje nuevo”, entendido así en un equipo de trabajo basado en la cooperación mutua.

1.2 Formulación del Problema

¿Es posible que el profesional jurídico internalice la Gestión de Riesgos en actividades reguladas como una herramienta idónea para su desenvolvimiento en grupos multidisciplinarios?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo Principal

Describir la importancia de la Gestión de Riesgos en el quehacer profesional y técnico en las actividades económicas, con énfasis en las actividades reguladas.

1.3.2 Objetivos Específicos

Describir la metodología utilizada en el ámbito público y privado para la Gestión de Riesgos en el Perú, a efectos de socializar sus alcances para su posterior implementación.

1.4 Hipótesis

Existe la posibilidad de adoptar nuevos mecanismos para el análisis jurídico y resultados concretos y cuantificables, basados en la metodología de la Gestión de Riesgos en actividades reguladas.

1.5 Justificación

El propósito de este trabajo se justifica en la necesidad académica de conocer tanto a nivel teórico como práctico, los conceptos y características más relevantes de la Gestión de Riesgos en el Perú, como vehículo para una mejor integración del profesional jurídico en el quehacer regulatorio y con ello aportar de mejor forma a su desarrollo, tanto en el ámbito público como en el privado.

Capítulo II Metodología de la Investigación

2.1 Diseño Metodológico

El presente trabajo de investigación se desarrolla a partir del estudio del Derecho y sus variantes. Además de realizarse un análisis respecto al empleo práctico las herramientas de Gestión de Riesgos en actividades reguladas. En ese sentido, el presente proyecto de trabajo desarrolla los aspectos básicos y del mismo modo, se describe el estado actual que justifica la toma de medidas en el ámbito público y privado en esta área. De esta forma, es importante precisar que la presente investigación adquiere especial importancia debido a la necesaria urgencia de la adecuación de la profesión jurídica en un mundo de trabajo enfocado en la colaboración multidisciplinaria, con lo cual se aspira a constituir un aporte al desarrollo profesional en el país.

2.2 Método

En el presente trabajo de investigación se describen las distintas características y alcances de la Gestión de Riesgos en actividades reguladas, desarrollando el impacto

de su implementación en el quehacer jurídico actual. De esta forma, el método de investigación es básico, ya que busca desarrollar una nueva forma de análisis jurídico en actividades reguladas, procurando una mejor adecuación a un entorno cambiante.

Asimismo, tiene un diseño no experimental, porque se realiza sin manipular la información de campo. En ese sentido, se busca observar los indicadores y supuestos de desarrollo conforme a como hayan sido implementados en esta área de trabajo para después analizarlos y llegar a conclusiones de investigación que permitan ser una guía de trabajo importante para los interesados en esta área del derecho.

- **Tipo**

- Investigación Transaccional: Debido a que la evaluación se realizó en un tiempo determinado. Es preciso señalar que, se tomará en consideración el desarrollo actual de los servicios jurídicos y el contexto de un entorno de trabajo cooperativo multidisciplinario.

- **Nivel**

- Exploratorio: Toda vez que a través del presente trabajo se busca tener un primer acercamiento científico al eventual problema de la obsolescencia de los servicios jurídicos.

2.3 Etapa de la Investigación

2.3.1 Etapa Inicial de Gabinete

En esta primera etapa se ha buscado información en las diferentes bibliotecas de las distintas universidades de Lima y entidades gubernamentales e internet (publicaciones de reconocidas revistas del derecho y demás ciencias que coadyuvan a la primera), así como la estructuración del plan a trabajarse por los investigadores del Centro de Estudios. En ese sentido, el referido trabajo responde a un plan organizacional de esfuerzos que terminan coadyuvando a realización de la presente investigación.

2.3.2 Etapa Final de Gabinete

En esta etapa se han efectuado los ajustes necesarios, para afinar tanto aspectos de forma como de fondo. En los aspectos de forma, se han cerrado detalles de metodología, así como de la estética propia de todo trabajo de investigación. En los aspectos de fondo se han terminado de ajustar los términos de referencia así como culminar el desarrollo de bibliografía y conceptos a precisar. De esta manera, para la estimación de la importancia del empleo de la Gestión de Riesgos, se han realizado consultas bibliográficas a distintos organismos del Estado vinculados a la materia, así como consultas a expertos profesionales que tienen vinculación directa o indirecta con este mercado a trabajar.

Capítulo III Estado actual de los servicios jurídicos

3.1 El servicio jurídico

Los servicios profesionales en una sociedad, son el resultado principalmente de dos factores: la oferta educativa disponible, teóricamente sujeta a las necesidades del mercado y la demanda que el mercado dicta, conforme a sus necesidades.

El resultado a nivel de la educación superior arroja al mercado profesionales conocedores de normas generales y en algunos casos, por motivo de distinguir productos en un mercado competitivo, se pone énfasis en el conocimiento de normas en las materias estándar del mercado: Civil, Penal, Empresarial, Administrativo, entre otros. Prácticamente toda la capacitación jurídica gira en torno al conocimiento de conceptos, principios, alcances, características, derechos, obligaciones y excepciones, los cuales se desarrollan bajo el mismo esquema lógico, argumental, cualitativo y por tanto altamente subjetivo, al punto que los análisis que bajo la Ciencia del Derecho se realizan, resultan tener múltiples posibles resultados, situación que contrasta con respecto a otras ciencias exactas.

