

NOCIONES GENERALES SOBRE *COMPLIANCE*

ABG. JESÚS A. VILLEGAS RUIZ*

SUMARIO

I. Concepto. 1. Los presupuestos de un programa de cumplimiento. 2. La autorregulación empresarial o *self-policing*. 3. El *compliance* como “especie” del Derecho Administrativo. 4. La ética como un aspecto a considerar en materia de *compliance*. II. El análisis de riesgos como parte integrante de todo programa de cumplimiento. 1. El riesgo financiero. 2. El riesgo político. 3. El riesgo reputacional. 4. El riesgo regulatorio. III. Los elementos claves de un programa de cumplimiento. 1. Las normas ISO como punto previo. 2. Los elementos claves de acuerdo con la norma ISO 37301. A. El compromiso gerencial. B. El proceso de análisis del riesgo y *due diligence* sobre clientes. C. La estructura de delegación de autoridades y controles internos. D. El entrenamiento a los empleados. E. El monitoreo, prueba de los controles y auditorías. F. Las investigaciones internas. G. El registro de todas las actuaciones realizadas. H. La revisión de cada adquisición y alianza comercial. IV. Las áreas de aplicación del *compliance*. 1. Las sanciones internacionales. 2. La legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo. 3. La anticorrupción y el soborno. 4. Los derechos humanos y la responsabilidad empresarial. 5. Las exportaciones y reexportaciones de productos terminados. 6. El derecho de la competencia. 7. La protección de datos. 8. Los sectores altamente regulados por la ley o la regulación administrativa. V. Las ventajas que ofrece un buen programa de cumplimiento. 1. La mitigación de riesgos para la compañía y el negocio. 2. La colaboración

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho Americano, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Magíster en Administración de Empresas en el IESA. Profesor en la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Actualmente se desempeña como abogado de la firma internacional Baker Mckenzie.

con las autoridades administrativas y penales. 3. La protección de la marca corporativa a través de la prevención. 4. La adopción de una cultura de prevención como inversión.

VI. Las implicaciones prácticas de un programa de cumplimiento defectuoso. análisis de casos. 1. El caso de ZTE-Cisco: sanciones internacionales, controles de exportación. 2. El caso de HSBC: sanciones internacionales, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo. 3. El caso Siemens: sanciones internacionales y prácticas de corrupción en el extranjero. 4. Algunas lecciones para un programa de cumplimiento efectivo.

Es en lo personal un honor contribuir con el Boletín de la Academia No. 168 con un extracto del primer capítulo del trabajo “*Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa*” galardonado con el premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales “Dr. José Santiago Núñez Aristimuño” correspondiente al año 2020-2021. Este capítulo, es una continuación y profundización del estudio profesional de la práctica de cumplimiento corporativo sostenido en el artículo “*Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa*”¹ publicado por la Revista de Derecho Mercantil de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, siendo un resumen de la práctica corporativa de *compliance* que todo abogado corporativo debe conocer. Próximamente, esta obra será publicada por la ACIENPOL para la consulta del resto de los capítulos.

Para comenzar, es importante preguntarnos ¿somos los abogados facilitadores de soluciones u obstruccionistas? El abogado corporativo contemporáneo se encuentra en una posición compleja: por una parte, busca asesorar a su cliente de la mejor manera posible, y por otra, entiende que el ejercicio de su profesión es navegar entre leyes y regulaciones para lograr los fines del negocio, la empresa, o de su cliente. El abogado de empresa se enfrenta así a la intersección entre el negocio que representa y un amplio derecho regulatorio que su cliente debe cumplir. De esta manera, situaciones de seguridad nacional, los intereses económicos nacionales y extranjeros, relaciones internacionales, terrorismo, entre otros tantos, forman parte del análisis global del *abogado de empresa*.

¹ Véase en este sentido, Villegas Ruiz, Jesús. *Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa*, Revista Venezolana de Derecho Mercantil No. 7, 2021. Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_94dc4cce415349ce99145378068e23cf.pdf

Nuevamente, cabe preguntarnos en este contexto: ¿el país donde estamos distribuyendo se encuentra sancionado? ¿es una amenaza nuestra relación comercial a la seguridad nacional? ¿nuestros clientes saben de las regulaciones aplicables y las ejecutan efectivamente? ¿nuestra cadena de suministro y distribución tiene contacto con sujetos sancionados? En el supuesto de exportar, ¿saben nuestros empleados la implicación de la exportación a un sujeto o país sancionado? ¿qué moneda de pago debemos utilizar para honrar nuestras obligaciones? ¿indirectamente financiamos al terrorismo con nuestros productos terminados? Esas, y muchas otras preguntas, son parte del análisis regulatorio y penal necesario como oficiales de cumplimiento y abogados corporativos que esperamos explorar en este capítulo.

I. CONCEPTO

Para el propósito de este trabajo, *compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones de una empresa. Por ello, se ha señalado que la función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones.² En nuestro caso puntual, nuestra noción de *compliance* se centra en establecer reglas internas de control de forma sistemática y autorregulada para esclarecer todo tipo de preguntas que, de forma más habitual que esporádica, son de difícil respuesta y requieren un criterio sólido para ser respondidas adecuadamente. Por ello, nuestra visión de *compliance* es *amplísima* toda vez que puede ser aplicado a múltiples problemas corporativos de diversa índole: problemas éticos, penales, regulatorios, legales, de comercio internacional, entre otros, que representan un riesgo potencial para la empresa y que pueden ser mitigados con prevención o una adecuada estrategia legal y comercial.³ Por ello, si el

² Miller, Geoffrey P., *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*, New York, Aspen Casebook series, 2014, p. 137.

³ Debemos señalar que, si bien no lo abordaremos a profundidad en este trabajo, en algunos casos, este sistema normativo puede también enfocarse en procurar un ambiente laboral “sano” de trabajo para todos los empleados que forman parte de la empresa. Para ello, buscan establecer y hacer cumplir ciertos lineamientos relativos al respeto en el lugar de trabajo,

cumplimiento normativo supone control, en paralelo, también supone entendimiento del riesgo en su contexto.

Al tener un sistema de controles internos se asegura, por una parte, la rápida identificación de riesgos legales para nuestros clientes, y, por otra, el plan de acción que se debe seguir en los distintos casos que puedan presentarse. En otras palabras, de contarse con procedimientos preestablecidos para la mayoría de las situaciones, el actuar puede resultar más sencillo y eficiente. De igual manera, es importante señalar que la práctica de *compliance* no es una práctica de redacción de políticas corporativas inmutables; por el contrario, es el dinamismo entre la ejecución de las normas internas corporativas y la navegación de la regulación que enfrenta el negocio de manera estratégica. Este dinamismo, también implica el monitoreo constante de los controles para que, en caso de ser necesario, se haga la corrección en las fallas que nuestro programa de cumplimiento pueda tener.

La noción de *compliance* que estudiamos y defendemos supone: (i) que el actor en cuestión sea una organización empresarial compleja, no una persona individualmente considerada y (ii) que además de referirse al comportamiento empresarial de la organización respecto a su adecuación a las normas, más importante aún, se refiera a las acciones que toma la empresa en asegurarse que las normas son cumplidas y obedecidas.⁴

Creemos así que el *compliance* es una noción flexible y aplicable a muchas formas de regulación (ya sea de carácter corporativo interno, como hemos señalado, o realmente regulatorias o legales, como explicaremos en las próximas líneas). En esta forma de apreciar la realidad empresarial, *compliance* engloba indistintamente el derecho regulatorio y el derecho penal en beneficio de la prevención de un riesgo potencial y que puede tener impactos empresariales considerables. De esta manera, *compliance* es todo aquello que pasa tras los bastidores corpora-

respeto a los derechos humanos, intolerancia al *mobbing* (*bullying* o acosa laboral), entre otros aspectos que básicamente buscan defender la dignidad de los empleados y el desenvolvimiento de sus actividades en un entorno adecuado. Ciertamente, esta idea de *compliance* amplia, tiene inclusive una relación directa con el derecho laboral contemporáneo y sus disposiciones.

⁴ Miller, *The law of...*, ob. cit.

tivos y mucho antes del suceso o hecho que desencadena los riesgos inminentes a los que se sujeta una compañía regulada. Ahora bien, ¿qué debe pasar tras bastidores? O dicho en otros términos ¿qué debe tener todo sistema de cumplimiento preventivo?

1. Los presupuestos de un programa de cumplimiento

Para hablar de un sistema de controles obligatoriamente necesitamos: (i) un ambiente normativo y regulatorio que nos afecte y que esté plenamente identificado; (ii) una actividad comercial supervisada o controlada; (iii) un análisis constante del riesgo del incumplimiento de las regulaciones locales; (iv) canales efectivos de comunicación con los integrantes de una organización, y (v) monitoreo constante de la actuación empresarial de acuerdo con los controles previamente establecidos. Teniendo esto claro, el trabajo en la elaboración y construcción de controles y normativas internas puede ser más óptimo. Estos aspectos son fundamentales por las razones que veremos a continuación.

En primer lugar, todo *compliance* nace de la idea de la existencia de un ambiente regulatorio –complejo o rudimentario– al cual nuestro cliente o negocio tiene que adaptarse. Aunque parezca obvio, las regulaciones existentes no son opcionales para nuestros clientes. La legislación local es de obligatorio cumplimiento, so pena de sanciones administrativas o penales contra la empresa, sus directivos o empleados. En ese sentido, podemos señalar que esta es una de las razones fundamentales para la existencia de los controles señalados: prevenir la violación de regulaciones.

En segundo lugar, para que existan esos controles, debe existir una serie de actividades económicas, financieras o de otra índole que sean supervisadas o controladas adicionalmente por el Estado a través de agencias gubernamentales o entes integrantes de la organización administrativa del Estado, que requieren especial atención para el ejercicio del comercio en general y los objetivos del negocio. No sólo basta que exista un ambiente normativo, debe coincidir con una actividad sometida a ciertos controles, aunque estos no siempre deben ser de la misma magnitud.

En tercer lugar, es necesario un equipo dentro de la empresa con la capacidad de realizar un análisis de los riesgos derivados del incumpli-

miento de la normativa legal y sublegal vigente (en particular, el análisis económico de su quebrantamiento, v.g. la cuantía de las sanciones pecuniarias a imponer, o demás sanciones administrativas o penales para la empresa y sus empleados, así como su impacto para el negocio y su sustentabilidad). Es fundamental que existan recursos humanos en la organización capaces de evaluar una multiplicidad de aspectos que permita la detección de los riesgos asociados a su negocio contemplando escenarios suficientemente amplios.

En cuarto lugar, deben existir canales de comunicación e información de mensajes clave para los empleados sobre las consecuencias del incumplimiento, así como entrenamientos sobre el alcance de las regulaciones. En la elaboración y fiel cumplimiento de un programa de *compliance*, es muy importante la participación de los integrantes de una organización por lo que es esencial transmitirles la información asociada al mismo.

Finalmente, debe existir un equipo que tenga la capacidad de monitorear, de manera constante, la implementación de controles para mitigar los riesgos de incumplimiento. Así, un *corporate compliance program* implica el monitoreo de la empresa en su ejercicio comercial, desde la regulación local internamente considerada. Por ello, para ser útil en los fines empresariales fijados, *compliance* supone una delegación de responsabilidad a la ejecución de las normas internas a la propia organización a través de los recursos humanos y sistemas preestablecidos por su gobierno corporativo, así como el constante *check up* de su efectividad.

Ahora bien, ¿nos ofrece la estructura de *compliance* implementada a la empresa una buena relación costo-beneficio? Esta pregunta tiene una respuesta casuística. Cumplir la legislación concienzudamente puede traer grandes oportunidades de mercado, de otra forma inexploradas. Evidentemente cada empresa tiene su propio programa de cumplimiento siguiendo las características propias de su industria. Evidentemente, no es lo mismo la regulación y legislación aplicable a la industria farmacéutica, que a la industria de la tecnología o a las instituciones financieras. Cada empresa, dependiendo de su giro comercial, tendrá un programa de cumplimiento establecido de acuerdo con sus necesidades naturales y potenciales riesgos en su sector en específico, pues no todos

los sectores económicos tienen las mismas regulaciones, ni las mismas necesidades, ni los mismos riesgos legales. Sin embargo, justamente, de eso se trata la construcción de controles internos de una organización.

2. La autorregulación empresarial o *self-policing*

Además de estos elementos clave, un programa de cumplimiento requiere, necesariamente, autorregulación corporativa o *self-policing* interno, así como un equipo que se encargue de ejecutar esas políticas en beneficio de la empresa. Cualquier programa de cumplimiento bien diseñado y efectivo implica políticas y procedimientos que dan contenido y efecto a las normas éticas y que abordan y apuntan a reducir los riesgos identificados por la empresa como parte de su proceso de evaluación de riesgos.⁵ La regulación privada transnacional constituye un cuerpo de normas (también prácticas y procesos) creadas por actores privados, agrupaciones industriales, organizaciones no gubernamentales, comunidades científicas y agrupaciones de agentes interesados públicos y privados, los cuales ejercen poderes autónomos de regulación.⁶ La entidad empresarial se autorregula en la medida que sus órganos corporativos establecen reglas, protocolos y modos de proceder en su negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo. Por ello, la autorregulación nace del propio seno de la entidad comercial atendiendo a sus necesidades corporativas.

La autorregulación puede tomar una variedad de formas. Por una parte, la regulación corporativa puede ser dejada completamente a la compañía interesada.⁷ Ciertamente, las sociedades mercantiles tienen una función normativa al momento de celebrar sus asambleas estableciendo la estructura jurídica del ente y fijando las políticas generales de la sociedad,⁸ lo cual se ve inclusive en la junta directiva como órgano administrador de la sociedad y la delegación de funciones a comités especializados dentro de la empresa para la participación de toda la

⁵ DOJ, *Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs*, 2020, p. 4.

⁶ Annicchiarico, José, “La autorregulación privada en Venezuela”, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2015, N° 5, pp. 311-344.

⁷ Zerk, Jennifer, *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, p. 37.

⁸ Morles Hernández, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil: las sociedades mercantiles*, t. II-B, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, 5° ed., pp. 1327 y ss.

gerencia *senior* y *junior* para el cascadeo de todas las funciones del negocio. Así, la regulación privada transnacional se vale, en primer lugar, del mecanismo contractual para su establecimiento y de las formas asociativas de derecho privado.⁹

Por ello, las regulaciones privadas tienen un amplio campo de aplicación como un rol complementario a la regulación pública estatal o internacional, siendo verdadero *soft law*¹⁰ para la empresa y sus relacionados.¹¹ Otros esquemas de autorregulación pueden permitir cierta participación del gobierno como órgano supervisor,¹² como es el caso del sector bancario venezolano en el cual la SUDEBAN emite, a través de normas prudenciales, lineamientos generales de regulación que luego son adaptados por los sujetos obligados en su sector.

La forma en cómo la empresa crea sus propias normas internas puede variar mucho de acuerdo con el documento constitutivo-estatutario de la sociedad. En empresas transnacionales, pueden existir igualmente múltiples órganos societarios que dicten políticas locales e internacionales para regular la compañía, pero siempre sometidos a las directrices de la casa matriz. En algunos casos, la sociedad constituida delega a la junta directiva la creación de políticas societarias, mientras que en otros casos se delega a comités cuya función es dictar políticas y protocolos.

La empresa, en su autonomía, tiene plena libertad de normarse de acuerdo con sus necesidades. Esto es fundamental pues demuestra la intención de la empresa de adecuarse internamente a lo requerido por la legislación local y estándares internacionales, e inclusive puede autorregularse de manera más exhaustiva que la forma establecida por la legislación estatal con estándares y protocolos más minuciosos. Ello tiene como consecuencia, externamente, la consolidación de mejores prácticas corporativas frente a la sociedad, e internamente, controles y chequeos constantes para que el negocio pueda cumplir sus objetivos de la mejor manera posible dentro de la ley y sus autorregulaciones.

⁹ Véase, Annicchiarico, *La autorregulación...*, ob. cit.

¹⁰ Véase sobre el término Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, México DF: UNAM, 2006, pp. 513-549.

¹¹ Idem.

¹² Zerk, *Multinationals and...*, ob. cit., p. 37.

3. El *compliance* como “especie” del Derecho Administrativo

En nuestra opinión, *compliance* no es más que derecho administrativo especial aplicado a la empresa. Sin ánimo de ahondar en las profundas aguas dogmáticas de la clásica noción del derecho administrativo (en la cual todo su estudio versa sobre la Administración Pública), somos de la opinión que la noción de *compliance* divulgada en este trabajo se sustenta en la íntima relación entre la empresa privada con la Administración en todos sus roles. Al entender la empresa como el sujeto de las regulaciones que propulsa la Administración, nos ayuda a entender en qué forma podemos analizar y controlar el riesgo legal y regulatorio de la compañía frente sus reguladores. En definitiva, nos encontramos ante el derecho regulatorio aplicado a la empresa como la máxima expresión de derecho público contemporáneo, pero desde la perspectiva de los intereses comerciales privados.¹³

En paralelo, acertadamente se ha señalado que existe una marcada regulación penal que plantea una adecuada estrategia de defensa y cumplimiento de normas de tipo penal.¹⁴ Nuestra visión no es excluyente e implica una íntima interrelación entre lo penal y administrativo como derecho público empresarial. En todo caso, la esencia verdadera del *compliance* no es el mero cumplimiento de la legislación penal o administrativa por el sólo hecho de obedecer la norma legal como formalismo jurídico. En cambio, el sustento de la idea de *compliance* defendida en este trabajo es el cumplimiento con integridad, con sentido y respeto de la legalidad como herramienta de negocios y ordenación de su actividad, así como su profundo elemento preventivo ante escenarios no contemplados por sus importantes riesgos legales para la sustentabilidad de los negocios.

Dicho esto, el objeto de un programa de cumplimiento se centra, en cierto sentido, en establecer controles internos para enfrentar varios niveles de riesgos frente a múltiples entes regulatorios con potestades

¹³ Nótese que esta relación entre el sector privado y la Administración no es del todo novedosa, pues anteriormente ha sido estudiada bajo la óptica de los ordenamientos jurídicos sectoriales. Véase al respecto Giannini, Massimo Severo, “Istituti di crédito e servizi di interesse pubblico”, *Moneta e Crédito*, N° 5, 1949.

¹⁴ Véase en general, Rodríguez Morales, *Criminal Compliance...*, ob. cit.

administrativas –y en algunos casos penales– que pueden impactar una empresa. De esta manera, *compliance* es una forma sistematizada de categorizar el riesgo administrativo frente a la Administración Pública –así como el riesgo penal frente a los fiscales competentes–, y cómo el quehacer de estas autoridades puede impactar las operaciones comerciales de cualquier organización pues, como tendremos la oportunidad de explorar, ese riesgo es amplio en su espectro, y no solo representa retos desde el punto de vista estrictamente regulatorio, sino además desde la perspectiva penal y de los poderes punitivos del Estado. En muchos sentidos, *compliance* es un sistema de contrapesos interno, simulando una suerte de contraloría legal empresarial pero cuya actuación, idealmente, siempre es preventiva frente a los *stakeholders* principales de la empresa, entre ellos: la “todopoderosa” Administración Económica.

Esos *stakeholders*, tradicionalmente son representados por la Administración Pública en su rol especializado: la administración sanitaria, tributaria, contralora, bancaria, aseguradora, entre muchos otros. Así, una buena parte de la noción de *compliance* implica un conocimiento exhaustivo de la regulación sublegal imperante en un sector regulado y sus consecuencias e impactos para el negocio como actor económico.

El derecho administrativo económico venezolano se ha caracterizado por la creciente intervención de la Administración económica, limitando el derecho constitucional a la libertad económica,¹⁵ ordenando, disciplinando, supervisando, y dirigiendo el ejercicio de actividades económicas de los particulares.¹⁶ No cabe duda para quien suscribe que podría decirse que *compliance* es derecho económico aplicado a la empresa –como veremos más adelante– y sus relaciones

¹⁵ Artículo 112 de la CRBV. “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

¹⁶ Hernández, José Ignacio, “Intervención económica y liberalización de servicios esenciales en Venezuela”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, 2000, N° 10, pp. 61-135, especialmente p. 62.

con la Administración Económica, para así adecuar internamente los controles necesarios para que la legalidad sea cumplida, obedecida y respetada en el seno de la empresa.

En primer lugar, en la actualidad, la regulación define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier actor privado. Todo sector tiene consecuentemente una regulación especial aplicable. En este ambiente regulatorio, si las empresas no se adaptan a las regulaciones, su destino es el fracaso inminente. Ser disruptivo en contra de la ley puede significar inmensurables pérdidas financieras. En segundo lugar, el relacionamiento e interacción con entes reguladores es parte del quehacer diario de toda empresa nacional o transnacional por múltiples razones. Interactuar con la Administración Pública es parte de la dinámica de hacer negocios en la contemporaneidad, ya sea porque nuestra empresa licita con el Estado, requiere permisos o habilitaciones especiales para operar, o por proyectos conjuntos con organismos públicos.

Ahora bien, *compliance* cumple una función preventiva y de conocimiento exhaustivo del entorno regulatorio que enfrentamos para hacer negocios de forma segura. Como veremos, no obstante, una vez cometido un hecho ilícito, sea penal o administrativo, en el marco del giro comercial, son muy pocas las opciones que tiene la compañía para sobrellevar los errores cometidos desde una perspectiva netamente legal. Así las cosas, nos adentraremos en el verdadero derecho regulatorio aplicado a la empresa y su quehacer, teniendo ello resultados tanto penales como comerciales.

4. La ética como un aspecto a considerar en materia de *compliance*

Mucho se discute si el cumplimiento normativo es parte de la ética de los negocios. Preliminarmente debemos advertir que la ética y el estudio de *compliance* son dos nociones diferenciadas, pero, al mismo tiempo, muy complementarias. Por una parte, la ética como rama de la filosofía, puede entenderse en términos planos como el discernimiento entre lo bueno y lo malo. En materia empresarial, la ética corporativa define la actuación empresarial entre lo aceptado y lo reprochable, pues la empresa se encuentra sujeta a parámetros éticos en sus actuaciones.

Por otra parte, el estudio de *compliance* abarca los controles normativos que toda empresa debe tener para mitigar y analizar adecuadamente riesgos legales y regulatorios.

Evidentemente existe una yuxtaposición entre estos conceptos por obvias razones: ambas nociones buscan una actuación empresarial adecuada por estándares de comportamientos (ya sean éticos o regulatorios), pero mientras que el análisis de *compliance* tiende a ser muy concreto (la consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica implica una sanción establecida en el ordenamiento jurídico), este no es el caso de los dilemas éticos que el abogado corporativo puede enfrentar, ya que el problema ético supone una cantidad de matices que difícilmente se corresponden a respuestas absolutas, de verdadero o falso, o que puedan responderse fácilmente.¹⁷

Ahora bien, ¿por qué la ética empresarial es importante? por dos razones fundamentales: (i) porque puede tener consecuencias legales para el negocio y (ii) porque los reguladores tienen interés en negocios éticos. Estas dos afirmaciones son muy prácticas: al negocio le interesa mantener actuaciones éticas en sus operaciones comerciales. Así, por ejemplo, el principio de transparencia empresarial, entendido como realizar negocios de forma sincera y abierta, tiene particular relevancia en la cotidianidad de los negocios, pues la empresa debe ser transparente con todos sus interesados.

Cada vez hay más investigaciones que muestran vínculos entre la ética y el desempeño. Pero, a pesar de estos hallazgos, con frecuencia, el análisis ético no forma parte de la toma de decisiones gerenciales. En la mayoría de las empresas bien administradas, los análisis financieros, legales y competitivos son rutinarios y se hacen de forma explícita. Por el contrario, la ética se considera como algo instintivo o una “reacción visceral” y se maneja *ad hoc*, conforme surjan los problemas.¹⁸

¹⁷ Así, mientras en materia de cumplimiento normativo las respuestas a los problemas planteados tienen una respuesta u otra (v.g. es aplicable o no una sanción, se asume o no se asume el riesgo planteado) en materia de dilemas éticos muchas veces las preguntas y respuestas son mucho más grises y relativas (y dependerá, en buena medida, en cabeza de quien corresponda tomar la decisión de la situación planteada).

¹⁸ Paine, Lynn, “Ethics: A basic framework”, *Harvard Business Review*, 2007, p. 1.

Evidentemente, cada empresa representa características propias y únicas desde la perspectiva ética.¹⁹ Precisamente por ello, en materia empresarial, lo que opinan de nosotros como compañía sí importa e impacta en el valor y percepción de la empresa.²⁰

La reputación empresarial, entonces, tiene mucho que ver con una actuación adecuada a ciertos valores culturales (tanto internos de la empresa, como externos en el ambiente que se desarrolla) y conductas contrarias a lo generalmente aceptado deben ser reprochadas por la organización inmediatamente. No en vano, en opinión del Departamento de Comercio de los Estados Unidos en su Manual de Ética Empresarial para negocios responsables en mercados emergentes, se señala que las orientaciones primarias de un programa ético deben ser:

- a. Un enfoque basado en el cumplimiento, que “se centra principalmente en prevenir, detectar y sancionar las infracciones de la ley”.
- b. Un enfoque basado en valores, que “tiene como objetivo definir los valores organizacionales y fomentar el compromiso de los empleados con las aspiraciones éticas”.
- c. Un enfoque satisfactorio de las partes interesadas externas mediante el cual las empresas “esperan mantener o mejorar su imagen pública y sus relaciones con las partes interesadas externas”.
- d. Un enfoque de protección de la alta dirección, que “se introduce en parte para proteger a los propietarios y a la alta dirección de la culpa de fallas éticas o problemas legales”.²¹

Esto representa un enfoque legalista de los problemas éticos aplicado a los negocios. Pero la realidad empresarial contemporánea es que el problema pudiera ser mucho más abstracto y mucho más que un simple análisis de aplicación de ley. Normalmente, las compañías tienen

¹⁹ U.S. Department of Commerce, International Trade Administration, *Business Ethics: A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies*, Washington, U.S. Department of Commerce, 2004, p. 47.

²⁰ Imagínese el impacto de una controversia ética en el valor de las acciones en el caso de las empresas que cotizan en bolsa pública de valores o el rechazo por parte de los consumidores en su rol de activistas.

²¹ U.S. Department of Commerce, *Business Ethics...*, ob. cit., p. 46.

códigos de ética que representan los valores natos de la organización y sirven de un compilatorio de normas éticas (que generalmente son vagas, generales, y abstractas). No obstante, el razonamiento detrás de las normas éticas se fundamenta en reglas que pueden o no estar escritas (aunque en la actualidad, es una regla de sentido común la existencia de código éticos).

La ventaja de tener un código en este sentido es la normatización del problema a través de mandamientos institucionales. En este sentido, el valor de los códigos éticos proviene tanto en la comprensión de dichos códigos como de su capacidad para apelar a las emociones.²² La culpa, la vergüenza, la conciencia, el orgullo por la profesión pueden ser tan importantes como la razón para motivar el comportamiento ético.²³ Los elementos emotivos son una consideración importante para decidir cómo crear códigos con impacto para los empleados de una organización.

Ahora bien, como la ética es compleja, se requiere una metodología para afrontarla. En este sentido, PAINE sostiene la utilidad de establecer un marco de referencia, que no es más que una metodología conceptual sobre los problemas meramente éticos y con impacto empresarial. Para ello, deben valorarse elementos básicos en cada situación en concreto: los deberes de las partes intervinientes en el dilema ético, los derechos involucrados, la mejor acción (entendido esto como el estándar aplicable, dado que representan una conducta que es deseable, pero que no es necesariamente obligatoria),²⁴ y finalmente, los compromisos asumidos por las partes del problema respecto a la organización.

Esta metodología tiene sentido pues analiza las siguientes preguntas: ¿qué debía hacer el infractor? ¿qué derecho ha sido violentado? ¿qué estándar o norma ética es aplicable? ¿qué compromiso tiene el infractor frente a la empresa? Estas preguntas sirven de guía para el oficial o gerente legal y de cumplimiento, aunque no dejan de ser un ejercicio casuístico. El análisis ético exige un pensamiento riguroso y

²² Gilman, Stuart C., *Ethics Codes and Codes of Conduct as Tools for Promoting an Ethical and Professional Public Service: Comparative Successes and Lessons*, documento preparado para el Banco Mundial, Washington DC, 2005, p. 6.

²³ Idem., p. 6.

²⁴ Véase Paine, *Ethics: A Basic...*, ob. cit., p. 3.

un análisis profundo de pros y contras.²⁵ La mayoría de las veces, también requiere investigación y recopilación de información sobre leyes y reglamentos, códigos de conducta, prácticas habituales y opiniones emitidas.²⁶ Al igual que el análisis estrictamente legal, el análisis ético—muchas veces consecencial a un problema legal— requiere método y objetividad.

Evidentemente, no existen respuestas correctas en esta materia y se requiere profunda reflexión en cada caso en concreto, ponderando los intereses de la empresa y el impacto de su actuación corporativa frente a sus accionistas, empleados, la sociedad y la opinión pública. La posibilidad del establecimiento de pasos a seguir puede ayudarnos a clarificar situaciones fácticamente complejas. Es por ello que la ética requiere un marco de referencia para establecer lineamientos objetivos que faciliten las decisiones ético-corporativas.²⁷

Este marco involucra cuatro preguntas fundamentales que un actor (un individuo, una compañía o un grupo) deberían considerar cuando evalúa un posible curso de acción: (i) ¿Esta acción concuerda con los deberes básicos del actor? (ii) ¿Respeto los derechos y otras reivindicaciones legítimas de las partes afectadas? (iii) ¿Refleja las mejores prácticas? (iv) ¿Es compatible con los compromisos más arraigados del actor?²⁸

Lo interesante de la formulación y aplicación de un marco de referencia es que supone un claro análisis de los hechos y establecimiento concreto de los estándares aplicables, y provee herramientas para la toma de decisiones del negocio. En este punto, bien puede hablarse de principios que rigen la actividad empresarial (que pueden estar o no comprendidos por el código de ética de la empresa) como formas de interpretación de valores culturales de la empresa, así como de valoración de una conducta determinada. En todo caso, no es necesaria una norma ética escrita para su consideración, pero es altamente recomendable la redacción de códigos éticos empresariales para dar sustento institucional a este tipo de problemáticas.

²⁵ Idem., p. 5.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem., p. 2.

A título de ejemplo, imaginemos lo siguiente. Si una empresa X establece un plan agresivo para maximizar sus costos operativos y emplea un esquema de pago de salarios muy por debajo de lo necesario para vivir en un país en vías de desarrollo para lograr una rentabilidad superior en sus objetivos corporativos, ¿debe la empresa ser reconocida por este tipo de actuaciones empresariales?

La respuesta debe ser negativa, pues, la empresa debe velar por las mejores prácticas empresariales, que son aceptadas por la opinión pública, todos los actores sociales, y en casos como este, inclusive susceptibles de una discusión profunda sobre el impacto empresarial en materia de derechos humanos. En este ejemplo, parece ser una respuesta contundente (la empresa no debe hacer esto y jamás debió ser planteado) pero no siempre estos análisis son tan contundentes.

Para complicar nuestro análisis, imaginemos lo siguiente en otro ejemplo hipotético: en una empresa del sector consumo masivo, por medio de una investigación interna realizada por el equipo de finanzas y seguridad (en una auditoría financiera), se logró constatar que un gerente de ventas se estaba vendiendo a sí mismo producto de la empresa, en contra de lo establecido por las políticas de la compañía y abusando de su posición como gerente.

De acuerdo con el código de ética de la empresa y su programa de cumplimiento, ¿es la conducta del gerente de ventas una conducta “íntegra” a la luz de los estándares de conducta corporativos? ¿Debe la empresa permitir que estos conflictos de intereses fluyan sin consecuencias o amonestaciones a los trabajadores? En este sentido, establece el programa ético empresarial que tener integridad implica que nuestras acciones, comportamientos y nuestra forma de hacer negocios sea honesta, responsable, transparente, sincera y merecedora de confianza.

En este ejemplo hipotético, el gerente de ventas ejercía una posición de liderazgo dentro de la sucursal que gerenciaba, siendo él la única autoridad de la empresa en la región donde se encontraba. Su jefe, el gerente senior de ventas, se encontraba en otra localidad muy alejada de la sucursal en cuestión. De tal manera que no existía control efectivo sobre los despachos que él mismo se autogestionaba a conveniencia. El producto comprado era pagado desde su misma cuenta nómina, y

se evidenciaba descuentos aplicados a los productos que se vendía a sí mismo.

Financieramente, el hecho de que un gerente de ventas se vendiera a sí mismo producto de la empresa era un quiebre de control, pues, en primer lugar, el gerente tenía potestad de establecer unilateralmente las mejores condiciones comerciales en perjuicio de la empresa y, en segundo lugar, representaba un manejo irregular del producto destinado a la sucursal, siendo el gerente de ventas uno de los diez clientes más importantes de la sucursal respectiva.

¿Esta situación representa un problema ético? La respuesta es afirmativa por dos razones. En primer lugar, el trabajador abusó de su posición para beneficio propio y sin rendir cuentas esto puede concluir en una conducta moralmente reprochable. En segundo lugar, la conducta del trabajador constituyó una conducta que cualquier otra persona en su posición no hubiese hecho (la conducta del trabajador no fue honesta). Ahora bien, ¿esta situación representa un problema legal? La respuesta pareciera ser negativa, al entender que el gerente no cometió un fraude frente a la empresa como delito autónomo.

Como podemos observar, cuando el dilema o problema ético sucede, la empresa se encuentra en la posición de analizar lo que está ocurriendo y tomar acciones frente a lo sucedido independientemente de la forma de su descubrimiento (líneas de teléfono de reporte, a través de los gerentes, o por reportes confidenciales). Este proceso de decisión se puede sustentar en el código de ética, pues, puede ser la norma ética que debe predominar. Pero hay situaciones, como la narrada anteriormente, que requieren una ponderación de los intereses de la empresa, los valores que deben predominar, y un análisis de aquello que está bien frente aquello que está mal y no puede ser tolerado. ¿Qué debemos hacer en todo caso? ¿Cómo enfrentar estas situaciones? ¿Cómo debe sancionarse este tipo de situaciones complejas?

Una forma de implementar soluciones a este tipo de problemas no legales es por medio de preguntas reflexivas como ya hemos adelantado: ¿me sentiría cómodo dejando esta mala práctica pasar desapercibida? La respuesta es igualmente negativa, pues, las normas éticas tienen una razón de ser y deben ser ejecutadas para la protección de la empresa

y las personas que la conforman. ¿Qué debo hacer en esos casos? ¿Tengo el valor suficiente para alertar una irregularidad y emitir una opinión firme sobre cómo debe remediarse el hecho antiético?

Evidentemente, el ejercicio de estos juicios de valor no es mecánico, pues hay personas detrás de nuestras conclusiones y su destino puede depender de nuestras decisiones (v.g. conclusiones que pueden resultar en el despido de un trabajador y una familia que se puede quedar sin sustento económico). Adicionalmente, toda sanción en esta materia debe pasar por un proceso de ponderación de los intereses de la empresa, las consecuencias del acto antiético, así como la reputación de la empresa.

Desde la perspectiva de una gerencia legal y de *compliance*, el proceso de decisión respecto a casos éticos, igualmente, tiene consideraciones grises. El problema radica en decidir qué debe ser permitido y qué debe ser considerado reprochable. Por ello, muchas veces las normas escritas son insuficientes para determinar las consecuencias de un dilema ético.

No es la intención de estas palabras ahondar en el complejo mundo de la ética empresarial. No obstante, toda gerencia legal debe enfrentarse a estas situaciones a diario y debe estar preparada en cómo proceder. El análisis legal siempre tiene una implicación ética, aunque no sea aparente. Un programa de cumplimiento debe contemplar también los problemas éticos como problemas integrantes de la realidad corporativa y establecer lineamientos de acción para cuando ocurran este tipo de situaciones.

Para el abogado corporativo, su rol de asesor legal se compagina con su rol de gerenciar un departamento legal y de *compliance*. Gerenciar no es una tarea fácil y las decisiones de ética aplican un matiz de complejidad adicional a las decisiones de negocio. Una máxima en esta materia es nunca subestimar las implicaciones éticas del negocio, pues, tarde o temprano, estaremos en la situación de enfrentar un problema ético. Al final, si la noción defendida en este trabajo defiende un sistema amplísimo de controles, la ética es en buena medida un instrumento de medición de muchos de los controles establecidos en un programa de cumplimiento y representa retos diarios para toda organización contemporánea.