Incluso, el propio lenguaje jurídico contribuye a la ambigüedad en las concepciones y juicios de valor efectuados por los abogados. Al respecto, Carrió en prólogo a Hohfeld, indica que se realiza un empleo ambiguo de un mismo término que se utiliza para describir situaciones distintas, o recurra a una prescindible batería de sinónimos perfectos, en la creencia errónea de que las distintas palabras identifican o aíslan situaciones también distintas, incluso existiendo la tendencia a confundir o mezclar los conceptos no jurídicos con los conceptos jurídicos, lo cual consiste en la ambigüedad y falta de precisión en la terminología jurídica; por lo que se exige

efectuar delimitaciones más o menos drásticas en los lindes imprecisos de los términos jurídicos vigentes.

3.2 La tendencia en la prestación de los servicios profesionales

El alcance de los servicios jurídicos se enmarca en actividades preventivas y correctivas de cara a la defensa de los legítimos intereses de los usuarios. Tradicionalmente se ha considerado que los servicios correctivos implicarían menores costos, sin embargo la casuística demuestra lo contrario, siendo que actualmente toma mucha importancia la necesidad de anticiparse a las eventualidades negativas que acompañan al desarrollo de una actividad, generalmente económica, lo cual en el balance final genera menores costos.

En ese sentido, los servicios jurídicos se deben adecuar a la exigencia de mercado que consiste en análisis y acciones preventivas. Dicha necesidad se ha venido atendiendo sobre el clásico esquema subjetivo y de múltiples interpretaciones que generan ambigüedad en las posiciones jurídicas sobre un tema en particular.

Capítulo IV El Riesgo en la actividad jurídica

La noción del Riesgo

La palabra riesgo tiene su origen en el árabe “rizq” que significa “lo que depara la providencia”. Tiempo después, este término fue adoptado por el italiano como “rishio”, aunque por otra parte, muchos afirman que su etimología es la misma de “risco”, “peñasco alto”, de ahí el peligro. Al consultar el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, observamos que Riesgo es definido como la “contingencia o proximidad de un daño”.

En el desarrollo de sus actividades, el ser humano toma decisiones bajo la permanente consigna de mejorar o mantener su status quo. En el transcurso de dicho camino, se enfrenta a incertidumbres, concebidas como la ignorancia de la existencia de acontecimientos futuros o la finalización de eventos en curso.

Un factor constante en el proceso de toma de decisiones, constituye el hecho que la incertidumbre, el riesgo y su impacto son directamente proporcionales, es decir, que en la medida que no haya fuentes de información y conocimiento que permitan tomar medidas de contingencia respecto a hechos futuros, se manifiesta en su esencia el riesgo, ante lo cual las consecuencias de cara a la concreción del riesgo en la realidad, resulta ser cada vez más alta.

En esta línea, resulta necesario contemplar la figura de la incertidumbre, la cual puede concebirse como la situación en la que puede ocurrir más de un acontecimiento, pero no se conoce cuál. Tal es el caso de los agricultores que siembran y están inciertos sobre el clima durante la temporada de cultivo (Parkin, 2006).

Considerando ello, cabe identificar claramente el significado contextual del Riesgo. Al respecto, se define al riesgo como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos; siendo el efecto entendido como una desviación respecto a lo previsto, que puede ser positivo, negativo o ambos, y puede abordar, crear o resultar en oportunidades y amenazas; por otro lado, los objetivos pueden tener diferentes aspectos y categorías, y se pueden aplicar a diferentes niveles (International Organization for Standardization, 2020).

En términos económicos, podemos definir Riesgo como “la posibilidad de que un evento pueda ocurrir, y pueda ocasionar una pérdida financiera para una compañía”.

En términos empresariales, el riesgo lo componen aquéllos elementos que pueden generar incertidumbre o inestabilidad al interior de una empresa.

Como puede apreciarse, todas estas definiciones reflejan un cierto carácter negativo y de incertidumbre. Sin embargo, en finanzas, por ejemplo, entender los riesgos, medirlos y gestionarlos, hace que éstos se conviertan en una oportunidad en el largo plazo, a través de actividades tales como la maximización de la rentabilidad, reducción de costes, adecuación de precios, o incluso oportunidades de negocio identificadas en el marco de un riesgo identificado y gestionado a tiempo.

La gestión de riesgos está cobrando cada vez más importancia en el ámbito de profesional vinculado al desarrollo de proyectos. En la actualidad es uno de los parámetros principales de las organizaciones y concierne a todos los sectores de las organizaciones.

Todos los profesionales de la gestión de riesgos, sea cual fuere su posicionamiento, necesitan herramientas para anticipar y reaccionar a las potenciales agresiones que puede sufrir una empresa o institución pública.

Gestionar los riesgos implica conocerlos, es decir, identificarlos y evaluarlos, por lo que para conseguir dichos objetivos, son necesarios distintos enfoques. Es el principio de diagnóstico de riesgos, una misión clave de todo administrador de riesgos.

Asimismo, cabe indicar que una correcta gestión de riesgos resulta vital a efectos de priorizar actividades preventivas y/o correctivas en proyectos en fase pre operativa u operativa. A modo de ejemplo, se puede plantear que en un proyecto para presentar en el mercado un producto para el consumo humano, la empresa proveedora dimensiona los riesgos a los que se enfrentará por su actividad e identifica “riesgos pequeños”. De ser así, no le convendrá al consumidor

prestar atención a las advertencias; por la misma razón, el fabricante no ganará muchas malas voluntades cuando las cumple en los muy pocos casos en que alguien resulte lesionado, es por ello que el Estado, frente a este evidente comportamiento del proveedor, rechaza apoyar a quienes niegan su responsabilidad por las lesiones personales acarreadas por los accidentes causados por productos proveídos al consumo humano (Posner, 1998).

La industria vinculada a los Servicios Públicos viene afrontando el incremento de costos y nuevos desafíos regulatorios, dentro de los cuales la gestión de riesgos ocupa un lugar determinante (Oracle, 2011), con el objetivo de conservar los resultados planificados.