II. EL ANÁLISIS DE RIESGOS COMO PARTE INTEGRANTE DE TODO PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

El riesgo en los negocios y en la vida profesional es algo normal. En nuestra vida diaria siempre asumimos riesgos y ponderamos, sin saberlo, sus consecuencias. Pero ¿qué es el riesgo? Hay dos respuestas a esta pregunta, y cada una definirá nuestra perspectiva sobre el riesgo, aunque ambas pueden entrelazarse en nuestro análisis.

Por una parte, el riesgo es la posibilidad de que algo malo suceda, y cómo algo adverso a nosotros, debe ser evadido.²⁹ Así, no es posible tolerar aquello que genere consecuencias dañinas para nosotros. Por otra parte, el riesgo también puede ser considerado como la dispersión de los potenciales eventos futuros independientemente de su resultado.³⁰ Ciertamente, el riesgo puede ser evadido para estar en una posición segura y conservadora, pero esta no es la realidad siempre. En el mundo financiero contemporáneo, el riesgo también implica oportunidades de negocio, que bien aprovechadas, puede incrementar sanamente el patrimonio corporativo o asegurar la estabilidad y sustentabilidad comercial a largo plazo.

El manejo del riesgo es precisamente el debate entre estas dos respuestas: es la operación de análisis que una empresa u organización realiza para prever y manejar las incertidumbres que depara el futuro. Existe un evidente cruce entre la noción de *compliance* y el manejo del riesgo o *risk management*, principalmente, porque el riesgo legal es sencillamente una parte del riesgo considerado como un todo, y *compliance* es, precisamente, una forma de manejar el riesgo legal corporativo.³¹

En todo caso, más allá de que estos conceptos sean antagónicos, lo verdaderamente importante es entender cuánto riesgo la empresa está de acuerdo en tolerar para lograr sus fines comerciales.³² Por ello, se ha señalado acertadamente, que un programa de cumplimiento efectivo

²⁹ Miller, *The law of...*, ob. cit., pp. 531 y ss.

³⁰ Idem.

³¹ Idem., p. 532.

³² Idem., p. 535.

debe tener un proceso de análisis de riesgo sólido, un adecuado uso de los recursos corporativos designados, y revisiones constantes a esos riesgos encontrados o potenciales.³³

La asunción de riesgos puede ser una posibilidad tanto necesaria como innecesaria, y dependerá, en la gran mayoría de los casos, de decisiones respecto a la estabilidad económica empresarial y su crecimiento o consolidación en el mercado. Por ello, no es sorpresa que cada empresa maneje el riesgo, en general, en la forma como mejor se adapte a sus necesidades de negocio, estableciendo cuál será el personal encargado para su análisis y la toma de decisiones corporativas.

Así, el riesgo corporativo a analizar es decidido por la junta directiva de la compañía o comités designados para tales efectos, por medio de una distribución del manejo del riesgo (v.g. no es lo mismo el riesgo que pudiera asumir la fuerza de venta de una compañía de consumo masivo al riesgo que otra unidad del negocio pueda asumir, aun cuando sea parte de la misma empresa). El riesgo tradicionalmente se ha tratado como un asunto meramente comercial, pero este ya no es el caso.

El riesgo legal en la actualidad es mucho mayor que el incumplimiento de un contrato o los litigios pendientes en las contingencias contables. Realmente, es la posibilidad plausible de sanciones administrativas y penales que puedan paralizar, destruir o comprometer la operación comercial nacional e internacionalmente. Por ello se ha catalogado el riesgo legal como un riesgo no cuantificable que se hace especialmente relevante en los mercados no organizados.³⁴ Es por lo que se ha afirmado que en la medida que la institucionalización aumenta, hace lo mismo la seguridad jurídica, y por consecuencia, se reduce el riesgo legal de pérdida.³⁵ Una idea fundamental en nuestra visión generalista de *compliance* es que el riesgo legal puede prevenirse, mitigarse y planificarse en determinados supuestos regulatorios.

Al riesgo legal, en estas palabras, lo denominamos bajo la categoría amplia de riesgo legal/regulatorio porque creemos que esta la

³³ DOJ, *Evaluation of...*, ob. cit., p. 3.

³⁴ Gómez Cáceres, Diego & López Zaballos, Jesús, *Riesgos financieros y operaciones internacionales*, Madrid, ESIC Editorial, 2002, pp. 135 y ss.

³⁵ Idem.

contempla en un sentido general. Como tendremos la oportunidad de analizar, las leyes y regulaciones, así como el surgimiento de un Estado Regulador, han logrado crear un ambiente complejo desde un punto de vista normativo, con lo cual, en un sentido muy amplio, por regulaciones nos referimos a toda norma jurídica que regle la vida comercial empresarial y la interacción de las empresas con la Administración Pública en cualquiera de sus formas.

Creemos que, sin lugar a duda, un correcto y sistemático análisis del riesgo legal es muy útil en su aplicación para determinar el impacto de los litigios que conciernen a la empresa, la contratación diaria comercial, obligaciones y estrategias tributarias, así como las múltiples y complejas relaciones con la Administración Pública en la regulación sectorial que nos concierne como industria.

Cabe destacar que asumir riesgos no es necesariamente algo reprochable. El riesgo, como vemos, puede ser asumido y tolerado si existen oportunidades financieras y económicas que ameriten tomarlo. Ahora bien, la pregunta de cuánto riesgo soy capaz de asumir es la clave de todo el sistema de manejo del riesgo que planteamos. De igual forma, así como las decisiones de riesgo son tomadas por los *executive top teams* y los comités y gerencias respectivas en representación de la empresa, este debe ser un proceso objetivo, directo y transparente en la identificación de riesgos y previsión de resultados y consecuencias. El riesgo no debe ser controlado por una función única del negocio, sino que, más bien, debe ser distribuido de manera útil en la organización, con los necesarios chequeos y aprobaciones previas para lograr decisiones adecuadas. Esto supone un gobierno corporativo con protocolos en este sentido y foros adecuados donde puedan tomarse esas decisiones y con transparencia.³⁶

Indudablemente, un buen gobierno corporativo es beneficioso para todas las empresas y sus administradores, toda vez que el manejo ético y transparente de las grandes corporaciones contribuye en definitiva al

³⁶ Adicionalmente, cabe destacar que garantizar las mejores prácticas de gobierno corporativo ayudan a concretizar y manejar de la mejor forma el conflicto de intereses entre administradores y accionistas en las sociedades mercantiles. Véase en este sentido, Gámez Arcaya, Francisco, "Principios de Gobierno Corporativo", en: *Revista de Derecho Público*, 2005, N° 102, pp. 37-42.

desarrollo y la inversión, la cual retorna beneficios económicos.³⁷ Es también una forma de evaluar las distintas caras de una misma organización las cuales muchas veces no pueden ser identificadas, al menos no de forma total, si la responsabilidad recae solo sobre un grupo pequeño.

Como abogados, nos vemos en una situación éticamente compleja al asesorar en áreas donde la línea entre lo legal e ilegal es muy delgada y los argumentos a favor y en contra son igualmente considerables. En esta área gris, el riesgo legal, una vez analizado por los actores interesados, presenta ante nosotros la siguiente pregunta comercial: ¿me conviene o no me conviene cumplir? Éticamente, como abogados, no podemos asesorar ir abiertamente en violación al ordenamiento jurídico sin que medie una justa causa.³⁸ Lo que sí puede el abogado es asesorar en cómo navegar la regulación exhaustiva a la que se enfrenta el negocio.

Precisamente estas complejidades ameritan, racionalmente, el uso de matrices para guiarnos en nuestras decisiones como asesores legales corporativos. Por ello, para analizar el riesgo legalmente considerado, siempre es de utilidad una matriz de riesgos que nos ayude a categorizar y tratarlo adecuadamente, independientemente de la decisión de negocio que finalmente se tome (pues pudiera ser el caso que la solución estrictamente legal, no es la decisión comercial por tomar, y ello no es algo reprochable). Ahora bien, categorizar los distintos tipos de riesgos asignándoles un valor ayuda a una diferenciación entre los riesgos, logra una localización de recursos con cada riesgo en específico.³⁹ Acertadamente señala BOGHRATY, usando el ejemplo de la actual regulación de la FCPA y sus consecuencias, que mitigar riesgos implica mapearlos gráficamente.

Por ello, una forma de ejemplificar el riesgo es por medio de una escala de magnitudes conforme con la siguiente categorización cualitativa⁴⁰:

- a. Riesgo alto: Multas y sanciones que exceden \$100 millones de dólares y pérdida de la licencia de comercio (*riesgo legal*/

³⁷ Idem.

³⁸ Por ejemplo: el respeto a la dignidad humana ante una regulación que la vulnera o que peca de discriminatoria.

³⁹ Boghraty, Babak, *Organizational Compliance and Ethics*, New York, Aspen Publishers, 2019, p. 429.

⁴⁰ Esquema original de Babak Boghraty en *Organizational Compliance and Ethics*, con comentarios nuestros en corchetes.

regulatorio/político); otras formas de pérdida financiera que exceden \$20 millones de dólares (*riesgo financiero*); impacto muy significativo y negativo en los medios de comunicación (*riesgo reputacional*); pérdida del *market share* excediendo el 3% (*riesgo financiero*); terminación de uno o más miembros de la junta directiva (*riesgo reputacional*).

- b. Riesgo medio: Multas y sanciones entre 1 millón y 100 millones de dólares [*riesgo legal/regulatorio/político*]; otras formas de pérdida financiera entre 500K a \$20 millones de dólares [*riesgo financiero*]; impacto negativo en los medios de comunicación [*riesgo reputacional*]; pérdida del *market share* por debajo del 3% [*riesgo financiero*]; terminación de uno o más ejecutivos de la compañía [*riesgo reputacional*].
- c. Riesgo bajo: Multas y sanciones por debajo de un 1 millón de dólares [*riesgo legal/regulatorio/político*]; otras formas de pérdida financiera por debajo de 500K [*riesgo financiero*]; impacto limitado pero negativo en los medios de comunicación locales [*riesgo reputacional*]; baja en la moral de los empleados [*riesgo reputacional*]; terminación de uno o más empleados de la compañía [*riesgo reputacional*].

Esta escala de magnitudes puede ser aplicable a cualquier situación legal/regulatoria, independientemente de la industria. El análisis de riesgo, en todo caso, debe ser lo suficientemente completo para que la empresa haya analizado y abordado los diversos riesgos que presentan, entre otros factores, la ubicación de sus operaciones, el sector industrial, la competitividad del mercado, el panorama regulatorio, clientes potenciales y socios comerciales, transacciones con gobiernos extranjeros, la realización de potenciales pagos a funcionarios, obsequios, gastos de viaje y entretenimiento, y donaciones caritativas y políticas,⁴¹ y todas sus consecuencias para el negocio.

Otro ejemplo del uso de matrices es ponderar la posibilidad de ocurrencia (bajo, medio, alto) versus el impacto efectivo al negocio (bajo, medio, alto), dando lugar a las siguientes combinaciones posibles:

⁴¹ DOJ, *Evaluation of...*, ob. cit., p. 3.

		PROBABILIDAD DE OCURRENCIA		
		BAJO	MEDIO	ALTO
IMPACTO AL NEGOCIO	BAJO			
	MEDIO			
	ALTO		Multas y sanciones que exceden \$100 millones de dólares y pérdida de la licencia de comercio <i>[riesgo legal/regulatorio/político]</i>	

*Leyenda: (gris claro) combinación impacto/probabilidad baja,
(gris oscuro) combinación impacto/probabilidad media,
(blanco) combinación impacto/probabilidad alta*

Ejemplo de matriz cruzada de riesgo para análisis de decisiones de negocio

En este ejemplo se hace un análisis de riesgos comparativo entre su probabilidad de ocurrencia e impacto, y la ubicación en la matriz dependerá del contexto de cada negocio en y sus circunstancias. Lo importante es entender que el riesgo siempre existirá y que hay un riesgo inherente en cada proyecto comercial que la empresa desea realizar y que es inevitable. En este sentido, lo fundamental es saber cómo analizar y categorizar el riesgo legalmente para asesorar a nuestros clientes como abogados de empresa. Ahora bien, así como el riesgo legal es de vital importancia, el riesgo puede dividirse en múltiples tipos, siendo todos ellos importantes en el quehacer corporativo y nuestro análisis del caso en concreto.

En este trabajo, por razones obvias de este estudio, nos enfocaremos en el riesgo regulatorio. Adicionalmente, el riesgo político se presenta como una clase de riesgo muy particular que las empresas en Venezuela también deben considerar en su *risk assessment*.

1. El riesgo financiero

El riesgo financiero se compone por múltiples riesgos conexos y es una precisión fundamental para la toma de decisiones del negocio como

entidad comercial. Probablemente, sea uno de los riesgos considerados fundamentales por las organizaciones, pues naturalmente, el impacto financiero es la mayor preocupación de cualquier empresa. Así, existe el riesgo crediticio cuando las compañías tienen acceso a créditos bancarios y la posibilidad de incumplimiento con los términos acordados. Por otro lado hallamos el riesgo de liquidez de la empresa, que tiene que ver con los fondos sociales y el flujo de caja que maneja la sociedad mercantil, así como el capital operacional necesario para la continuidad del negocio.⁴²

Otros ejemplos de valor son el riesgo de mercado, considerado como aquél donde se analiza las fluctuaciones del precio de los bienes o servicios comprados por la organización; y el riesgo estratégico considerado por la posición empresarial de la organización frente a otras y su cuota de mercado.⁴³

Fíjese que el riesgo financiero siempre puede diversificarse, lo que quiere decir que pueden existir múltiples riesgos, y cada uno puede ser tratado y asumido de formas distintas por el negocio.

2. El riesgo político

El riesgo político o riesgo país es el que concurre en las deudas de un Estado globalmente consideradas, por circunstancias inherentes a su soberanía.⁴⁴ Hay varias formas de medir el riesgo político, pero a los fines de este trabajo es importante entender dos cosas: (i) el riesgo político es *inevitable*, siempre existirá y tendrá variaciones según cada Estado individualmente considerado, y (ii) el análisis del contexto del país que nos enfoquemos incrementará o decrecerá nuestra categorización del riesgo que implica hacer negocios en ese país. De esta manera, existen riesgos de la inversión en el extranjero, entendida ésta como los peligros existentes en la tenencia de los activos en el extranjero del negocio, como también en la misma jurisdicción donde se realizan (v.g.

⁴² Boghraty, Babak, *Organizational Compliance...*, ob. cit.

⁴³ Idem. El riesgo de mercado se debe al hecho de que existen otros peligros económicos que amenazan a todas las empresas. Véase LaMay, Frank, *Corporate Finance*, Wharton School of Business, McGraw-Hill, 2017.

⁴⁴ Ruiz, Lucía & Becerra, Luis, "El riesgo político de un país", en: *Revista Académica e Institucional de la Universidad Católica de Pereira*, 2000, N° 58, p. 1.

riesgos relativos a actos materiales de la Administración Pública que pongan en peligro la sustentabilidad del negocio y su operación o los hechos denominados como “del príncipe”).

En forma muy amplia, el riesgo político puede ser meramente económico –como la posibilidad de que un Estado no pueda cumplir con sus obligaciones frente a otros Estados o privados– como también puede ser sobre su tratamiento a los derechos humanos o la corrupción. Para nuestra discusión, nos interesa entender el riesgo político de una forma muy amplia entendiendo que hay riesgo político por el manejo de las políticas públicas que afectan la economía y seguridad nacional, así como también se encuentra presente por el hecho de cómo es percibido el país frente a sus pares en materia de corrupción de sus funcionarios públicos, privados y respeto a los derechos humanos.

El Banco Mundial reporta anualmente indicadores financieros existentes de sus miembros, así como reputadas instituciones financieras. Igualmente, existen múltiples instituciones no gubernamentales que prestan el servicio de categorización del riesgo país, como existen organizaciones como Transparencia Internacional que se encargan de medir los índices de corrupción de todos los países del mundo.⁴⁵

No es el objetivo de estas palabras explicar cómo se calcula el riesgo político pues existen varias formas de hacerlo. Lo importante es precisar que hacer negocios en un país con un riesgo político alto, necesariamente debe ser un factor a considerar en cualquier *risk assessment* por razones obvias: incrementan la posibilidad de múltiples resultados. Ahora bien, en un análisis mucho más enfocado a las transacciones diarias, las empresas en su giro comercial se ven obligadas a interactuar con la Administración Pública en todas sus formas, así como funcionarios públicos que representan al Estado para la obtención de permisos administrativos, habilitaciones, liquidar impuestos, dar fe pública de documentos, entre otras tantas actividades.

De igual forma, el establecimiento comercial ubicado en uno u otro país tiene distintas apreciaciones sobre el riesgo de la inversión por el contexto en el que se ubican. Pero interactuar con funcionarios públicos no necesariamente expone a la empresa. Así, es oportuno afir-

⁴⁵ Véase a modo de ejemplo el informe del año 2021 en <https://bit.ly/3Pn3gST>

mar que no cualquier funcionario entra en la categoría de PEP, como tendremos la oportunidad de estudiar en el marco de las regulaciones AML, y como nociones presentes en todo programa de cumplimiento.

3. El riesgo reputacional

Como entidad empresarial, independientemente de la industria que se trate, hay una reputación comercial que defender y que se asocia a los productos y servicios de esa compañía en concreto. El riesgo reputacional es el riesgo que las noticias acerca de la organización puedan decrecer o aumentar la estima mantenida por la organización y apreciada así por el público en general.⁴⁶ Es precisamente esa buena opinión o consideración que se tiene sobre una empresa, la calidad de los productos o servicios que ofrece, la confiabilidad de su personal, así como lo que implica su marca corporativa que nadie más realiza, lo que hace que la reputación comercial sea un intangible invaluable y que se puede perder fácilmente.