Los factores de riesgo históricos, como es el caso de materias primas con valor de precio internacional fluctuante, aspectos vinculados al devenir geopolítico, así como otros aspectos, han vuelto más complejos los emprendimientos en la industria que se encarga de satisfacer necesidades básicas en la sociedad, estando hora más ligadas a las influencias macroeconómicas que a los factores físicos de demanda y oferta.

Asimismo, existen proyectos de infraestructura que implican desafíos destacables, tanto en logística, planeamiento y ejecución (Oracle, 2011), donde el análisis de riesgo resulta una herramienta determinante; lo que gatilla que la inversión y financiamiento en industrias reguladas, constituyan propuestas de negocio cada vez menos estable en términos de riesgos.

Adicionalmente a lo indicado, la evolución social y la exigencia de una mayor transparencia en la toma de decisiones en la gestión pública vienen cambiando las reglas del juego, lo cual exige un nivel de minuciosidad de cara al análisis de riesgos cada vez más latentes y cuyas consecuencias resultan más lesivas, como es el caso de la corrupción. Como consecuencia de todos los aspectos antes mencionados, se genera una cada vez más estricta supervisión gubernamental y mayor atención y eventual censura social, por lo que el riesgo del proyecto se incrementa y la gestión del mismo resultará fundamental.

En este escenario, la Gestión de Riesgos se presenta como una herramienta idónea para optimizar el desarrollo de proyectos, tanto en el ámbito público como privado, buscando anticiparse a los sucesos adversos en el desarrollo del mismo, teniendo claro el rumbo de pasos para la mitigación de los efectos de dichos sucesos, estableciendo prioridades para la asignación presupuestaria y de recursos humanos a cargo del proyecto, entre otros aspectos, todo ello bajo la premisa que los costos por acciones preventivas resultan ser menores a medidas correctivas, con las consecuencias colaterales que estas últimas conlleven.

4.1 Historia de la Gestión de Riesgos

Si bien es cierto que existen antecedentes de la determinación de elementos numéricos para llevar registros y tomar decisiones, que datan de 450 a.c., con intervención de las culturas grecorromanas, indias y árabes (Ballarín Garnica, 2009), es a partir de la obra de Luca Pacioli, denominada *Summa de arithmetica, geometria, proportioni et proportionalita* de 1494, en pleno Renacimiento, donde se sientan las bases para la cuantificación de riesgos en las actividades realizadas por la sociedad, principalmente actividades económicas que incluyen las lucrativas, proscritas en tiempos pasados por ser calificadas como heréticas.

Frente a la incertidumbre de la ocurrencia de eventos en el futuro o de eventos presentes pero inacabados, se plantea un problema que se busca solucionar, no bajo argumentos subjetivos, sino sobre la base de la aritmética. La solución del problema conducirá al análisis sistemático de la noción de probabilidad, dicho de otra manera, de la certeza de que alguna cosa se produzca o no, con lo cual se inicia el camino de la cuantificación del riesgo (Ballarín Garnica, 2009).

No es sino hasta en 1662, cuando se sientan las bases finales de la gestión de riesgos. En dicha época, se publicó la obra *Natural and Political Observations made upon the Bills of Mortality* (Observaciones naturales y políticas sobre los boletines de mortandad), con el propósito de acopiar los datos de nacimientos y muertes en Londres, durante 1604 hasta 1661, utilizando por vez primera la toma de muestras para la realización de estadísticas sociales, toda vez que aborda el problema de los datos, que conforman la "materia prima" de la gestión del riesgo en todas sus formas. A partir de los datos estadísticos, se puede apreciar no solo la frecuencia de la ocurrencia de un hecho que podría derivar en peligro, sino además el impacto de cada hecho y los costos que ello conlleva, lo cual podría ayudar a justificar la inversión en medidas para la mitigación, ello de acuerdo a un sistema lógico de priorización basado en la probabilidad e impacto de cada situación de riesgo eventual. De esa manera, por ejemplo, en dicha obra se realiza un paralelismo con fenómenos naturales, los cuales según la información estadística, ocurren bajo cierto patrón periódico y genera históricos desastres en la propiedad, salud y vida de las personas en la sociedad. Así, se pueden realizar múltiples inferencias lógicas, basadas en la evidencia estadística, como por ejemplo, que los individuos no se arriesgarán a morir ante dichos fenómenos naturales, lo cual no impide que grandes cantidades de personas se asusten en demasía por el sonido de un trueno. Como conclusión de ello, se puede indicar que el miedo al peligro debería ser proporcional tanto a la gravedad de la amenaza como a la probabilidad de que se produzca realmente.

Finalmente en tiempos más cercanos, la gestión de riesgos moderna se inicia en la década de 1960 en Estados Unidos, derivada de los costos de seguro, más concretamente del seguro de accidentes de trabajo.

4.2 El Riesgo en el Derecho

Indudablemente, el Derecho como instrumento para regular las conductas humanas, prevé la ocurrencia de eventuales situaciones futuras, frente a las cuales deben regir las reglas previamente establecidas, lo cual constituye un reto a la imaginación.

En ese sentido, a lo largo de distintas disciplinas que engloba el Derecho, se aprecian el empleo del concepto de Riesgo, cada cual con sus matices y aplicaciones prácticas. Prácticamente en todas las ramas del Derecho, el concepto de riesgo se encuentra presente.

4.3 El Riesgo en el Derecho Privado

Se estiman distintas modalidades de contratación en nuestra sociedad, tal es el caso del comercio exterior, donde se manifiestan en los conocidos incoterms, los cuales son formas de gestión de riesgo que buscan asignar responsabilidades en distintos niveles a compradores, vendedores e intermediarios.