Imagínense las consecuencias del siguiente escenario: una farmacéutica es descubierta realizando pruebas médicas en personas provenientes del mundo en desarrollo sin explicar los graves riesgos a la salud de tales pruebas. Esto pudiera destapar múltiples situaciones, inversores activistas, boicots contra la empresa, audiencias públicas ante el Congreso, boicots por los consumidores, e investigaciones por las agencias regulatorias respectivas.⁴⁷

Ciertamente se ha afirmado que la reputación comercial es un poder de atracción creado por la continuidad de un esfuerzo cualitativo y cuantitativo representativo de una inversión y de un esfuerzo exitoso, y por ello, es el motor invisible que hace al consumidor moverse en una dirección a una fuente de producción o venta. En efecto, la reputación comercial es lo que diferencia un negocio existente que penetra, o intenta penetrar, en el mercado.⁴⁸ Pero eventos desafortunados, negligencia propia, mal manejo de las relaciones públicas y comunicacionales,

⁴⁶ Miller, *The law of...*, ob. cit., p. 540.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Bentata, Víctor, *Teoría General de las Prácticas Económicas Ilícitas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1995, p. 100.

pueden hacer que la reputación se vea comprometida impactando al negocio.

Han sido famosos los escándalos de acoso sexual de altos directivos de empresas reconocidas y sus impactos catastróficos en la bolsa de valores. Evidentemente este no es un riesgo que del todo pueda preverse, pero que ciertamente tiene un peso en las decisiones corporativas de las compañías. El daño a la reputación puede ser particularmente peligroso porque toma mucho tiempo en reconstruirse; una compañía catalogada como la “gente mala” no puede convertirse en los “chicos buenos” de la noche a la mañana.⁴⁹

4. El riesgo regulatorio

La legislación y la regulación son parte fundamental del esquema de negocios de la empresa. Los Estados, como entes de autoridad, promulgan y ejercen el poder de prescribir conductas y regulan la vida de todos nosotros como ciudadanos. Este es un derecho innegable de todos los Estados soberanos del planeta: el poder de dictar derecho y hacer cumplir sus normas. Ahora bien, la empresa debe adaptarse al ambiente regulatorio lo antes posible para seguir sus objetivos corporativos y cumplir con las regulaciones existentes. Pero, las regulaciones son cambiantes y dinámicas de acuerdo con las necesidades del Estado o la dinámica del mercado por lo que el trabajo, en este sentido, es progresivo.

El riesgo regulatorio es el riesgo de que las leyes y regulaciones cambiarán de manera tal que tendrán un impacto en los resultados corporativos,⁵⁰ ya sea de forma negativa o positiva. Esto puede ser, *v.g.*, una reforma tributaria compleja o el cambio de un esquema estatal de negocios en determinado sector industrial. Las posibilidades pueden ser múltiples e impredecibles.

Dentro de esta categoría se incluye el riesgo sectorial, en el cual, ciertas industrias son más propensas a ciertos riesgos por corrupción, por ejemplo, por *(i)* altos niveles de interacción con el gobierno; *(ii)* altos niveles de regulación; *(iii)* contratos de duración prolongada; *(iv)* proyectos grandes y complejos con múltiples socios privados o

⁴⁹ Miller, *The law of...*, ob. cit., p. 540.

⁵⁰ Idem.

públicos. Tradicionalmente, sectores de alto riesgo son aquellos considerados como industrias extractivas (v.g. la industria petrolera y minera), construcción e infraestructura, defensa y telecomunicaciones.⁵¹

Desde un punto de vista económico, el Estado tiene un recurso básico, que como principio general, no es compartido con nadie e inclusive ni con sus más poderosos ciudadanos: el poder de coercer.⁵² La teoría económica de la regulación sostenida por STIGLER mantiene la idea que la regulación puede ser buscada activamente por una industria, o puede ser impuesta sobre ella.

Así, por regla general, la regulación es adquirida por la industria y está diseñada y operada principalmente para su beneficio.⁵³ Por ello, sostiene STIGLER, ocurre una situación curiosa: las empresas prefieren la promulgación de regulaciones porque operan como barreras a la entrada de competidores potenciales o que de otra manera ponen en desventaja a los productos sustitutos o favorecen los productos complementarios a los suyos.⁵⁴ Así, el análisis regulatorio no implica, necesariamente, una situación negativa para la empresa. Las regulaciones pueden ser muy beneficiosas para las empresas, y sus riesgos asociados, no necesariamente implican un impacto negativo para los negocios.

En el caso venezolano, el aspecto regulatorio es clave al existir mecanismos de regulación que afectan, principalmente, la regulación de precios, de la oferta de productos, una legislación laboral rígida, así como una intervención directa en actividades netamente privadas.⁵⁵ La novedad más obvia del Estado administrativo moderno es el extraordinario incremento en el alcance y complejidad de las regulaciones en todo sector económico, con una tendencia legislativa a regular más exhaustivamente sobre el siempre creciente dominio de la actividad privada.⁵⁶

⁵¹ Boghraty, *Organizational Compliance...*, ob. cit., pp. 427-428.

⁵² Stigler, George, "The Theory of Economic Regulation", en: *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, Vol. 2, N° 1, p. 4.

⁵³ Idem., p. 3.

⁵⁴ Martin Lodge, Edward C. Page, and Steven J. Balla, George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation" por Chris Carrigan and Cary Coglianese, *The Oxford Handbook of Classics in Public Policy and Administration*, 2015, pp. 287 y ss.

⁵⁵ Pavel Gómez, *Regulación en Venezuela: adaptación y supervivencia*, Debates IESA, Vol. 13, N° 1, 2008, pp. 14-19, especialmente p. 15.

⁵⁶ Véase en general Miller, *The law of...*, ob. cit., pp. 141 y ss.

Por ello, las compañías deben analizar adecuadamente el riesgo a eventuales regulaciones que pueden comprometer la operación y mantener el relacionamiento con los *stakeholders* más importantes en su industria respectiva.

III. LOS ELEMENTOS CLAVES DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Así como el riesgo y su análisis es fundamental como presupuesto para iniciar negocios o establecer relaciones comerciales con cualquier persona, hay elementos claves que siempre tienen que estar para establecer un programa de cumplimiento fuerte estructuralmente. Analicemos estos elementos de forma abstracta, para luego aplicarlos en cada capítulo respectivo, ya que una empresa puede tener múltiples programas de cumplimiento para diversos problemas y regulaciones diferenciables.

No en vano, para aplicar la materia bajo estudio, es necesario hacer un análisis sistemático de cada órgano del programa de cumplimiento como si fuese un cuerpo humano. Cada elemento de la estructura que planteamos –nada nueva en realidad– tiene sus ventajas que, en conjunto, pueden crear un sistema flexible de controles y de prevención. Los estudiamos de seguidas.

1. Las normas ISO como punto previo

Las normas ISO son dictadas por la Organización Internacional de Estandarización (ISO, por sus siglas en inglés) con la finalidad de estandarizar y crear guías para procesos aplicables a cualquier tipo de organización en el marco del establecimiento de sistema de calidad que garanticen las necesidades y expectativas de los usuarios de tales procesos. La ISO es una organización internacional no gubernamental independiente con una membresía de 165 organismos nacionales de normalización.⁵⁷ Así, la ISO tiene como objetivo la orientación, coordinación, simplificación y unificación de criterios a las empresas y organizaciones al estandarizar las normas de productos y servicios.

⁵⁷ International Organization for Standardization, en <https://www.iso.org/about-us.html>.

Por medio del establecimiento de estándares, que son previamente aprobados por expertos internacionales en la materia de que se trate, la ISO provee herramientas de guía para empresas, organizaciones, asociaciones, entre otros, respecto a las mejores prácticas en determinadas materias en específico. De esta forma, una primera aclaratoria sobre esta materia, es que las normas ISO son *normas técnicas* en estricto sentido, y *no son normas jurídicas* en los términos propios del ejercicio del derecho.

El término “estándar internacional” tiene una variedad de significados en el uso convencional. En su forma más rígida, puede significar una norma internacional expresada en una obligación convencional pero este no es el sentido aplicable a las normas ISO. Un estándar internacional es una norma para una actividad basada en el mercado. La norma técnica puede expresarse directamente o como una regla de cómo los gobiernos deben tratar de influir (o no influir) en el comportamiento privado. Un estándar internacional tiene dos atributos esenciales: (i) que ha sido prescrito o recomendado por una institución creada para tal fin y (ii) la institución debe ser internacional en el sentido de que involucra la participación de personas de más de dos países.⁵⁸

La mayoría de las instituciones que dictan estándares internacionales son organizaciones privadas, no tienen jurisdicción para prescribir estándares a gobiernos o actores económicos privados. Por ello, el interés por seguir el estándar no es una obligación legal, sino un interés propio y privado. A menudo, los estándares van acompañados de etiquetas, marcas, o certificaciones que se basan en la información como medio para reforzar el estándar.⁵⁹

Así, existen estándares que pueden tratarse de la fabricación de un producto, la gestión de un proceso, la prestación de un servicio o el suministro de materiales. En todos estos casos, los estándares cubren una amplia gama de actividades. Los estándares son la sabiduría destilada de personas con experiencia en su tema (fabricantes, vendedores, compradores, clientes, asociaciones comerciales, usuarios o

⁵⁸ Charnovitz, Steve, *International Standards and the WTO*, George Washington Law Faculty Publications & Other Works, 2005, p. 3.

⁵⁹ Idem.

reguladores) y que conocen las necesidades de las organizaciones a las que representan.⁶⁰

2. Los elementos claves de acuerdo con la norma ISO 37301

La novísima norma ISO 37301 sobre el sistema de gestión de *compliance* es una *norma técnica* que representa las mejores prácticas en la materia de cumplimiento. No obstante, la norma ISO 37301 al ser una norma técnica y no una norma jurídica en estricto sentido, no tiene un carácter obligatorio para la empresa por no ser dictada por un órgano de carácter público. Ahora bien, que las normas no sean de aplicación obligatoria, no quiere decir que dichos estándares sean obviados inmediatamente por las empresas. Por ello, es certero afirmar que la norma ISO por definición, es una *norma de referencia*.

La tesis tradicional sobre la naturaleza de las normas jurídicas subyace en la premisa que la normatividad de la norma deriva precisamente por su carácter coercitivo.⁶¹ A los efectos de este trabajo, la norma –independientemente de su fuente– tiene poder no por su posibilidad de ejecución sino por su mera existencia y carácter de obligatoriedad. La empresa contemporánea no cumple con el derecho porque desea evitar ser sancionada, la empresa cumple porque está obligada a hacerlo y ello representa en sí mismo la mejor práctica posible: el respeto de la legalidad y sus formalidades.

Las normas ISO, aunque optativas, pueden guiar a la empresa en el establecimiento de su programa de cumplimiento que mejor se adecúe a sus necesidades, de tal forma, que la norma ISO 37301 es una fuente de referencia técnica en la materia que nos ocupa y no una imposición legal. En este sentido, la norma ISO no es obligatoria de acuerdo con el derecho internacional, ni es obligatoria en el marco del derecho doméstico de los Estados.

Así, aunque la norma ISO 37301 es una norma técnica referencial, provee un resumen de las tendencias y mejores prácticas empresariales en materia de cumplimiento. En este trabajo no nos enfocamos en un

⁶⁰ International Organization for Standardization, en <https://www.iso.org/standards.html>.

⁶¹ Véase en general Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Madrid, BOE, 1995.

estudio exhaustivo de la norma ISO 37301 porque nuestra intención es recoger los principios generales de derecho aplicables a la materia de cumplimiento normativo. Las normas ISO son normas técnicas, y por ello, buena parte de los elementos clave de todo programa de cumplimiento son un resumen, precisamente, de dichas normas técnicas referenciales.

De esta manera, cabe reseñar la importancia de la norma ISO 37301 como referencia para las grandes empresas transnacionales por su confianza, simpleza y posibilidad de certificación por parte de organizaciones privadas. Sostiene la norma ISO 37301 que las organizaciones que buscan tener éxito a largo plazo necesitan establecer y mantener una cultura de cumplimiento, considerando las necesidades y expectativas de las partes interesadas. Por ende, el cumplimiento no es sólo la base, sino también una oportunidad para una organización exitosa y sostenible.⁶² En efecto, este es el sentido y propósito de todo programa de cumplimiento.

La norma ISO 307301 presenta varias novedades desde la perspectiva técnica. En primer lugar, la norma ISO es la primera norma de cumplimiento técnico certificable, lo que permite que terceros puedan dar fe del cumplimiento del estándar realizado por otras organizaciones y puedan verificar que existe un adecuado programa de cumplimiento y análisis de riesgos. En segundo lugar, la norma ISO reconoce que la empresa se encuentra en un entorno altamente regulado y que requiere de un análisis exhaustivo interno y externo para la evaluación de su programa de cumplimiento. En tercer lugar, se fomentan las herramientas de denuncia interna como mecanismo de detección de irregularidades o incumplimiento del programa como parte activa de la cultura organizacional de la empresa. En cuarto lugar, la norma ISO pondera su análisis en un enfoque de evaluación de riesgos de cumplimiento y propone alternativas técnicas para su evaluación.

Finalmente, la norma ISO incluye en sus recomendaciones el impulso de la cultura del *compliance* como corazón latente del programa de cumplimiento. De esta manera, el programa de cumplimiento debe

⁶² International Organization for Standardization, *ISO 37301:2021, Compliance management systems – Requirements with guidance for use*, 2021.

velar por la promoción de una cultura ética, donde todos los empleados conozcan sus responsabilidades y roles, involucrando a toda la organización en asegurar la viabilidad de la empresa a largo plazo. Nuevamente, y como tendremos la oportunidad de analizar, muchas de las consideraciones de la norma ISO son aplicables en esta obra como principios de cumplimiento, y en consecuencia, analizadas con un trasfondo de análisis legal empresarial.

A. El compromiso gerencial

En primer lugar, la junta directiva de la empresa, así como su gerencia *senior* deben estar comprometidos con el establecimiento de un programa de cumplimiento, su ejecución y respeto a las políticas corporativas derivados de él. Esto es fundamental para que el resto de la organización pueda entender la importancia que existe en este sentido y, además, sientan la necesidad de también participar en él.

Para ello es fundamental que la empresa: (i) Establezca un programa de cumplimiento por escrito, como conjunto de normas internas y estándares aplicables a la organización en su negocio y actividad comercial; (ii) Dedique suficientes recursos humanos y económicos para el cumplimiento cabal de su programa de cumplimiento. Al ser *compliance* un departamento *in-house*, se requiere personal capacitado para la labor interna corporativa; (iii) Se asegure que la gerencia *senior* que participe en la toma de decisiones críticas del negocio coparticipe en los programas de cumplimiento; (iv) Desarrolle una cultura corporativa de *compliance* que se nutra y se divulgue a toda la compañía y a todos sus empleados sin distinciones; e (v) Impulse el programa de cumplimiento, el cual debe ser respaldado por la junta directiva y la alta gerencia en cada fase de los procedimientos de cumplimiento, manteniéndose involucrada de forma activa y transparente.

Cabe precisar que el gobierno corporativo no se define fácilmente y tiene múltiples problemas. Los enormes accionistas institucionales están buscando más poder en sus empresas, mientras que los interesados clave buscan que su opinión sea escuchada.⁶³ Los dividendos por

⁶³ En Estados Unidos, por ejemplo, la conversación está cambiando de manera significativa gracias al impulso de los principales accionistas institucionales en estados azules o liberales como Nueva York y California.

obtener, la regulación y la reputación son cuestiones clave que toda junta de corporaciones debe enfrentar. La dinámica de la junta directiva y el CEO también presenta sus retos en cuanto el apoyo al programa de cumplimiento corporativo. Claramente, la agenda del *compliance officer* es que se cumplan las políticas de la empresa. Pero esto no es siempre un trabajo sencillo.

Esta situación ya no es nueva. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, desde *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, se ha sostenido que la junta directiva de las empresas tienen la obligación de asegurarse que la organización tenga sistemas establecidos para monitorear el cumplimiento de la ley.⁶⁴ Inclusive, la junta directiva empresarial tendría el “deber afirmativo en crear algún tipo de mecanismo de cumplimiento”.⁶⁵ Estas declaraciones establecieron a los programas de cumplimiento corporativo en las agendas de las juntas corporativas⁶⁶.

Como abogado de la empresa, por una parte, estamos en la obligación de proteger al CEO y su junta directiva. Por otra parte, y al mismo tiempo, somos el abogado de la empresa, no expresamente del CEO y sus representantes. Siempre existirá la tensión entre estos intereses y agendas, y eso es normal. Ahora bien, el apetito por el riesgo debe ser evaluado porque la junta directiva desea realizar más y más inversiones para obtener mayor utilidad, mientras que el abogado de la empresa debe navegar los riesgos legales potenciales (ya sea para mitigarlos o tener planes de acción en caso de que se materialicen) mientras se hacen más dividendos para los accionistas. Evidentemente, estar en el medio entre el CEO y la junta directiva es clave para el *general counsel* y toda gerencial legal. Pero para ello, los abogados de la empresa tienen que construir credibilidad en la organización. Cada programa de cumplimiento, y cada departamento legal, debe ser auténtico y crear su propio perfil.

⁶⁴ In re *Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996). { TA \l “In re *Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).” \s “In re *Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).” \c 1 }

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Hess, David, *Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*, working paper, Stephen M. Ross School of Business, University of Michigan, 2015, p. 15.

Las políticas corporativas deben ser comunicadas desde lo más alto de la empresa. Debe existir un compromiso con la difusión y ejecución de las políticas corporativas en materia de cumplimiento normativo. Eso implica una continua y amplia difusión a todo el personal de la empresa, mediante campañas comunicacionales internas, de cómo la empresa es responsable cumpliendo todas sus obligaciones y cómo esto la fortalece en su negocio.

Estas políticas no son solo para los empleados, sino que la campaña comunicacional debe extenderse a los consultores externos, proveedores, socios, contratistas, pasantes y aprendices. Todos deben entender las consecuencias de una falla en el sistema de *compliance* y sus terribles consecuencias para la empresa (multas cuantiosas, cierre, sanciones penales contra empleados). Así, respetar nociones básicas de *compliance* debe ser una regla para la contratación de cualquier externo a la empresa.

B. El proceso de análisis del riesgo y *due diligence* sobre clientes

En segundo lugar, es fundamental el establecimiento de un flujograma de la actividad empresarial y definir sus fases críticas a los ojos del programa de cumplimiento. El riesgo puede ser categorizado de una manera ordenada, si conocemos las fases del proceso comercial donde se perfeccionan. Cada actividad comercial es distinta y posee un flujograma distinto, así como regulaciones sectoriales en específico. Un ejemplo de esto es el programa de cumplimiento que debe tener una compañía norteamericana en sus órdenes de venta en materia de exportación de bienes, y la posibilidad de entablar una relación comercial con una entidad o persona (i) sancionada administrativamente, (ii) con riesgos potenciales al estar relacionada con una persona sancionada administrativamente o catalogada de cuidado, o (iii) con riesgo reputacional.

Fíjese que este flujograma, es fundamental cuando los clientes buscan a la empresa y solicitan pedidos de productos o servicios. Es en este momento cuando el procedimiento de *compliance* se dispara y requiere investigar al cliente a través de procedimientos de *know your customer*. Pero igualmente pueden surgir dudas en la medida que se concretan esos pedidos del cliente, y como empleado responsable de atender al

cliente, tenga que reportar a su supervisor o indagar aún más sobre la información que nos proporciona.

Nuevamente, cada empresa funciona de forma distinta y tiene un modelo de negocios particular que será fundamental al momento de definir cuáles son aquellas funciones críticas para el negocio que asumen o tienen contacto con operaciones riesgosas a nivel legal. Las respuestas del *general counsel* y su gerencia legal deberían ser un eterno dinamismo y creatividad para lograr soluciones óptimas para navegar los riesgos legales del negocio. Por ello, la idea es acomodar la decisión de negocio en el camino legal, ya que el trabajo es gestionar los riesgos legales en todos los casos. Siempre es recomendable en cada transacción preguntarse entonces: ¿cuál es su mayor riesgo?

En un sentido amplio, esto se ha denominado manejo del riesgo empresarial o *enterprise risk management* (ERM) que engloba las siguientes ideas: (i) el riesgo como la probabilidad de ocurrencia de diferentes resultados; (ii) el riesgo es distribuido ampliamente a lo largo de la organización de acuerdo con su gobernanza corporativa y la participación de la gerencia *senior* en las decisiones más complejas; (iii) el análisis del riesgo contempla cualquier contingencia que pueda poner en peligro a la empresa y su operación, no limitándose a las pérdidas netamente financieras; (iv) el análisis del riesgo tiene importancia ejecutiva en la continuidad comercial; (v) la empresa tiene políticas corporativas creadas para el manejo del riesgo internamente y como prueba ante eventuales inspecciones regulatorias y administrativas.⁶⁷

En definitiva, ERM es una serie de protocolos y políticas corporativas donde los riesgos son analizados sistemáticamente, manejados comprensivamente, y tratados como un aspecto central en los planes estratégicos corporativos de la empresa.⁶⁸ No es casual, en este sentido, que la Organización Internacional para la normalización (ISO 31000) haya emitido una guía de manejo del riesgo organizacional, estableciendo varios modelos útiles de esquematización del proceso de gestión del riesgo y que abarca el establecimiento del contexto y la apreciación, identificación, análisis, evaluación y tratamiento del riesgo, con base

⁶⁷ Véase en general Miller, *The law of...* ob. cit.

⁶⁸ Idem.

en las actividades de comunicación y consulta y de seguimiento y revisión.⁶⁹

Como podemos observar, el manejo del riesgo es un tópico necesario tanto para el sector público como para el sector privado por los *stakeholders* propios de cada uno. Nuevamente, el manejo del riesgo puede realizarse como un traje a la medida, de acuerdo con las necesidades comerciales, industriales, operativas, legales y regulatorias del negocio en particular. Parece increíble afirmar que, luego de varios años de experiencia y de ejercicio del profesional derecho, el riesgo legal en muchos casos es muy intuitivo. No obstante, siempre es ideal clasificar el riesgo mentalmente y encuadrarlo en parámetros para tomar decisiones objetivas. En el mundo financiero, es muy común el uso de matrices de riesgos cuando éstos son cuantificables. El riesgo legal es difícil de cuantificar, en particular, teniendo en cuenta el país que se trate y la complejidad de su derecho, regulaciones e interacción con autoridades públicas.

Lo importante, es que la forma de categorizar el riesgo puede ser libremente establecido por nosotros, y una vez establecido debe ser racional. Al final, será un instrumento más en nuestro arsenal de herramientas y argumentos legales. Por ello, la empresa debe destinar recursos para verificar la información de los clientes y sus proveedores. Ciertamente, no todos los clientes y proveedores son habituales, y muchos pueden tener malas prácticas que pueden permear y dañar a la empresa en su reputación o exponerla a riesgos legales (imagínese que su empresa le vende productos a una empresa que legitima capitales, se encuentra sancionada por Estados Unidos, o se encuentra asociada a un esquema de corrupción).

Para prever eventuales escenarios negativos, muchos detalles deben ser revisados y chequeados antes de establecer una relación comercial con clientes y proveedores. Algunas preguntas pertinentes que debemos hacernos sobre el perfil de la compañía del cliente o proveedor en esta materia son las siguientes: ¿es un distribuidor? ¿es un agente independiente? ¿es una persona natural? ¿es un cliente nuevo? ¿el cliente es una subsidiaria de otra compañía? ¿de cuál compañía? ¿cuál es la actividad comercial del cliente o proveedor? ¿a qué se dedica? ¿es una

⁶⁹ Norma española ISO 3100, Gestión del riesgo, principios y directrices, 2010, p. 20.

transacción habitual la requerida? ¿son múltiples transacciones? ¿cuál es su periodicidad? ¿qué banco utiliza el cliente/proveedor para realizar el pago de nuestros productos?

Una unidad del negocio debe encargarse de hacer *screening* a los clientes, proveedores, distribuidores y demás actores comerciales que se relacionen con la compañía. Este proceso de *screening* está íntimamente ligado con el flujograma del manejo del riesgo. La responsabilidad de la empresa no se limita a saber quiénes son sus clientes con *know your customer procedures*, sino que adicionalmente, es ideal establecer procedimientos de *know your supplier, distributor*, y así sucesivamente. En materia de exportación, es vital establecer el destinatario final de los productos o servicios que la compañía ofrece en el mercado. El *screening* puede realizarse por métodos orientados al cliente o métodos orientados a las transacciones de la compañía, y que dependerá, en buena medida, de la regulación de la industria que se trate y el tipo de producto o servicio que se ofrece al mercado.

En los métodos orientados a los clientes, proveedores y distribuidores de la compañía, el procedimiento de *screening* se enfoca en el momento antes de la entrada de una orden de venta o compra por parte del representante de ventas de la compañía u otro empleado, por la solicitud de un cliente en específico. En este supuesto el representante de ventas o el departamento de *compliance* verifica el perfil del cliente.

Para que el procedimiento sea eficiente debe garantizar: (i) escanear todos los clientes nuevos, (ii) reescanear a clientes con cualquier cambio en su perfil de clientes o situación comercial, (iii) reescanear anualmente como parte del monitoreo manual de la base de datos de clientes, (iv) que toda nueva información acerca de un cliente que vengan de otras fuentes (medios, televisión, prensa, búsqueda en Google, industria...), pueda ser incorporada en el expediente del cliente. Esto implica establecer programas de entrenamiento a la fuerza de ventas de la compañía que se encuentra cercana con los clientes, así como la diversificación del riesgo entre varios empleados que procesan las órdenes de ventas de los clientes.

En los métodos orientados a las transacciones, los chequeos pueden ser aplicados a cada transacción en concreto y por orden comercial requerida. Esto supone un flujograma de varios estados comerciales en

el trámite administrativo interno de la transacción por parte de la compañía, y requiere varias aprobaciones internas. En las etapas vulnerables es donde existe la posibilidad de aplicar el escaneo por las partes involucradas, y esto puede realizarse: (i) al momento del recibo de la orden comercial, (ii) durante el proceso de aprobación de la orden, (iii) al momento de identificarse el riesgo e involucrar a otras unidades del negocio, entre otros.

En la actualidad existen costosos softwares de búsqueda de información regulatoria para empresas como World-Check1, Dow Jones, entre otros. Realmente no existe una obligación legal de usar estos sistemas informáticos que se han convertido parte habitual de la práctica *in-house* corporativa. Lo verdaderamente importante es realizar de la forma que sea posible la debida diligencia sobre los clientes, proveedores y relacionados con la compañía. Lo anterior, aunado a que puede existir la obligación legal de realizar chequeos preventivos de nuestros clientes o proveedores específicos.

Así, en materia AML en Venezuela, la SUDEBAN ha emitido una circular a todos los bancos comerciales y universales⁷⁰ que requieren la profundización de las políticas de “conozca a su cliente,” en el marco general establecido de acuerdo con la LOCDOFT y estableciendo que las instituciones financieras no podrán iniciar o mantener relaciones económicas, con personas físicas o jurídicas cuya identidad no pueda determinarse por completo (art. 11 de la ley). No obstante, el hecho que pueda ser exigible o no como obligación legal, conocer y establecer métodos de *screening* de clientes, proveedores, distribuidores, entre otros, ayuda en buena medida a alertar a la compañía de posibles *red flags* en clientes y a disparar todo el sistema interno de controles.

C. La estructura de delegación de autoridades y controles internos

En tercer lugar, el programa de cumplimiento debe describir la estructura corporativa y cómo se distribuye la autoridad y las funciones en la organización, así como su estructura de reporte. En las empresas

⁷⁰ Guía informativa para profundizar y promover políticas de conozca a su cliente para instituciones financieras bajo nomenclatura SIB-DSB-CJ-OD-25045 (04-08-2015).

internacionales tiene particular importancia que se señale la interrelación entre las subsidiarias del grupo y su lugar de constitución. Así las cosas, debe existir vigilancia, recursos y autoridad para que el programa de cumplimiento sea efectivo. Por ende, la discusión mensual de los cambios que deben ser realizados a los protocolos es sumamente valiosa para la empresa.

El programa de cumplimiento no es una estructura rígida, sino más bien, una estructura lo suficientemente flexible a las necesidades comerciales de la organización. Adicionalmente, las autoridades de *compliance* deben tener la suficiente autoridad y discreción para hacer valer sus decisiones en el marco de los protocolos y políticas que garantizan. La junta directiva debe proveer las herramientas necesarias para que el equipo de *compliance* pueda realizar su trabajo, incluyendo entrenamientos, soporte gerencial y presupuesto adecuado.

Nos hemos referido en este epígrafe a una idea estructural de delegación de autoridades en términos corporativos. Adicionalmente, la delegación de la autoridad dentro de la empresa tiene su vertiente tecnológica respecto a los procesos en los cuales la empresa aprueba sus procesos internos y controla la actividad interna. Los controles de seguridad de la información pueden involucrar aspectos de política, vigilancia, supervisión, procesos manuales, acciones de individuos o mecanismos automatizados implementados por sistemas y dispositivos de información, que la empresa debe velar por ser su propiedad tangible e intangible.⁷¹

Por ello, el sistema de manejo de información empresarial debe ser autorizado y delegado a personas en específico dentro de la organización de acuerdo con su función en aras de implantar controles. Acertadamente se ha señalado que se requiere que las organizaciones mitiguen adecuadamente el riesgo que surge del uso de información y sistemas de información en la ejecución de misiones y funciones comerciales.⁷²

⁷¹ U.S Department of Commerce, National Institute of Standards and Technology, *Security and Privacy Controls for Federal Information Systems and Organizations*, 2013, p. 12.

⁷² En efecto, un desafío importante para las organizaciones es determinar el conjunto de controles de seguridad más rentable y apropiado, que si se implementa y se determina que es efectivo, mitigaría el riesgo y cumpliría con los requisitos de seguridad definidos por las leyes federales, órdenes ejecutivas, regulaciones, políticas, directivas o estándares. No

El control corporativo interno de acceso a la información, los límites a la disponibilidad del contenido, acciones internas respecto a los servidores internos de la compañía así como controles administrativos sobre el *log in* de usuarios de la empresa, son muchos de los retos que presenta una estructura de delegación de autoridades en el plano tecnológico y que deben estar analizados debidamente por sus consecuencias legales y prácticas para la compañía y su negocio.

D. El entrenamiento a los empleados

En cuarto lugar, entrenar a los empleados de la compañía sobre los riesgos legales existentes en la operación es una necesidad corporativa. La prevención de riesgos legales importantes sólo puede ocurrir si todos los empleados y quienes forman parte de una organización entienden, responsablemente, las obligaciones empresariales y el marco regulatorio existente de una industria en concreto.

Los entrenamientos a los empleados deben ser prácticos y no teóricos, y deben necesariamente cubrir los procesos, responsabilidades, obligaciones y consecuencias (negativas o positivas) del incumplimiento de las regulaciones de un mercado en específico, y formas en cómo los procesos corporativos pueden ser manipulados para fines distintos a los que requiere la compañía o el uso inadecuado de los productos y servicios ofrecidos al mercado. El entrenamiento a los empleados, indudablemente, es una forma de empoderamiento y asunción de responsabilidades dentro de las funciones corporativas, pues les provee de herramientas para: (i) identificar fácilmente irregularidades e ilegalidades, (ii) detectar actividades sospechosas o conductas raras e inconsistentes, y finalmente (iii) qué hacer en esas circunstancias.

Proveer ejercicios y ejemplos prácticos respecto al potencial incumplimiento de las regulaciones siempre es ilustrativo para exponer los grandes riesgos que conlleva *compliance* y sus consecuencias. Adicionalmente, realizar entrenamientos a los empleados requiere preguntarse: (i) ¿quién será el responsable para realizar los entrenamientos?, (ii) ¿qué tipo de entrenamientos se realizarán?, (iii) ¿cuál

existe un conjunto correcto de controles de seguridad que aborde todas las preocupaciones de seguridad organizacional en todas las situaciones. Idem., p. 12.

será la periodicidad de los entrenamientos?, (iv) ¿el entrenamiento está actualizado a las circunstancias actuales?, (v) ¿cómo se documentará todo lo realizado? Igualmente, en la medida que las empresas invierten en su gente, también se invierte en el establecimiento de una cultura corporativa de *compliance* que es esencial para la mejor marcha de un sistema preventivo adecuado.

Siempre es recomendable que los entrenamientos sean experiencias dinámicas para los empleados: anunciar premios, realizar actividades grupales, reconocer a los mejores empleados o a las mejores unidades del negocio en sus metas de *compliance*, en fin, todo dependerá del perfil de los integrantes de cada organización. Lo fundamental es que el mensaje de responsabilidad que cada uno tiene y de la importancia del programa logre llegar de manera efectiva a cada uno de ellos.

Adicionalmente, muchas empresas han establecido mecanismos de comunicación confidenciales y privados (*whistleblowing*) para la denuncia y efectiva comunicación de irregularidades corporativas en aras de proteger el negocio ante eventos realizados por sus propios agentes. En este aspecto, la confianza será algo fundamental y que debe trabajarse constantemente a través de planes de profundización de un ambiente corporativo seguro y una cultura de *compliance* empresarial.

E. El monitoreo, prueba de los controles y auditorías

En quinto lugar, un programa de cumplimiento solo será efectivo en la medida que se ponga a prueba: los controles pueden fallar y esto no puede pasar. Tiene que existir un equipo de auditoría con completa autonomía y flexibilidad para identificar las deficiencias del programa, áreas potenciales de riesgo, y realizar recomendaciones en las áreas donde existan oportunidades de mejora. Esto implica, ya sea la prueba del programa como un todo, o en las transacciones en específico donde existan los riesgos.

Las auditorías al programa deberían realizarse –al menos– una vez al año y deberían incluir: revisar el proceso de *screening* a los clientes, el proceso de análisis de riesgos, comprobar la existencia de procedimientos y protocolos escritos, identificar vacíos en la autorregulación y en los procedimientos internos, y verificar si las unidades del negocio están en conocimiento y entrenadas sobre *compliance*. Esto es

importante porque nos permite mantener los programas actualizados, adaptadas a las circunstancias reales y disminuir la mayor cantidad de fallas humanas posibles.

F. Las investigaciones internas

En sexto lugar, un programa de este tipo debe indudablemente tener una estructura clara para actuar. Los incidentes sospechosos deben ser reportados de distintas formas dentro de la organización incluyendo al departamento legal o de *compliance*, o línea directa para reporte de violaciones al código de ética empresarial, y el empleado encargado de esta responsabilidad debe ser claramente identificado por todos dentro de la organización. Otro sello distintivo de un programa de cumplimiento bien diseñado es la existencia de un mecanismo eficiente y confiable mediante el cual los empleados pueden denunciar de manera anónima o confidencial acusaciones de incumplimiento del código de conducta de la empresa, las políticas de la empresa o una conducta irregular o sospechosa.⁷³

Proveer de un mecanismo o procedimiento en el cual los empleados puedan hacer reportes de forma anónima y garantizar que estos reportes serán confidenciales, es una forma de asegurar la colaboración interna en caso de incumplimientos de las regulaciones internas y externas de la compañía. Por ello, es crítico que todos los empleados de la compañía sepan que no existirá ninguna retaliación o sanción por parte de otros empleados ni de sus superiores, por preguntas o reportes realizados de buena fe sobre *compliance*.

De hecho, una cultura de reporte debe ser impulsada en la organización pues ayuda a enfatizar la prevención. Así, empleados con la confianza de poder reportar a las funciones pertinentes y la conciencia de sus responsabilidades como parte de la organización, es una de las mejores defensas que una empresa puede tener ante el eventual incumplimiento de una regulación. La gerencia de la empresa debe estar comprometida a enfatizar una cultura de responsabilidad y alentar a los empleados a hacer lo correcto y reportar irregularidades de cualquier tipo.

⁷³ DOJ, *Evaluation of...*, ob. cit., p. 6.