Así, se tiene el caso de un contrato para el suministro de un bien que traslada el riesgo de pérdida al comprador, cuando el vendedor entrega los bienes a un transportista. El transportista se considera el agente del comprador en cualquier situación en la que el contrato no incluya un requisito para que el vendedor entregue la mercancía a un destino específico. Con frecuencia, el uso de ciertas frases de suministro crea un contrato de suministro:

1. FOB (libre a bordo), a veces con "punto de origen", "planta del vendedor" o "instalación de fabricación", junto con la declaración del punto FOB, impone el riesgo y el costo de la pérdida al comprador en el punto FOB , incluido el costo de envío y carga desde la puesta a disposición del vendedor.
2. FAS (libre junto al barco) requiere que el vendedor entregue la mercancía a su cargo y riesgo a un barco y puerto específicos. Por ejemplo, "FAS White Star, Baltimore, Maryland" requeriría que el vendedor entregue los productos en el muelle junto con el White Star en Baltimore. El costo de carga en el barco es por cuenta del comprador.

3. CIF (costo, seguro y flete) significa que el precio de los bienes incluye el costo de envío y el aseguramiento de los bienes al punto de entrega de los buques. Estos costos se pasan así al vendedor.
4. C&F (costo y flete) significa lo mismo que CIF sin que la obligación de la responsabilidad recaiga en el vendedor.

La existencia de estas modalidades de contratación, dentro de muchas otras en el comercio internacional, demuestra los distintos niveles de riesgo al que los ofertantes y demandantes están dispuestos a asumir, conllevando a consecuencias económicas directamente proporcionales con el nivel de riesgo de quien lo asuma.

4.4 El Riesgo en la Contratación Estatal

Basado en un régimen de Derecho Público, el sistema peruano de contrataciones con el Estado se sustenta en una asignación de riesgos dirigida al Contratista, quien los asume considerando la responsabilidad atribuida por la especialidad en la provisión del bien, prestación del servicio o la ejecución de la obra que constituye una expectativa implícita y legítima del Estado.

Considerando ello, a nivel doctrinario se contempla que esta disciplina se basa en una serie de principios, típicos y atípicos, siendo uno de éstos últimos el denominado Principio de Riesgo Ventura. Dicho precepto consiste en la exclusión de la fuerza mayor como causa justificante para que el contratista pudiera exigir la alteración del precio o la resolución del contrato (García de Enterría, 1950). La racionalidad de este principio, obedece a la necesidad por parte del Estado de alojar los riesgos propios de una actividad económica de interés general en quien comparece ante él, alegando experiencia y solvencia general, idónea para desarrollar una actividad promovida por el Estado, el mismo que, basado en su decisión de fomentar antes que invertir, evita asumir los riesgos que toda actividad económica conlleva, lo cual resulta ser consecuente con su política económica.

En otras palabras, el Estado toma la decisión de no gestionar directamente actividades económicas, sino brindar condiciones para que otros agentes privados realicen dicha labor, lo cual conlleva al deseo de no asumir riesgos propios de cada negocio, sino que cada inversionista los asuma -como premisa general que admite excepciones- en su integridad. Ahora bien, asumir tal responsabilidad bajo la premisa de este principio, implicaría que incluso en el caso que se produjesen efectos exógenos a la voluntad de las partes, el contratista debería asumir el rol de

deudor sin excepciones, desenlace impecablemente compatible en una relación jurídica horizontal entre privados, mas no en contratación estatal.

4.5 El Riesgo en el Derecho Ambiental

Una de las ramas jurídicas de mayor relevancia en los tiempos actuales es la ambiental, pues a través de ella se buscan controlar las interacciones humanas con el ecosistema, reconociendo la necesaria intervención y daño en los cuerpos receptores existentes en la naturaleza.

Al respecto, merece una especial mención dentro del Derecho Ambiental peruano, el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental – SEIA, que constituye un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión (Ley del SEIA, 2001).

Precisamente, la evaluación del impacto ambiental, piedra angular del SEIA, consiste en un proceso de análisis sistemático, reproducible e interdisciplinario de los impactos potenciales, tanto de una acción propuesta como de sus alternativas, en los atributos físicos, biológicos, culturales y socioeconómicos de un área geográfica en particular (Andaluz Westreicher, 2013, pág. 495).

Llama la atención en esta rama jurídica, la importancia de la búsqueda, identificación y eventual mitigación de los impactos que se puedan generar en el medio ambiente, a causa de las actividades humanas. Se podría incluso inferir válidamente, que la inevitable huella que la humanidad deja en el ecosistema y las medidas de control que giran sobre ella, es la razón fundamental de la existencia del Derecho Ambiental.

En ese sentido, se hace necesario no solo identificar riesgos de manera tradicional, es decir, a través de un análisis con resultados argumentativos, con difícil trazabilidad y poco comparables entre sí. Resulta imprescindible contar con una herramienta cuyo análisis y resultados puedan ser medibles y comparables entre sí, de forma que puedan ser lo más objetivos posibles, pues de ello dependerá el nivel de responsabilidad de los eventuales agentes contaminantes.

En tiempos recientes, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ha aprobado su Manual de Gestión de Riesgos, que detalla la forma en como dimensionan las distintas eventualidades negativas que se pueden producir en el accionar de su gestión gubernamental. Es así que en dicho manual, enfocan el riesgo como el generado de manera concurrente por todos los procesos o dependencia de OEFA, que se originen de manera externa e interna.

De igual manera, se identifican determinados riesgos eventualmente recurrentes, tales como:

- i) Estratégico, en la administración del OEFA;
- ii) Operativo, originado por deficiencias de los sistemas de información, de los procesos, de la desarticulación entre dependencias;
- iii) Financiero, por el manejo de los recursos y la eficiencia y transparencia en su manejo;
- iv) Cumplimiento, tanto de requisitos legales, contractuales, de ética pública y compromisos sociales;
- v) Corrupción, por la desviación de la gestión de lo público hacia un beneficio privado;
- vi) Tecnología, por la satisfacción de necesidades tecnológicas y soporte el cumplimiento de su misión (Manual de Gestión de Riesgos, 2018).

4.6 La Gestión del Riesgo en el Sistema Nacional de Control

El control gubernamental, importante factor para el desarrollo del país, consiste en la vigilancia, verificación y supervisión de los actos de la Administración Pública, analizando los sistemas de control, administración y gerencia, todo ello con el objetivo de implementar mejoras, a través de acciones preventivas y correctivas (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, 2002).

A nivel del Sistema Nacional de Control, la Contraloría General de la República ha aprobado la Resolución de Contraloría N° 146-2019-CG, se ha aprobado la Directiva N° 006-2019-CG/INTEG, denominada Implementación del Sistema de Control Interno en las Entidades del Estado, que tiene por finalidad lograr que las entidades del Estado implementen el Sistema de Control Interno como una herramienta de gestión permanente, que contribuye al cumplimiento de los objetivos institucionales y promueve una gestión eficaz, eficiente, ética y transparente.

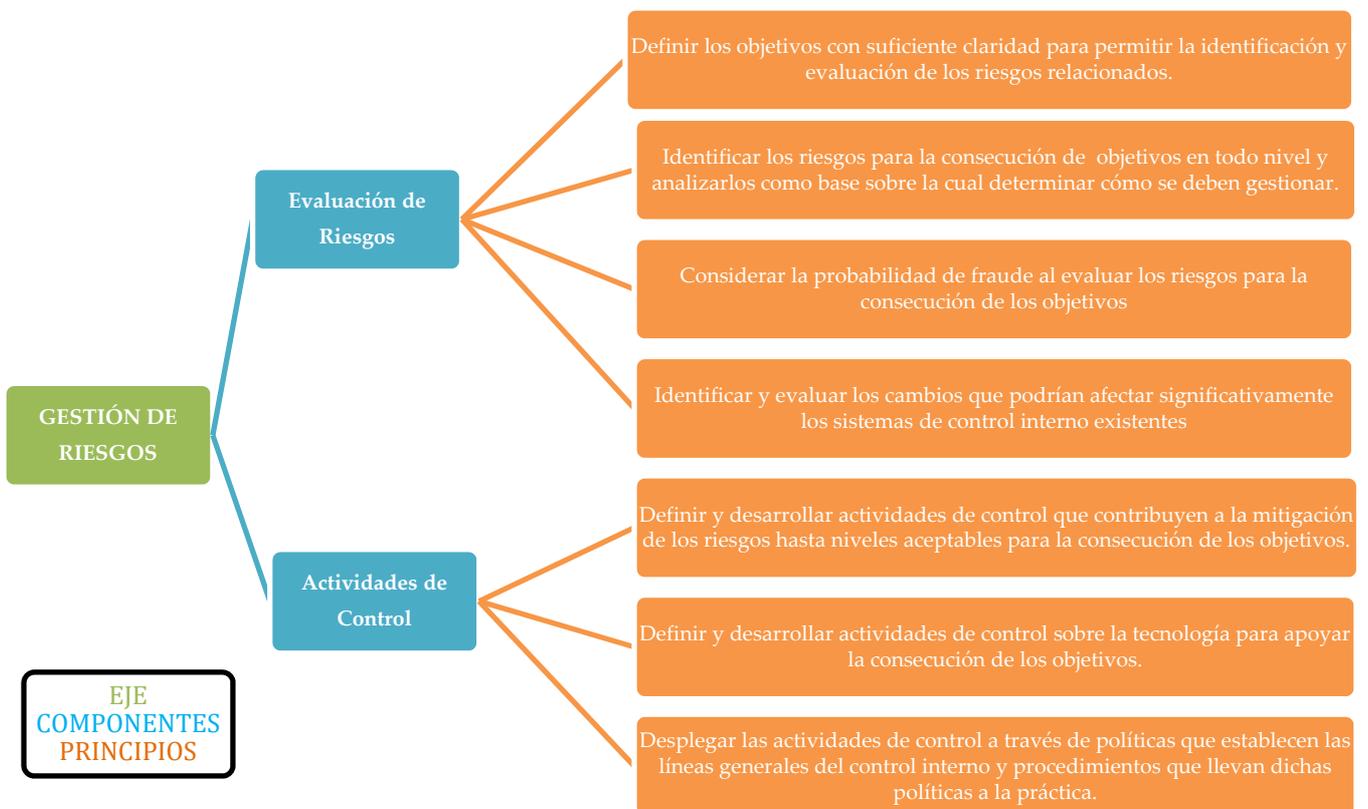
La directiva en mención, asimismo desarrolla algunos ejes, dentro de los cuales resalta el relativo a la Gestión de Riesgos, el cual integrado por los distintos elementos, denominados Evaluación de Riesgos y Actividades de control, tal como se aprecia en el Cuadro N° 01. Este eje comprende la identificación y valoración de los factores o eventos que pudieran afectar negativamente el cumplimiento de los objetivos institucionales, relacionados a la provisión de los productos que se brindan a la población (bienes o Servicios Públicos), así como determinar las medidas de control que reduzcan la probabilidad que se materialicen dichos factores o eventos. Para dicho efecto, se ejecutan los siguientes pasos: 1: Priorización de Productos, 2: Evaluación de Riesgos y 3: Plan de Acción Anual (Contraloría General de la República, 2019). Asimismo, merece especial mención el hecho que, para una correcta gestión de riesgos en la Administración Pública, la Contraloría General de la República contempla como piedra angular la previa implementación de un sistema de control interno, sobre el cual se erigen distintos

planes y programas que se desarrollan de forma estructurada, persiguiendo en su conjunto los siguientes objetivos:

- a. Promover y optimizar, la eficiencia, eficacia, ética, transparencia y economía de las operaciones de la entidad, así como la calidad de los Servicios Públicos que presta.
 - b. Cuidar y resguardar los recursos y bienes del Estado contra cualquier forma de pérdida, deterioro, uso indebido y actos ilegales, así como, en general, contra todo hecho irregular o situación perjudicial que pudiera afectarlos.
 - c. Cumplir la normatividad aplicable a la entidad y sus operaciones.
 - d. Garantizar la confiabilidad y oportunidad de la información.
 - e. Fomentar e impulsar la práctica de valores institucionales.
 - f. Promover el cumplimiento de los funcionarios o servidores públicos de rendir cuenta por los fondos y bienes públicos a su cargo y/o por una misión u objetivo encargado y aceptado.
- (Contraloría General de la República, 2019)

Cuadro N° 1

Relación entre Ejes, Componentes y Principios del Sistema de Control Interno



Fuente: (Contraloría General de la República, 2019). Adaptada del Modelo COSO 2013 (McNally, 2020).

Elaboración propia

Capítulo V Metodología para la Gestión de Riesgos

Como modelo que aspira a ser medible y comparable en cuanto a sus resultados, la Gestión de Riesgos se enmarca en una serie de parámetros que a su vez buscan unificar los procedimientos aplicables a nivel de los distintos proyectos que se lleven a cabo a través de su implementación. Siendo así, en el Perú se ha implementado la Gestión de Riesgos en el sector público y, por ende, con influencia en el sector privado, a través de sistemas como el del Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO, cuya versión actualizada en el año 2013 (Modelo COSO 2013) comprende los siguientes componentes: 1) Ambiente de Control, 2) Evaluación de Riesgos, 3) Actividades de Control, 4) Información y Comunicación; y, 5) Supervisión.

Asimismo, es de uso y frecuente consulta la norma ISO 31000, que proporciona directrices sobre la gestión del riesgo a la que se enfrentan las empresas, proporcionando un enfoque común para la gestión de cualquier tipo de riesgo y no es industria o sector específico. El contenido de dicha norma se puede utilizar durante toda la vida de una organización y se puede aplicar a cualquier actividad, se incluye la toma de decisiones en todos los niveles.

La metodología de Gestión de Riesgos comprende la identificación y valoración de los factores o eventos que pudieran afectar negativamente el cumplimiento de los objetivos de un proyecto en el ámbito privado, así como objetivos institucionales, relacionados a la provisión de los productos que se brindan a la población (bienes o servicios) en el ámbito público; de la misma forma, coopera en la determinación de las medidas de control que reduzcan la probabilidad que se materialicen dichos factores o eventos (Contraloría General de la República, 2019).

Para la realización de los pasos que se detallarán líneas abajo, se construirá información utilizando herramientas de acopio de información, dentro de las cuales existen:

Elaboración de talleres con grupos interdisciplinarios: Se diseñan, esencialmente para la integración de los saberes y el perfeccionamiento del objeto en su aplicación práctica, así como el grado de necesidad objetiva existente en la sociedad interpretada ella, no de una forma macroscópica sino en el municipio, la escuela y el grupo. Presuponen la integración de los saberes desde la solidez de los conocimientos precedentes y del protagonismo de los participantes. Su fundamental propósito es aprender a relacionar y entrecruzar contenido al enfrentar problemas científicos y producir saberes interdisciplinarios e integrados (ECURED).

Entrevistas a *stakeholders* vinculados al proyecto: Debido a la influencia de los *stakeholders* en las decisiones del proyecto y/o política y, por tanto, el interés y poder sobre los resultados, deben considerarse las expectativas de cada grupo para favorecer el cumplimiento de sus

objetivos propios (Ángel Poveda, 2010). Para ello y antes de examinar la respuesta necesaria a cada uno de los *stakeholders*, se debe comprender que existe posibilidad de reducir la desigualdad de expectativas y comportamientos entre los *stakeholders* y los ejecutores del proyecto, para lo cual se desarrollan estas dinámicas.

Lluvia de ideas o *brainstorm*: consiste en reunir a un grupo de personas para obtener ideas y soluciones de un determinado tema, recibiendo distintas perspectivas desde diferentes niveles de la organización. Esta técnica favorece la participación de los miembros de equipo, siendo válidas y aceptadas por igual la opinión de cada uno de los participantes (Instituto Europeo de Posgrado).

Paneles de expertos: Este método permite consultar un conjunto de expertos para validar propuestas, sustentado en sus conocimientos, investigaciones, experiencia, estudios bibliográficos, etc. Da la posibilidad a los expertos de analizar el tema con tiempo sobre todo si no hay posibilidades de que lo hagan de manera conjunta (Universitat de Barcelona). Resulta importante considerar la inclusión de expertos que hayan implementado proyectos similares, a efectos de asimilar lecciones aprendidas.

A medida que se desarrolla la metodología de la Gestión de Riesgos, se abandona el análisis subjetivo y se introducen criterios objetivos y cuantificables de identificación, medición y mitigación, que coadyuvan tanto a inversionistas como a entidades públicas a establecer criterios claros de priorización y asignación presupuestal en las actividades más importantes para la sociedad y para la organización económica a cargo de los proyectos analizados. En ese sentido, metodologías como la que se presenta a continuación resultan útiles para un análisis objetivo:

Los componentes para la implementación de la metodología de Gestión de Riesgos son, conforme a los lineamientos de la Resolución N° 146-2019-CG: La Priorización, la Evaluación de Riesgos y las Medidas de Control. Para efectos del presente trabajo, se enfatizará en los dos primeros componentes.