Asimismo, es una responsabilidad de los empleados hablar cuando deban hacerlo y levantar la mano si se encuentran en presencia de procedimientos sospechosos, o de potenciales incumplimientos al programa de cumplimiento de la compañía o la violación de cualquier norma legal. Es recomendable, en la industria en específico donde asesoramos, pensar a través de todas las contingencias posibles con antelación y delinear procedimientos detallados y claros. En otras palabras: ¿cómo determina la empresa qué quejas o señales de alerta merecen una mayor investigación? ¿cómo se asegura la empresa de que las investigaciones tengan un alcance adecuado? ¿qué medidas toma la empresa para garantizar que las investigaciones sean independientes, objetivas, se lleven a cabo de manera adecuada y estén debidamente documentadas? ¿cómo determina la empresa quién debe realizar una investigación, y quién toma esa determinación?⁷⁴

En nuestro diseño de investigación, como mínimo, se deben incluir: (i) criterios de cuándo iniciar una investigación interna por un caso potencial de incumplimiento interno del programa de cumplimiento, (ii) cómo determinar el alcance de la investigación, (iii) el procedimiento específico (cómo, cuándo, dónde y qué se investigará), y (iv) cómo se documentará la investigación. Asimismo, se deben señalar quién o quiénes serán responsables de estos procedimientos. En todo programa práctico, delegar las responsabilidades es fundamental pues de esta manera todos los involucrados pueden saber mejor cómo deben actuar o a quién acudir en los distintos casos que se pueden presentar.

G. El registro de todas las actuaciones realizadas

El registro de todo lo realizado por el departamento legal y *compliance* de una compañía es vital ante una eventual investigación administrativa por parte de los entes o agencias regulatorias. La junta directiva o el comité de políticas corporativas debe también incluir en las políticas de control internas los procedimientos, responsabilidades, y buenas prácticas para el manejo de información dentro de la empresa y archivo de documentación crítica en materias altamente reguladas.

⁷⁴ Idem., p. 7.

Esta clase de políticas de registro de información debe enfatizar que los archivos de la compañía son como cualquier otro bien corporativo susceptible de control y que pertenecen exclusivamente a ella. Los procedimientos para la inspección y aseguramiento del adecuado archivo de la documentación e información de la compañía también deben ser documentados, así como los archivos que sustentan la relación comercial con clientes, proveedores, distribuidores, corredores de valores, entre otros.

En un ambiente comercial ya digitalizado como el que vivimos en la actualidad, es importante que todos los empleados involucrados en la operación del negocio sepan que son garantes y responsables de la información y archivos de la compañía, y por ello son responsables de su localización, que sean fácilmente compartidos y que no estén en riesgos de ser perdidos. Así, un empleado puede vulnerar los derechos e intereses de su organización al compartir intencional o equivocadamente información que puede vulnerar otros elementos del giro comercial de la empresa, como es el caso de información sensible y sujeta a secreto empresarial u otras circunstancias que atenten contra la competencia económica en la industria específica donde se tienen operaciones comerciales. Todas estas precauciones se hacen necesarias al entender lo siguiente: la compañía debe asumir que toda la documentación que tiene la empresa puede terminar en las manos de un regulador o fiscal federal norteamericano o de cualquier parte del mundo.

Aunque suene poético, las palabras se las lleva el viento y lo importante es que queden en papel —o soportes electrónicos— para la posteridad. La compañía debe actuar en todo momento como un buen padre de familia, responsable en la aplicación de sus procesos y protocolos, de la forma más razonable y diligente posible de acuerdo con las circunstancias. La documentación de la información se realiza, internamente, por tener efectos probatorios de la diligencia de la compañía en implementar las mejores prácticas corporativas y mitigar los efectos de potenciales sanciones. Pero para hacer eso, la misma compañía debe velar por dejar constancia de sus buenos oficios por escrito, ya sea físico o digital, de la implementación de esas mejores prácticas a su negocio y por sus empleados.

H. La revisión de cada adquisición y alianza comercial

Un programa de cumplimiento bien diseñado debe aplicar la debida diligencia basada en el riesgo a sus relaciones con terceros.⁷⁵ Así, visto que en el comercio internacional es común la realización de adquisiciones o alianzas comerciales (*mergers & acquisitions, joint ventures*, entre otras formas) con personas distintas a la empresa, cada adquisición o alianza comercial debe ser estudiada, adicionalmente por su viabilidad financiera, por el riesgo legal que pueda involucrar para la operación de la empresa. De este modo hemos de preguntarnos: ¿el socio comercial se encuentra sancionado? ¿algunos de los accionistas del socio comercial se encuentran en alguna lista interbancaria por lavado de dinero? ¿los negocios del socio comercial pueden incrementar mi exposición a agentes regulatorios?

Estas preguntas requieren un análisis *case-by-case* y que se encuentra muy ligados con el proceso de análisis de riesgo realizado por los equipos multidisciplinarios de la compañía. En efecto, aunque la necesidad y el grado de la debida diligencia pueden variar según el tamaño y la naturaleza de la empresa, la transacción y el tercero en cuestión, las empresas deben evaluar hasta qué punto están en conocimiento de las calificaciones y asociaciones de terceros. socios comerciales, incluidos los agentes, consultores y distribuidores que se utilizan comúnmente para ocultar conductas indebidas, como el pago de sobornos a funcionarios extranjeros en transacciones comerciales internacionales.⁷⁶

IV. LAS ÁREAS DE APLICACIÓN DEL COMPLIANCE

La idea de *compliance* presentada en este trabajo es muy amplia y puede aplicarse a una cantidad innumerable de riesgos legales que enfrenta la compañía dependiendo de su industria y sector económico. En la práctica, se han establecido programas de cumplimiento principalmente en áreas que, como a continuación enunciaremos, tienen que ver con sectores de regulación administrativa o legal exhaustiva. Esta lista no es exhaustiva, y los principios de controles y manejo del riesgo

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

pueden aplicarse a cualquier proceso corporativo donde el enfoque legal sea requerido a profundidad. Aunque en nuestros estudios nos enfocaremos en las áreas que consideramos fundamentales en cualquier análisis corporativo a nivel de *compliance*, éste se extiende a casi cualquier área del derecho empresarial.

1. Las sanciones internacionales

El derecho propio ya no es suficiente para definir las obligaciones de la empresa localmente considerada pues cada vez, con mayor frecuencia, las estructuras corporativas se ven envueltas en situaciones internacionales complejas con múltiples contactos jurisdiccionales en la medida que hacen negocios. Hoy en día, las consecuencias de las actuaciones comerciales en Venezuela pueden tener impacto en el resto del mundo, y, sobre todo, para algunos ordenamientos jurídicos foráneos. Ello puede ocurrir al ser muchas empresas trasnacionales subsidiarias, accionistas, o relacionadas de empresas domiciliadas en países cuyas regulaciones trascienden sus fronteras.

Con la creciente emisión y regulación de sanciones por la Unión Europea y Estados Unidos contra países renegados de la comunidad internacional, el análisis exhaustivo de cómo aplica la regulación “*extraterritorial*” a nuestra empresa local, resulta de vital importancia en el mundo corporativo contemporáneo. Un programa de cumplimiento adecuado, adaptado a las características particulares de cada industria, puede ayudar a detectar rápidamente los riesgos a los que se expone el negocio y las formas de navegar las aguas de regulaciones cada vez más complejas.

2. La legitimación de capitales y el financiamiento al terrorismo

La legislación AML es exhaustiva en cualquier parte del mundo. En particular, en el mundo occidental y con una marcada influencia norteamericana, se ha creado todo un derecho regulatorio y sancionatorio para normar la actividad de las instituciones financieras y prevenir la legitimación de capitales provenientes del delito. Si bien la regulación AML va dirigida principalmente contra las instituciones financieras,

cualquier empresa es susceptible de legitimar capitales por no tener los controles adecuados. Así como existen las regulaciones bancarias, también se encuentran tipificados de forma muy genérica su delito, como veremos más adelante.

Entre jurisdicciones, el tipo penal de legitimación de capitales, de probarse penalmente, tiene pena de prisión a los involucrados, siendo posible ser acusados de su comisión por personas naturales y jurídicas como es el caso venezolano. Las consecuencias de una acusación penal contra la empresa pueden ser catastróficas. Un programa de cumplimiento en materia AML no es solo necesario para instituciones financieras, sino para toda industria que ofrezca productos en un mercado específico o que, en su recaudación por ventas, reciba grandes cantidades de dinero de dudosa procedencia. Un programa AML ayuda a colaborar con las autoridades y asegura la estabilidad corporativa en esta clase de situaciones sospechosas.

3. La anticorrupción y el soborno

La empresa se encuentra en relación constante y diaria con órganos y entes de la Administración Pública para mantener su negocio. No obstante, en mercados cuya corrupción es elevada y la burocracia exacerbada, surge la errada práctica y opción poco ética de “facilitar” ciertos procedimientos con autoridades por medios de sobornos o regalos lo cual es un gravísimo error. La tendencia mundial es criminalizar este tipo de conductas por ser reprochables contra la sociedad y contribuir con una Administración Pública deficiente.

Al respecto de esta materia, Venezuela posee un marco regulatorio complejo y con varias sanciones administrativas, que incluyen no solo multas administrativas sino también penas privativas de libertad, como veremos en el capítulo respectivo de este trabajo. Participar en este tipo de actividades puede poner en peligro todo el negocio. Por una parte, participar en actos de corrupción compromete la reputación comercial de la empresa frente otros actores comerciales y agencias gubernamentales. Y, por otra parte, puede significar sanciones administrativas y penales muy severas por malas prácticas corporativas.

El impacto de la corrupción ya no es un problema meramente local, sino más bien, transnacional. Con la promulgación de estatutos

extraterritoriales por otros países del hemisferio occidental como Estados Unidos o Reino Unido, se criminalizan los actos de corrupción realizados por transnacionales en cualquier parte del mundo. Una simple violación puede tener un impacto colateral en múltiples jurisdicciones y estar sujeta a diferentes leyes y tribunales. Un programa de cumplimiento contra la corrupción y soborno puede evitar que situaciones como estas ocurran en subsidiarias en países donde la corrupción es un tema culturalmente complejo. Sólo la educación y entrenamiento constante a los empleados de la empresa sobre la importancia de hacer nuestro trabajo éticamente puede ser una herramienta efectiva en la lucha contra la corrupción.

4. Los derechos humanos y la responsabilidad empresarial

Hacer negocios éticamente implica también un respeto por los derechos humanos en la actividad industrial que realiza el negocio que representamos. Si bien tradicionalmente el respeto a los derechos humanos debe provenir de los órganos y entes públicos, las empresas han incorporado en sus buenas prácticas corporativas políticas y protocolos para coadyuvar con las autoridades en el constante trabajo del respeto a los derechos humanos. Así, desde la publicación de los principios rectores sobre empresas y los derechos humanos por las Naciones Unidas⁷⁷ existen estándares internacionales de cómo las empresas deben garantizar el respeto a los derechos humanos en su industria en particular. Toda actividad humana y empresarial puede generar externalidades o impactos sobre su entorno, tanto positivos como negativos, y es allí donde la actividad empresarial debe prevenir vulneraciones a los derechos humanos.⁷⁸

La responsabilidad social empresarial se ha ampliado considerablemente, entendiendo a la empresa no sólo como entidad generadora de riqueza para los accionistas, sino como un actor social más que contribuye con la sociedad en la que participa. Políticas y protocolos empresariales pueden diseñar los lineamientos respecto a los límites

⁷⁷ Resolución 17/4 del 06-06-2011.

⁷⁸ AA.VV., *Guía para las empresas: Empresas y Derechos Humanos*, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2019, p. 18.

y procedimientos para llevar a cabo la labor de responsabilidad social empresarial y cómo procurar legalmente el respeto de los derechos humanos de parte de las actuaciones corporativas (v.g. establecimiento de cláusulas contractuales de respetos de las partes contratantes a los derechos humanos, prohibición del trabajo infantil, fondeo a las comunidades necesitadas en el marco de un *joint venture*, entre tantas otras opciones).

5. Las exportaciones y reexportaciones de productos terminados

Estados Unidos posee una extensa regulación en materia de exportación de bienes fuera de sus fronteras. La regulación norteamericana ha impactado indirectamente en cómo compañías subsidiarias o relacionadas con compañías americanas tramitan y manejan sus exportaciones con contacto norteamericano. Aunque Venezuela no se encuentra sujeta a estas regulaciones norteamericanas (o al menos, no amerita el cuidado de jurisdicciones con sanciones más severas como Irán o Cuba), es certero afirmar que el comercio global indirectamente tiene contacto con Estados Unidos al ser unas de las principales economías del mundo.

Como regla general, y salvo expresas excepciones, los bienes de origen americano se encuentran sujetos a los *Export Administration Regulations* de acuerdo con la regla *de minimis* y requieren autorización por el *Bureau of Industry and Security* independientemente de la jurisdicción donde realicemos negocios.⁷⁹ El análisis de los denominados *export controls* es habitual en el comercio internacional y por ello es altamente recomendable contar con la asesoría de abogados norteamericanos en esta materia, así como un *exports compliance program* diseñado especialmente para esta área de regulación.⁸⁰

6. El derecho de la competencia

Las empresas se desarrollan en el mercado y deben respetar a los demás actores económicos en un ambiente de libre competencia. Al res-

⁷⁹ U.S. Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, *De minimis Rules and Guidelines*, 2019.

⁸⁰ U.S. Department of Commerce, Bureau of Industry and Security, *Export Compliance Guidelines: The Elements of an Effective Export Compliance Program*, 2017.

pecto, existe en Venezuela y en el mundo una exhaustiva regulación del mercado, y lo que debe considerarse como prácticas anticompetitivas, como veremos en el capítulo respectivo de este trabajo. El incumplimiento de la regulación de la libre competencia puede acarrear sanciones administrativas y litigios peligrosos para la estabilidad de la compañía. Esta consideración es particularmente importante en compañías con una participación del mercado notable frente a sus competidores. El derecho norteamericano ha marcado la pauta en este sentido. Los programas de cumplimiento antimonopolio promueven una competencia vigorosa en una economía de mercado libre al crear una cultura de buena ciudadanía corporativa dentro de una empresa que busca prevenir violaciones antimonopolio.⁸¹

Un programa de cumplimiento en materia de *antitrust* y prácticas económicas ilícitas es vital para hacer negocios sin incurrir en prácticas anticompetitivas e ilegales, así como evitar potenciales sanciones administrativas de considerable peso. Además, los programas efectivos de cumplimiento antimonopolio no solo previenen, detectan y abordan las infracciones contra la competencia, sino que también promueven los esfuerzos de remediar situaciones legales complejas y ayudan a fomentar la responsabilidad corporativa e individual al facilitar la rápida *self-disclosure* de una empresa y la cooperación oportuna y completa en las investigaciones antimonopolio.⁸²

7. La protección de datos

En la actualidad, la protección de los datos e información personal es una necesidad no solamente a título personal, sino adicionalmente, por manejo logístico y estratégico de información confidencial de negocio. La privacidad de la información y las consecuencias de su manejo y revelación es motivo de mucho interés regulatorio en Europa y Estados Unidos. En Venezuela, no existe en la actualidad un marco legal que regule la protección de datos personales con normas de rango legal o sublegal. Sin embargo, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de

⁸¹ DOJ, Antitrust Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*, 2019, p. 1.

⁸² Idem.

Justicia como ciertas disposiciones relacionadas en la CRBV han creado ciertos lineamientos generales en esta materia.

Preliminarmente, el derecho venezolano protege y busca garantizar la protección de la intimidad y vida privada de los individuos así como el conocimiento y el acceso a la información que de estos se tenga. No obstante, la inexistencia de una ley especial sobre esta materia no menoscaba los derechos constitucionales de los ciudadanos en materia de privacidad y protección de datos. Ciertamente, por mandato constitucional “toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad, y reputación y la Ley limitará el uso de información para garantizar el honor, y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos” (art. 60). Por ello, toda persona tiene derecho a acceder a la información que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros públicos o privados (art. 28 *ejusdem*).

La doctrina comparada latinoamericana ha mantenido una posición unánime en cuanto a la figura del *habeas data* como una garantía constitucional sobre el acceso a la información, aun cuando existen fuertes críticas en este sentido.⁸³ En Venezuela, el *habeas data* es considerado un derecho fundamental y de naturaleza jurídica propia, que garantiza los procedimientos que tengan como fin acceder a información propia para conocer su contenido.

Al respecto, el artículo 28 de la CRBV señala que:

Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos [...].

Con esta base constitucional se garantiza, por una parte, la protección de los datos personales como un derecho fundamental y, adicional-

⁸³ Véase, Rodríguez Marcano, Eligio, “El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en Latinoamérica y su errada construcción desde el *habeas data*”, en: *Revista de Derecho Público*, 2015, N° 142.

mente, se contempla la posibilidad de oponerse a la utilización de los mismos para fines rechazados por el individuo del que se trate.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha desarrollado criterios interpretativos tanto de los artículos 28, 60 y 143 de la CRBV como del *habeas data*, a través de su jurisprudencia. Ha señalado la Sala que los derechos que se desprendan de la CRBV pueden ser reclamados por vía judicial mediante acciones autónomas, y sólo en algunos casos responden a amparos constitucionales.⁸⁴

En el caso *INSACA, C.A v. Director de Drogas y Cosméticos*⁸⁵ se estableció que el artículo 28 de la CRBV, a pesar de establecer una serie de derechos, no genera el restablecimiento de una situación jurídica lesionada, sino más bien, busca crear o condenar una situación jurídica como consecuencia de su ejercicio. La Sala ha destacado que el artículo se encuentra conformado por un doble derecho: (i) el de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sus bienes consten en registros oficiales o privados; y (ii) a conocer la finalidad y uso que da el compilador a esos datos e información.

Al referirnos al *habeas data* como acción judicial debemos destacar los criterios fijados por la Sala Constitucional, la cual ha establecido pacíficamente que para que se pueda intentar un amparo constitucional, la demanda debe fundamentarse en (i) la existencia de un sistema de información en el cual existan datos del accionante, (ii) que se encuentren en propiedad de un tercero, conteniendo además pruebas fehacientes de la existencia de dicha información y (iii) del uso ilegal que se hace

⁸⁴ En la sentencia N° 1050 de la referida Sala Constitucional del 23-08-2000, se estableció que el mencionado artículo de la Constitución tutela el derecho individual de conocer la información existente sobre cada individuo, cuando hayan sido recaudadas por un tercero, pudiendo estos ser particulares o incluso el Estado, y para regular ese derecho se establecen otros derechos señalados en el mismo artículo. Entre ellos: 1. El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros. 2. El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas. 3. El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él. 4. El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registró. 5. El derecho de actualización, a fin de que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo. 6. El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto. 7. El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

⁸⁵ Sala Constitucional, N° 332 del 14-03-2001, en <https://bit.ly/3K3ewmt>.

de ella, que se encuentra perjudicando al accionante.⁸⁶ Un caso interesante en materia de protección de datos en Venezuela es *Defensoría del Pueblo contra Ley de Reforma Parcial de la Ley de Instituciones del Sector Bancario*.⁸⁷ En esta acción de nulidad de ley interpuesta por la Defensoría del Pueblo, la Sala Constitucional fijó criterios vinculantes en cuanto a la protección de datos tomando en consideración los aspectos que hemos mencionado anteriormente. En ese sentido, la Sala estableció que todo sistema de datos personales que contenga información referida a otra persona debe asegurar los siguientes principios:

- a. El principio de la *autonomía de la voluntad*. Este principio se refiere a la existencia del consentimiento previo, libre, informado, inequívoco y revocable para el uso o recopilación de datos personales. Por lo que debe informarse al interesado el hecho de que se están recopilando datos personales de él o que se copiarán, para que pueda ejercer su derecho a la protección de datos personales.
- b. El principio de *legalidad* hace referencia a que la información no debe ser obtenida por métodos desleales o ilegales y su fin no puede ser contrario a los principios y garantías establecidos en la CRBV. Sin embargo, el grado de protección o reserva de los datos personales dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.
- c. El principio de *finalidad y calidad*, estableciendo así que la obtención de datos debe ser pertinente y adecuada a los motivos o las causas por las cuales se inició el procedimiento, y esta finalidad debe ser legítima, determinada y no puede ser contraria al

⁸⁶ Bajo estas premisas, pueden ocurrir varias formas de proceder en términos legales y de procedimiento. En el caso de que el accionante desee conocer sobre el uso y la finalidad de los datos, éste sólo podrá atacar la ilegalidad o legalidad de la tenencia de la información, por lo que deberá realizarlo mediante una acción ordinaria ante el tribunal ordinario competente. En el supuesto de que los datos del accionante se encuentren en propiedad de un órgano administrativo, este puede interponer un recurso administrativo ante el órgano administrativo que emitió el acto el cual se desea impugnar. Al respecto, es importante señalar que el propio individuo cuya información se use para fines que rechace, es quien podrá ejercer una acción al respecto. La norma constitucional determina la vía judicial para hacer valer los derechos mencionados y no la condiciona a ninguna acción extrajudicial previa.

⁸⁷ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1318 del 04-08-2011, en <https://bit.ly/3dikWS5>.

- ordenamiento jurídico constitucional. Es decir, la obtención de datos debe respetar el principio de buena fe.
- d. El principio de la *temporalidad o conservación*. La Sala establece que la conservación de los datos sólo puede extenderse hasta alcanzado el objetivo que justificó la obtención de dicha información.
 - e. El principio de *exactitud y autodeterminación*. Los datos deben mantenerse exactos, completos y actualizados, es decir, no deben ser descontextualizados y en el supuesto que esto ocurra puede ser objeto de control por parte del interesado.
 - f. El principio de *previsión e integridad*. Supone la protección que debe haber del individuo contra la recopilación de datos, el almacenamiento y la utilización de los mismos, es decir, se refiere a los derechos fundamentales del individuo en cuanto a la información personal que pueda afectarle.
 - g. El principio de *seguridad y confidencialidad*. Establece que las personas que intervengan en el manejo de los datos personales obtenidos deben hacerlo con responsabilidad y no alterar datos o permitir que se alteren datos, ya que los mismos son de carácter confidencial y el acceso a ellos debe ser restringido.
 - h. El *principio de tutela*. Establece que el derecho de protección de datos personales no sólo se refiere al derecho a acceder a la información sino también de conocer el fin que se busca con la obtención de la misma.
 - i. El *principio de responsabilidad*. Se refiere a que la violación del derecho a la protección de datos personales debe acarrear sanciones que, dependiendo del caso, pueden ser civiles, penales o administrativas.

Como hemos podido analizar, la regulación existente tiene un fuerte sentido jurisprudencial e interpretativo que recoge los principios generales del derecho de la protección de datos y privacidad. Un programa de cumplimiento puede acoger perfectamente tales principios jurisprudenciales y moldearlos a las necesidades del negocio en concreto.

8. Los sectores altamente regulados por la ley o la regulación administrativa

Particularmente el derecho público venezolano posee una extensa y abrasiva regulación jurídica de los sectores de las telecomunicaciones, farmacéutico, agroalimentario, energía, bancario, asegurador, de valores, entre muchos otros. En los sectores con regulaciones especiales, se hace necesario establecer controles previos que puedan prever quiebres del sistema y alertar a los agentes de la corporación el momento adecuado para realizar los correctivos necesarios. Esto es esencial pues al involucrarse la autoridad administrativa en estos sectores económicos, puede implicar la paralización de la operación de inmediato. Un programa de cumplimiento que entienda el dinamismo del negocio del que se trate, así como los puntos álgidos de riesgo y cómo mitigarlos, garantiza una respuesta rápida ante una eventual fiscalización o sanción administrativa.

V. LAS VENTAJAS QUE OFRECE UN BUEN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Nuestra tarea de promulgar las ventajas de un programa de cumplimiento adecuado no se agota en un análisis meramente legal, sino que propulsa de la mejor manera procesos corporativos de forma dinámica. El hecho de tener un programa de cumplimiento tiene muchos beneficios para la empresa cuando se cuenta con personal calificado de altura y que maneje los procesos necesarios para ayudar, a través de la prevención, con la sustentabilidad del negocio. Sólo a título ilustrativo, creemos que el personal calificado de *compliance* ofrece una relación costo-beneficio para la empresa en su quehacer corporativo que exponemos de seguida.

1. La mitigación de riesgos para la compañía y el negocio

En primer lugar, anticiparse a las consecuencias del incumplimiento de la legislación local y sus regulaciones garantiza el ahorro de mucho dinero para la empresa. Como tendremos la oportunidad de estudiar más adelante, el pago de multas puede significar la quiebra de

una compañía o su inviabilidad financiera. Por ejemplo, los arreglos judiciales en materia de sanciones e instruidos conjuntamente por la OFAC y el DOJ buscan precisamente “arreglos ejemplificantes” que impongan cierto efecto disuasivo a todas las compañías infractoras y aquellas que buscan adaptarse a las regulaciones emitidas.

Ante la posibilidad de una multa o revocación de licencias administrativas para el ejercicio del comercio, es preferible establecer planes de acción que prevén estos supuestos y asegurar que estos nunca pasen.

2. La colaboración con las autoridades administrativas y penales

En segundo lugar, el quehacer de la Administración Pública en esta materia es siempre buscar culpables. ¿Quiere la compañía ser declarada culpable por las violaciones de la regulación cometida? Por supuesto que no. Un programa de cumplimiento busca precisamente la ocurrencia de situaciones penal o regulatoriamente complejas donde la empresa deba defenderse sobre acusaciones o multas extraordinarias por la comisión de delitos o irregularidades.

Ahora bien, no es lo mismo encontrar a nuestros clientes en una situación de cooperación con las autoridades a una situación de indefensión absoluta por manifiesta negligencia en su actuar. Por una parte, *colaborar* con las autoridades casi siempre garantiza un tratamiento preferencial respecto a las potenciales sanciones a ser aplicadas, pues la empresa dio el primer paso ya sea confesando la irregularidad u ofreciendo formas de corregir sus errores y participación en irregularidades. Un correcto plan de adecuación a las leyes y regulaciones locales puede ayudar a atenuar los efectos de una eventual fiscalización por parte de la Administración u entes gubernamentales asociados.

Tradicionalmente, los instrumentos normativos penales tipifican causas atenuantes de la pena por conductas que colaboren con la autoridad competente. En materia administrativa también es posible encontrar este tipo de disposiciones para la reducción de la cuantía de la multa, como veremos más adelante. Por otra parte, *rehusarse a colaborar* puede tener consecuencias catastróficas dependiendo de las circunstancias en concreto. Un funcionario de mal ánimo, un fiscal agresivo, entre tantas otras situaciones propias de un país sin Estado de derecho y con

un sistema judicial deficiente, pueden incrementar el riesgo de que la empresa sea sancionada más duramente al tomar una actitud desafiante y contraria a la autoridad. En materia de defensa penal y regulatoria de la empresa hay que recordar que la estrategia a aplicar trasciende al derecho y tiene que apreciar las circunstancias propias de la empresa y la situación de las violaciones cometidas, así como su gravedad.

Por lo anteriormente expuesto, es altamente recomendable colaborar con la autoridad en aras de preservar la empresa, su operatividad e integridad, en vez de contrariar las investigaciones de los reguladores o fiscales. Salvo que medie un delito gravoso para la integridad de la empresa, si los fiscales o reguladores han iniciado investigaciones contra la empresa, esto no ocurre por mero capricho de ellos, sino más bien por la existencia de algo que no está bien. Por ello, un programa de cumplimiento debe procurar la colaboración entre la empresa y la autoridad, pues los funcionarios no son enemigos y en la mayoría de los casos sólo hacen su trabajo. Entrometerse en ese trabajo, puede traer más problemas que soluciones.

3. La protección de la marca corporativa a través de la prevención

En tercer lugar, prevenir es evitar el peor escenario posible. ¿Tiene sentido prevenir aquello que puede generar un daño a nuestro cliente? La respuesta es obvia. El objetivo entero de *compliance* es la prevención, prevención y prevención. Ello sólo puede lograrse con formas y procedimientos de monitoreo, así como un equipo capacitado para realizar esta labor y entender el ambiente regulatorio de nuestro cliente. Las empresas líderes son aquellas que implementan de la mejor manera programas de cumplimiento adecuados a su dinámica comercial. Así, más que un esquema de controles, una empresa éticamente responsable se diferencia del resto de los actores en el mercado por seguir altos estándares en su actividad comercial y por colaborar con las autoridades cuando es requerido.

Mucho se ha escrito sobre la marca corporativa de las empresas.⁸⁸ Somos creyentes que una cultura de *compliance* ayuda a profundizar

⁸⁸ Kerin, Roger A. / Hartley, Steven W. & Rudelius, William, *Marketing*, 11° ed., Mc Graw-Hill Edición, 2014.

esta marca corporativa y ayuda a las empresas a ser auténticas y distintivas frente a otras. No es lo mismo ser una empresa con una reputación comercial dudosa en materia de cumplimiento normativo, a ser una empresa ejemplo de buenas prácticas corporativas. Ser un difusor de las buenas prácticas, el respeto a la ley, y de empresas socialmente responsables trae como consecuencia un mejor relacionamiento con entidades públicas y organizaciones no gubernamentales, además de una disminución de multas por incumplimiento considerables.

4. La adopción de una cultura de prevención como inversión

En cuarto lugar, se ha querido enfocar los problemas de *compliance* como un gasto innecesario de recursos corporativos o sencillamente en la sobre inversión en el tema. Ninguno de estos enfoques es acertado, e inclusive, son los pequeños cambios los que verdaderamente generan transformaciones de una cultura de *compliance* en el negocio. En muchas compañías, fortalecer *compliance* se ha convertido en sinónimo de contratar más *compliance managers*, comprar más softwares sofisticados y crear más políticas, inclusive cuando esas decisiones son en muchos casos redundantes y una pérdida de recursos o simplemente no generan resultados.⁸⁹ El gran problema es que las compañías, pueden tener miles de protocolos, pero no hacen chequeos de las rupturas e incumplimientos a sus propios programas.

Ciertamente, *compliance* sirve importantes funciones en materia legal, pero forzar el cumplimiento del programa a un requerimiento estrictamente legal limita su habilidad de influenciar positivamente el comportamiento de los empleados. Mientras muchas firmas de contadores y abogados continúan analizando *compliance* como un ejercicio legal, es en realidad mucho de ciencia aplicada del comportamiento de los empleados. Esta afirmación puede incomodar a cualquier abogado, pero para que un programa de cumplimiento tenga impacto real, los gerentes necesitan probar qué funciona y qué no.⁹⁰

⁸⁹ Chen, Hui & Soltes, Eugene, “Why Compliance Program Fail-and to Fix Them”, en: *Harvard Business Review*, 2018, Vol. 96, N° 2, pp. 116-125.

⁹⁰ Idem.

Las líneas directas no deben establecerse sólo para archivar y grabar las irregularidades, también deben servir para asesorar a los clientes internos antes de tomar una decisión equivocada y con terribles consecuencias.⁹¹ ¿Está bien diseñado el programa de cumplimiento de la empresa? ¿se está aplicando el programa con seriedad y buena fe? En otras palabras, ¿el programa cuenta con los recursos adecuados y está capacitado para funcionar con eficacia? ¿el programa de cumplimiento de la empresa funciona en la práctica?⁹²

No cabe duda que un equipo de *compliance* y su *internal program* será excelente sólo si la gente que trabaja en la compañía es excelente.⁹³ Adicionalmente, un punto importante y necesario es la preparación técnica e intelectual del personal que instruye e implementa el programa de cumplimiento que se trate. De nada sirve repetir sin entender las problemáticas y complejidades que aquí señalamos. La clave se encuentra en un correcto entendimiento de los problemas de *compliance*, y un adecuado entrenamiento a los empleados en un lenguaje accesible, flexible y entendible, de llano entendimiento, de los problemas y consecuencias de *compliance*.

Un programa de cumplimiento, no obstante, puede resultar bastante costoso para muchas empresas por el tiempo que es necesario invertir, los recursos humanos que se deben involucrar, y en ocasiones los recursos tecnológicos que esto puede representar. Sin embargo, el costo es un tema que cada organización deberá evaluar de acuerdo con los riesgos inherentes a su sector y determinar si no tener una herramienta de este tipo para prevenir es peor, así como saber manejar sus riesgos. En ese sentido, cabe preguntarse: ¿debe la empresa tercerizar su programa de cumplimiento ante la falta de recursos? o ¿debe la empresa tercerizar la realización y planeación de sus políticas internas?

Una de las principales fallas del sistema de controles planteado es su aplicación sin propósito y sin interés corporativo real. Mal puede tercerizarse un trabajo que sólo debe concernir a la persona involucrada. Nuevamente, la idea de *compliance* de papel como una compilación

⁹¹ Idem.

⁹² DOJ, *Evaluation of...*, ob. cit., p. 2.

⁹³ Miller, *The law of...*, ob. cit., p. 176.

de protocolos es una pérdida de tiempo. Ello no quiere decir que la empresa deba hacer todo solo y por su cuenta. El asesoramiento adecuado ayudará a robustecer sus programas y detectar márgenes de mejora. Pero ante los ojos de los reguladores, nada tiene más sentido que la creación de un programa de cumplimiento orgánicamente, así como una férrea cultura de *compliance* desde su alta gerencia como ejemplo.

VI. LAS IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO. ANÁLISIS DE CASOS

No todo puede ser perfecto. Los errores ocurren más a menudo de lo que queremos y el factor humano incrementa, en buena medida, violaciones a la regulación vigente y susceptibles de sanciones administrativas y procedimientos penales.

Desafortunadamente, de una forma muy habitual surgen preguntas y situaciones sumamente complejas para los practicantes de esta materia. Así, no solo *compliance* implica prevención: empresas con problemas públicos y notorios de *compliance* se ven obligadas a realizar un análisis de riesgos y elegir la opción menos mala cuando los controles fallan. De igual manera, hemos advertido que es posible, como estrategia de negocios, asumir ciertos riesgos legales. No obstante, hay riesgos tan altos que jamás pueden ser asumidos por su manifiesta ilegalidad o por sus consecuencias catastróficas.

En la práctica de *compliance* es habitual hacer referencia a casos emblemáticos, no por demostrar buenas prácticas, sino por ejemplificar los errores de mal manejo de programas, mala gerencia y asesoría en la materia que nos concierne. No todo puede ser controlado, independientemente de la estrategia aplicada y las proyecciones realizadas. Como todo, hay factores externos que ponen a prueba el modelo de *compliance* que mantiene la empresa o la carencia de éste.

Al ser una materia sensible, estos casos demuestran errores en el manejo interno de varios tópicos ilustrados en este trabajo. Mal manejo del riesgo, la desestimación de regulaciones y agentes administrativos, así como la falta de una cultura de *compliance* seria, pueden generar escándalos corporativos con implicaciones económicas para

la compañía en millones de dólares en multas y sanciones. Lo importante de los errores cometidos por otros, es aprender de ellos, y aplicar correctivos al programa propio.

1. El caso de ZTE-Cisco: sanciones internacionales, controles de exportación

Si existe un caso ideal para ilustrar la anatomía de una violación del régimen de sanciones internacionales y el régimen de controles a la exportación e importación de productos de origen estadounidense impuesto por Estados Unidos es el caso de *ZTE Corporation* (ZTE) y *Cisco Systems Inc.* (Cisco).⁹⁴ Ambas son compañías transnacionales del ramo de las telecomunicaciones y tecnología. En 2012, el DOJ llegó a un acuerdo con ZTE por violaciones a las regulaciones de sanciones de Irán por 430.4 millones de dólares por violar las sanciones de Estados Unidos al enviar artículos de origen estadounidense a Irán, luego de las determinaciones realizadas conjuntamente por la BIS, la OFAC y el DOJ.⁹⁵

En la determinación de los hechos por la OFAC y el DOJ, se determinó que ZTE ayudó a Irán a desarrollar una inspección profunda de usuarios para monitorear y bloquear el tráfico de Internet. La inspección profunda y el sistema implantado aísla y bloquea el tráfico específico como si fuese un servicio similar al que presta Gmail por parte de Google: el gobierno iraní, gracias a la tecnología proporcionada, puede registrar cada solicitud en línea del servicio y rastrear a los usuarios individuales, para así descifrar qué ocurre en cada hogar con conexión a internet.

En mayo de 2008, ZTE realizó una presentación ante el Centro de Investigación de Telecomunicaciones de Irán, controlado por el gobierno, sobre sus últimos productos de red, incluida la “Solución de intercepción legal ZTE”. Esto fue informado en ese momento por *Privacy International*, una organización sin fines de lucro con sede en Londres

⁹⁴ Véase Steclow, Steve, “Exclusive: Cisco cuts ties to China’s ZTE after Iran probe”, *Reuters*.