5.1 Priorización

Se compone de dos elementos:

5.1.1 Identificación de los productos

Implica el acopio ordenado y sistematización de la información que se cuente, sea en un proyecto en específico, en la gestión pública o en empresas privadas, todo ello con la finalidad de determinar los instrumentos que se utilizarán en el análisis, por

lo que es indispensable que dicha información sea oficial y cumpliendo los requerimientos de aprobación necesarios, dependiendo de cada entidad. Asimismo, esta fase resulta importante, porque permite que las acciones de control posterior (tal es el caso de las auditorías privadas o estatales) utilicen derroteros idóneos que facilite el contraste con los productos finales de la Gestión de Riesgos.

5.1.2 Priorizar los productos

De manera previa a este paso, imperiosamente debe culminarse con la Identificación de los productos, ello debido a que el orden en la secuencia permite obtener mejores resultados en el análisis, colaborando con la identidad y consecuencia entre los problemas y soluciones a presentar. Siendo así, en esta etapa se persigue ponderar en un orden de prelación los productos en el análisis considerando, entre otros criterios a los siguientes:

5.1.2.1 Relevancia para la población:

Se identifican productos que forman parte de políticas públicas de salud, energía, educación, transporte, vivienda, seguridad ciudadana, ambiente, entre otros Servicios Públicos que involucre el proyecto público o privado, conforme estrictamente al objeto social y/o acuerdo de socios en el ámbito privado, así como a la misión institucional en el caso del sector público.

5.1.2.2 Presupuesto asignado al producto:

Se hallan los productos cuya asignación presupuestal sea mayor. Este criterio se respalda en la política pública de asignación presupuestal en función a resultados.

5.1.2.3 Contribución al logro de objetivos:

Se debe identificar los productos que son necesarios para lograr los cambios o efectos esperados por la realización del proyecto. En el caso de proyectos privados, resulta útil recoger la expectativa de los socios y el equipo gerencial en relación a los beneficios esperados. Respecto al sector público, resulta importante considerar los Objetivos Estratégicos Institucionales de Tipo I (PEI) o Resultados Específicos (Programa Presupuestal); el uso de estos últimos es necesario para lograr los efectos esperados en la población.

5.1.2.4 Desempeño:

Implica una calificación establecida por cada equipo del proyecto público o privado, considerando los niveles de cumplimiento de indicadores como es el caso de los KPI (Indicador clave de desempeño o *Key Performance Indicator* por sus siglas en inglés), que se utiliza con frecuencia en empresas que desarrollan infraestructura y prestan Servicios Públicos. De la misma forma, en el sector privado existen indicadores, los cuales se encuentran establecidos en los Planes Estratégicos Institucionales (PEI) y, a falta de éstos, otros documentos de gestión pública, tanto de otras entidades administrativas de ámbito nacional¹ como los instrumentos de cada entidad, algunos de los cuales buscan eficiencia con la finalización oportuna de procedimientos administrativos. Todo el análisis desarrollado hasta este punto, debe ser socializado y sometido a la aprobación de la máxima autoridad de la empresa a cargo del proyecto o del titular de la entidad pública, según corresponda.

5.2 Evaluación de Riesgos

Se compone de tres elementos:

5.2.1 Identificar los riesgos:

En función a todos y cada uno de los productos priorizados en el punto 1, se hallan los riesgos que potencialmente puedan influir en su consecución. En esta etapa, el equipo de trabajo a cargo de la implementación de este procedimiento Para ello, pueden utilizarse herramientas de acopio de información, tales como entrevistas, encuestas, talleres participativos, lluvia de ideas, diagrama o ficha técnica de procesos, entre otros. Los ejes por los cuales deben ejecutarse dichas actividades son: amplia participación, búsqueda de la objetividad en la información y transparencia.

5.2.2 Valorar los riesgos

Se realiza un ejercicio considerando cada uno de los riesgos identificados, en el cual pondera la probabilidad de ocurrencia y el impacto potencial en la consecución de los objetivos o productos, previamente priorizados. Ambos valores son

¹ Sobre el particular, es de común consulta y uso de herramientas de información de oficiales como el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, del Ministerio de Economía y Finanzas - MEF, así como del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN.

multiplicados y de esa forma para obtener el nivel de riesgo, que puede ser: bajo, medio, alto y muy alto. Al respecto, se puede apreciar el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2

Fórmula para determinar el valor del riesgo

$\text{Valor del riesgo (Vr)} =$ $Po \times I$
--

Donde:	
Vr	Valor del riesgo
Po	Probabilidad de ocurrencia del riesgo
I	Impacto del riesgo

Fuente: (Contraloría General de la República, 2019). Adaptada del Modelo COSO 2013 (McNally, 2020).
Elaboración propia

Cuadro N° 3

Valores para determinar la probabilidad del riesgo

Nivel	Valor
Baja	4
Media	6
Alta	8
Muy Alta	10

Fuente: (Contraloría General de la República, 2019). Adaptada del Modelo COSO 2013 (McNally, 2020).
Elaboración propia

Cuadro N° 4

Valores para determinar el impacto de riesgo

Nivel	Valor
Bajo	4
Medio	6
Alto	8
Muy Alto	10

Fuente: (Contraloría General de la República, 2019). Adaptada del Modelo COSO 2013 (McNally, 2020).
Elaboración propia

Una vez producida la data a raíz del desarrollo de estos pasos, en base a los valores utilizados para calcular tanto la probabilidad como el impacto, se genera un mapa de riesgos, el cual busca dotar de mayor facilidad en la interpretación y análisis respecto al nivel de los riesgos que se han plasmado en dicho mapa, construyendo una matriz que discrimina los distintos niveles de riesgo a través del mundialmente conocido sistemas de colores que se utiliza, por ejemplo, en los semáforos, donde el color rojo denota una mayor criticidad, los colores naranja y amarillo demuestran niveles moderados de riesgo y, finalmente, el color verde que implica el grado más leve posible, tal como se aprecia a continuación:

Cuadro N° 5

Mapa de Riesgos, bajo el Modelo COSO 2013

		Impacto				
		Bajo	Medio	Alto	Muy Alto	
			4	6	8	10
Probabilidad	Muy Alta	10	40	60	80	100
	Alta	8	32	48	64	80
	Media	6	24	36	48	60
	Baja	4	16	24	32	40

Fuente: (Contraloría General de la República, 2019). Adaptada del Modelo COSO 2013 (McNally, 2020).
Elaboración propia

5.3 Medidas de Control

Si bien es cierto -conforme se indicó anteriormente- que en el presente trabajo no se enfatizará en este componente, se puede indicar que la labor de identificación y ponderación de los riesgos, permite establecer y priorizar las acciones a realizar con el propósito de mitigar dichos riesgos, lo cual ayuda a la realización de planes de acción y asignación de presupuestos con un esquema más ordenado y debidamente justificado en un sistema basado en criterios objetivos. Dentro de las medidas a aplicar, se encuentran las de control y pueden ser definidas como las políticas, procedimientos, técnicas u otros mecanismos que permiten reducir dicho riesgo (Contraloría General de la República, 2019).

Conclusiones

La actividad profesional jurídica viene sufriendo cambios en un escenario mundial, que exigirán una nueva dimensión en los servicios a prestar, superando los actuales límites del análisis subjetivo.

En las actividades reguladas, donde confluye la interacción de abogados con otros profesionales y técnicos cuyo análisis se basa en ciencias exactas, el uso de herramientas con procesos lógicos, estudios objetivos y evidencias cuantificables resulta cada vez más frecuente. Tanto en el sector privado como en el público, la Gestión de Riesgos constituye una alternativa idónea para la toma de decisiones en los proyectos a los que se enfrentan, por lo que el conocimiento de esta nueva forma de análisis se ha convertido en una competencia que va cobrando mayor relevancia.

El profesional en materia jurídica debe contar con elementos cognitivos que le permitan afrontar un nuevo entorno, cada vez más interdisciplinario y transversal, en el cual la objetividad de análisis y resultados es el patrón común.

Fuentes de Información

Andaluz Westreicher, C. (2013). *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: Editorial Iustitia.

Ángel Poveda, J. E. (2010). Manejo de stakeholders como estrategia para la administración.

Agronomía Colombiana, 493-494. Obtenido de

<http://www.scielo.org.co/pdf/agc/v28n3/v28n3a16.pdf>

Ballarín Garnica, Á. (s.f.). *UNA APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA*

CUANTIFICACIÓN DEL RIESGO: DE LA ANTIGÜEDAD AL SIGLO XVIII.

Obtenido de

https://www.aeca.es/old/vi_encuentro_trabajo_historia_contabilidad/pdf/01_ballarin.pdf

- Contraloría General de la República. (17 de mayo de 2019). Directiva N° 006 -2019-CG/INTEG. *Implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- ECURED. (s.f.). *Trabajo interdisciplinario*. Recuperado el 2020, de Trabajo interdisciplinario: https://www.ecured.cu/Trabajo_interdisciplinario
- García de Enterría, E. (1950). Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo. *Revista de Administración Pública*, 84-86.
- Instituto Europeo de Posgrado. (s.f.). *¿Cuáles son los beneficios de hacer Brainstorming?* Recuperado el 2019, de Instituto Europeo de Posgrado: <https://www.iep.edu.es/cuales-son-los-beneficios-de-hacer-brainstorming/>
- International Organization for Standardization. (2020, 01 13). *Online Browsing Platform (OBP) Version 4.7.1*. Retrieved from Online Browsing Platform (OBP): <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:es>
- Ley del SEIA, Ley N° 27446 (march de 2001).
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 (Congreso de la República julio 23, 2002).
- Manual de Gestión de Riesgos, Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 050-2018-OEFA/PCD (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA Mayo 15, 2018).
- McNally, J. S. (2020, enero 12). *The 2013 COSO Framework & SOX Compliance*. Retrieved from Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO): https://www.coso.org/documents/COSO%20McNallyTransition%20Article-Final%20COSO%20Version%20Proof_5-31-13.pdf
- Oracle. (2011). *Cómo reducir los costos y gestionar los riesgos en la industria upstream de gas y petróleo con las soluciones de gestión de cartera de proyectos empresariales*. Oracle.
- Parkin, M. (2006). *Microeconomía. Séptima edición* (Séptima ed.). México: Pearson Educación.
- Posner, R. (1998). *Economic Analysis of Law*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Universitat de Barcelona. (s.f.). *CRITERIO DE EXPERTOS.SU PROCESAMIENTO A TRAVÉS DEL MÉTODO DELPHY*. (S. H. Fernández, Ed.) Recuperado el 2020, de HISTODIDÁCTICA: ENSEÑANZA DE LA HISTORIA / DIDÁCTICA DE LAS CIENCIAS SOCIALES: http://www.ub.edu/histodidactica/index.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D21:criterio-de-expertos-su-procesamiento-a-traves-del-metodo-delphy%26catid%3D11:metodologia-y-epistemologia%26Itemid%3D103