⁹⁵ Véase, DOJ, *ZTE Corporation Agrees to Plead Guilty and Pay Over \$430.4 Million for Violating U.S. Sanctions by Sending U.S.-Origin Items to Iran, Combined Penalty of \$1.19 Billion with Department of Commerce and Department of Treasury Actions Shows All of Government Approach to Sanctions Enforcement*.

que defiende el derecho a la privacidad y obtuvo una copia de la presentación. En un documento llamado “Hablando con el futuro,” ZTE señaló que su sistema ZXMT era aplicable a las agencias militares y de seguridad nacional. Proporcionaba “alta seguridad y buen secreto” y eran “invisibles para los objetivos”.

Una lista de piezas con fecha de julio de 2011 para un contrato de hardware entre ZTE y *Telecommunication Company of Iran* (TCI), compañía estatal iraní, incluía varios conmutadores Cisco revendidos. En las negociaciones con TCI, ZTE acordó vender cinco conmutadores Cisco a una unidad del consorcio que controla TCI, según documentos revisados por Reuters. En este supuesto, un tercero, no Cisco, revendió y redistribuyó productos manufacturados por Cisco luego de vendidos. Cisco manifestó en múltiples ocasiones que:

...no toleramos ninguna venta directa o indirecta de nuestros equipos a países embargados como Irán. Y cuando eso ocurre, damos un paso al frente y tratamos con mucha firmeza. Así que creo que puedes asumir que no verás que eso vuelva a suceder⁹⁶.

De acuerdo con la determinación realizada por el DOJ existieron dos contratos entre ZTE e Irán, que involucraron varias compañías. Veamos este problema entre los distintos contratos. Analicemos con pinzas la transacción:

En el primer contrato entre ZTE e Irán, ZTE y ZTE Persia acordaron con TCI de Irán suministrar equipos y administrar el proyecto para actualizar el sistema de telecomunicaciones del gobierno iraní. Esto incluía la función de vigilancia de la ley y el software. Se involucra a una tercera compañía, Beijing 8 Star (8S), compañía china, quien compraría equipos embargados a proveedores para distanciar a ZTE de las transacciones ilegales.

Realmente, 8S no tenía historial de envío ni reputación comercial real. Así las cosas, 8S mezcló bienes de origen estadounidense con su propio equipo y no identificó su origen en sus declaraciones de aduanas e identificó los productos de origen estadounidense en sus listas de empaque. ZTE había comprado los productos de origen estadounidense “a

⁹⁶ Idem.

granel” de sus proveedores. Los números de compras reflejaron las ventas de ZTE por un valor total de los bienes de \$68 millones de dólares.

El segundo contrato fue un acuerdo para construir torres celulares entre Irán, ZTE Persia y 8S. Así, 8S suministraba los equipos estadounidenses y ZTE Persia proporcionaba los servicios y productos de fabricación local. Previamente, ZTE adquirió bienes de origen estadounidense y los redistribuyó a 8S, pero ZTE terminó suministrando los bienes directamente a Irán porque 8S no tenía historial crediticio. Nuevamente, ZTE adquirió los productos de origen americano a través de pedidos “a granel” de sus proveedores, por un valor total del contrato en 165 millones de dólares. Para el 2011, el esquema cambia para establecer más compañías de fachada porque los riesgos de sanciones habían aumentado respecto a Irán.

Luego de las investigaciones realizadas por la OFAC sobre las violaciones al régimen sancionatorio, el DOJ determinó los conspiradores: el CEO, vicepresidente de ventas y vicepresidente de logística de ZTE. ZTE usó a CCA (una compañía china existente) para suministrar productos de origen estadounidense a Irán. ZTE Persia firmó el contrato con CCA con autorización del CEO de ZTE. En 2012, se citó administrativa a ZTE por parte del BIS, citación penal del DOJ para una investigación por parte de un gran jurado. El efecto inmediato fue que el negocio de ZTE en Irán cesó temporalmente. En 2013, ZTE reanudó su negocio en Irán por temor a violar su contrato con Irán y la posibilidad de ejecución de las garantías establecidas en él.

Podemos explicar la transacción de la siguiente forma: (i) El gobierno de Irán y algunas compañías iraníes realizaron pagos por compromisos contractuales al banco de ZTE; (ii) El banco de ZTE, a su vez, realizó pagos por compromisos contractuales a Citibank, siendo este último el que tenía una relación bancaria con Cisco; (iii) Una vez obtenidos los pagos a través de Citibank, Cisco proveyó de bienes y servicios a ZTE corporation, 8S, CCA y ZTE Persia como subsidiaria iraní de ZTE Corp., alcanzándose el objetivo de proveer de productos de origen americano y de servicios tecnológicos al gobierno de Irán y compañías iraníes.

El DOJ acusó formalmente a ZTE por obstrucción de la justicia. DOJ argumentó que el equipo de ZTE desinfectó los datos para ocultar-

los de la firma de contabilidad forense que realiza la investigación. ZTE ocultó datos relacionados con la reanudación de sus ventas ilegales a Irán de una firma de contabilidad forense contratada por un abogado defensor para llevar a cabo una investigación interna sobre las ventas de Irán de la compañía.⁹⁷

Así, ocurrió una eliminación automática de correos electrónicos del equipo gerencial de trece miembros y varios acuerdos de confidencialidad con los miembros de este equipo protegían la divulgación de cierta información sensible. No transcurrió mucho tiempo para que ZTE Corporation acordara presentar una declaración de culpabilidad y pagar una multa de \$430.488.798 a los Estados Unidos por conspirar para violar la IEEPA al enviar ilegalmente artículos de origen estadounidense a Irán, obstruir la justicia y hacer una declaración falsa material ante agentes federales.⁹⁸

ZTE acordó ante fiscales federales que, anualmente, durante el período de prueba, el *general counsel* de ZTE ejecutará bajo pena de perjurio y proporcionará al Gobierno una certificación de que, según el mejor conocimiento del consultor jurídico y después de una investigación razonable, ZTE cumple con los términos del *Plea Agreement*, incluyendo la certificación del general counsel de que ZTE ha seguido manteniendo su programa de cumplimiento y ética diseñado para prevenir y detectar violaciones de las *Export Administration Regulations* de los Estados Unidos en todas sus operaciones, incluidas las de sus subsidiarias, divisiones, segmentos y afiliados.

En efecto, la violación se concretó al momento que fue exportando intencionalmente el producto de origen americano. Ahora bien ¿por qué Cisco no fue sancionado tomando en cuenta que fueron sus productos los reexportados? En notas de prensa, Cisco ha señalado que “continúa investigando este asunto [sobre las reventas], ya que cualquier violación de los controles de exportación de los Estados Unidos es un asunto muy grave”.⁹⁹

¿Cisco no debió haber sabido de esta situación de reventas de sus productos? Como vemos, la fragilidad de la violación puede tornarse

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ United States of America v. ZTE Corporation Plea agreement, en <https://bit.ly/3QFATQC>.

⁹⁹ Idem.

discrecional por parte de las autoridades administrativas y penales encargadas. No es lo mismo enjuiciar a un americano que a un extranjero, así como no es lo mismo perjudicar a nacionales americanos que negocios foráneos. ZTE nos demuestra que Estados Unidos hará todo lo posible para ejecutar sus regulaciones hasta sus máximas consecuencias.

2. El caso de HSBC: sanciones internacionales, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo

HSBC es un banco trasnacional con sede Reino Unido¹⁰⁰ que ha estado involucrado en varios escándalos financieros por ciertos clientes particulares. Uno de los mayores clientes del banco, por ejemplo, era el banco *Al Rajhi*, banco de Arabia Saudita, que había sido vinculado por la CIA y otras agencias gubernamentales a actividades de financiamiento al terrorismo. Según un documento citado en un informe del Senado, uno de los fundadores del banco, SULAIMAN BIN ABDUL AZIZ AL RAJHI, se encontraba entre los veinte primeros financiadores de Al Qaeda. Comentamos un reportaje periodístico que estudia con profundidad los múltiples problemas de *compliance* que HSBC permitió durante casi 15 años.¹⁰¹ En 2003, la CIA escribió un informe confidencial sobre el banco, describiendo a Al Rajhi como un “conducto para las finanzas extremistas”.¹⁰²

La agencia señaló que SULAIMAN AL RAJHI trabajó conscientemente para ayudar a las “organizaciones benéficas” islámicas a ocultar su verdadera naturaleza, ordenando a la junta del banco “explorar instrumentos financieros que permitirían las contribuciones caritativas del banco para evitar el escrutinio oficial saudí”. En abril de 2003, la Reserva Federal envió a la subsidiaria estadounidense de HSBC una carta de cese y desistimiento, ordenándole que limpiara su acto e hiciera un mejor esfuerzo para evitar que los delincuentes y terroristas abran cuentas en su banco. En enero de 2005, mientras HSBC estaba bajo un acuerdo judicial con el DOJ, HSBC decidió cortar parcialmente los lazos con

¹⁰⁰ Véase información relativa de HSBC, en <https://bloom.bg/3AfxgeS>.

¹⁰¹ Véase Taibbi, Matt, *Gangster Bankers: Too Big to Jail. How HSBC hooked up with drug traffickers and terrorists. And got away with it.*

¹⁰² Idem.

Al Rajhi. La decisión solo se aplicaría a la banca de Al Rajhi y no a su compañía comercial relacionada.¹⁰³

En marzo de 2005, ALAN KETLEY, un oficial de cumplimiento de la filial estadounidense de HSBC, HBUS, le dijo alegremente a PAUL PLESSER, jefe del Departamento de Cambio Global de divisas de su banco, que era genial hacer negocios con *Al Rajhi Trading*. “Parece que estás bien para seguir lidiando con Al Rajhi”, escribió: “¡Será mejor que ganes mucho dinero!” Después de que HSBC restableció por completo su relación con el Al Rajhi Bank, aparentemente aliado del terrorismo, Arabia Saudita suministró al banco casi mil millones de dólares estadounidenses. Cuando HSBC le preguntó por qué necesitaba todo su efectivo estadounidense, Al Rajhi explicó que las personas en Arabia Saudita necesitan dólares por todo tipo de razones. “Durante el verano tenemos una gran demanda de los turistas que viajan durante sus vacaciones,” escribió el banco.¹⁰⁴

Fíjese que en este supuesto que el banco, a sabiendas de las violaciones, ayudó a personas prohibidas a eludir el proceso de sanciones a través de su plataforma bancaria y financiera. Uno de esos individuos era el poderoso empresario sirio RAMI MAKHLOUF, un confidente cercano de la familia Assad. Cuando MAKHLOUF apareció en la lista de SDN de la OFAC en 2008, HSBC respondió no cortando lazos con él, sino tratando de averiguar qué hacer con las cuentas que el agente sirio tenía en sus sucursales en Ginebra y las Islas Caimán, y así movilizar el dinero a cuentas ajenas a la regulación de sanciones.¹⁰⁵

El Departamento del Tesoro respondió duramente. Luego de meses de investigación, la OFAC llegó a un acuerdo con HSBC Holdings PLC., por más de \$ 1.9 mil millones en multas por la conducta de HSBC en violación del BSA y el régimen de sanciones impuesto por los Estados Unidos a varios países. Esto ha sido catalogado en su momento como el acuerdo colectivo más grande en la historia del departamento.¹⁰⁶ Así, el

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Véase, DOT, “Treasury Department Reaches Landmark Settlement with HSBC”, *Press Release*, 11-12-2012.

ineficaz programa AML de HSBC expuso al sistema financiero de los Estados Unidos a graves abusos criminales.¹⁰⁷

Estas fallas en el cumplimiento del *AML compliance program* significaron que el banco no detectó y no pudo detectar e informar de manera confiable actividades sospechosas y, por lo tanto, privó a las autoridades y reguladores de la información crítica utilizada para combatir la legitimación de capitales, el financiamiento del terrorismo, el crimen organizado transnacional y otras amenazas financieras nacionales y globales.¹⁰⁸

El acuerdo con la OFAC resuelve una investigación sobre las aparentes violaciones de HSBC en materia de regulaciones de sanciones de Irán; regulaciones de sanciones Birmanas; las regulaciones de sanciones de Sudán; regulaciones sobre el control de activos de Cuba; y las regulaciones de sanciones de Libia (vigentes hasta 2004).¹⁰⁹ Luego de este arreglo extrajudicial, el caso nunca llegó a ninguna corte, como es usual en la práctica de sanciones, para evitar el mal mayor de un litigio con consecuencias desastrosas. El mal ya estaba hecho desde el primer momento en que la OFAC decidió investigar.

3. El caso Siemens: sanciones internacionales y prácticas de corrupción en el extranjero

La corrupción es un fenómeno que trasciende fronteras. Así, los hechos de un país, sin aparente conexión jurisdiccional, son suficientes para el juicio penal de otro. Este es el caso de Siemens AG y tres de sus subsidiarias cuando se declararon culpables de violaciones al FCPA y acordaron pagar 450 millones de dólares en multas combinadas.¹¹⁰

El caso Siemens, es sin lugar a duda, la cúspide de un verdadero escándalo de corrupción transnacional. Antes de que el escándalo saliera a la luz pública, la reputación de Siemens era extremadamente buena

¹⁰⁷ Settlement Agreement, U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control & HSBC Holdings P.L.C. Diciembre, 2012.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Véase: *Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines*, 15-12-2008.

en el mundo de los negocios como una trasnacional de primer nivel. Siemens era reconocido por sus productos tecnológicos y servicios confiables en telecomunicaciones, energía, transporte y equipos médicos. Por esta razón, el mundo se tomó por sorpresa cuando la policía allanó la sede de la compañía en Múnich y otras subsidiarias el 15-11-2006. La primera reacción de la compañía fue reclamar inocencia y culpar a una pequeña “banda criminal” de los hechos.¹¹¹

Durante años, la compañía había pretendido hacer negocios de acuerdo con los más altos estándares éticos y legales. Desde al menos 1991, Siemens había desarrollado normas corporativas anticorrupción, códigos de conducta sofisticados y pautas comerciales estrictas. Incluso fue seleccionado para convertirse en miembro corporativo del capítulo alemán de Transparencia Internacional en 1998. Sin embargo, la realidad era completamente diferente.¹¹²

Desde al menos la década de 1990, Siemens había organizado un sistema global de corrupción para ganar cuota de mercado y aumentar su precio. Pudo salirse con la suya debido a las grandes lagunas en los sistemas legales de una gran cantidad de países, incluido Alemania. Esto trajo un efecto en cadena de múltiples casos judiciales de corrupción sobre el gigante de la industria de la tecnología. En todo el mundo, desde Bangladesh, Vietnam, Rusia, México hasta Grecia, Noruega, Iraq y Nigeria, Siemens pagó sobornos a funcionarios públicos y esto fue constatado y probado en juicios o ante fiscales.¹¹³

La magnitud del sistema de soborno fue generalizada y sin precedentes. Como dijo REINHARD SIEKACZEK, un empleado de Siemens: “todos sabíamos que lo que estábamos haciendo era ilegal. El pago de un soborno era habitual en prácticamente todas las unidades de negocios de Siemens AG, excepto en las unidades de negocios que se ocupan de lámparas y demás”.¹¹⁴

Las respuestas de las distintas Administraciones de justicia no se hicieron esperar. Se tomaron medidas contra Siemens en varios países,

¹¹¹ Véase, The conversation, *Lessons from the massive Siemens corruption scandal one decade later*.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Idem.

incluidos Estados Unidos, Alemania, Italia y Liechtenstein.¹¹⁵ Así, se constató luego de todas las investigaciones realizadas en múltiples jurisdicciones que todo el programa de cumplimiento establecido era una fachada y letra muerta en la práctica corporativa de Siemens. La empresa alemana usaba sobornos clave para garantizar oportunidades comerciales en el extranjero como su práctica habitual de negocios. Esto es un error de proporciones descomunales.

Así, en Estados Unidos, Siemens AG se declaró culpable de dos cargos interpuestos por violaciones penales de los controles internos requeridos de acuerdo con la FCPA. Siemens S.A. Argentina se declaró culpable del delito de conspiración para violar las disposiciones y requerimientos de libros y registros de la FCPA. *Siemens Bangladesh Ltd.* y *Siemens S.A. Venezuela*, cada uno se declaró culpable de conspiración para violar las disposiciones antisoborno y de libros y registros de acuerdo con la FCPA. Como parte de los acuerdos de culpabilidad, Siemens AG acordó pagar una multa de 448.5 millones de dólares; y Siemens Argentina, Bangladesh y Venezuela acordaron pagar una multa de 500.000 dólares.¹¹⁶

En el caso de corrupción de Venezuela, de acuerdo con el expediente judicial, desde noviembre de 2001 y continuando hasta aproximadamente mayo de 2007, Siemens Venezuela admitió que realizó pagos corruptos de al menos 18 millones de dólares a varios funcionarios venezolanos indirectamente a través de supuestos consultores comerciales, a cambio de un trato comercial favorable en conexión con dos grandes proyectos de transporte público metropolitano llamados Metro Valencia y Metro Maracaibo. Algunos de esos pagos se realizaron utilizando cuentas bancarias de los Estados Unidos controladas por los supuestos consultores comerciales.¹¹⁷

Como vemos, la corrupción trasciende fronteras y no distingue nacionalidades. Una de las lecciones del caso Siemens es que Estados Unidos se toma en serio las acusaciones de corrupción por parte de empresas transnacionales. Son actitudes inexcusables, como la de Siemens,

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ *United States v. Siemens S.A (Venezuela)*, Statement of Offense, en <https://bit.ly/3pcNfEI>.

las que permiten entender que en el mundo actual de los negocios se requiere una tolerancia cero a la corrupción por sus implicaciones éticas y por entorpecer el trabajo de las Administraciones Públicas alrededor del mundo.

4. Algunas lecciones para un programa de cumplimiento efectivo

Hemos analizado someramente cuatro frentes de lucha: sanciones internacionales, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, regulación de control sobre exportaciones, corrupción y soborno. Si se quiere, estos tópicos son *compliance* en su parte especial. Y son sólo algunos de los problemas que presenta el comercio global actual y la práctica transnacional del derecho. Ahora bien, *compliance* en la actualidad es una *necesidad de negocio* y no es un maquillaje corporativo de malas prácticas corporativas como planteó *Siemens* hace más de diez años. Así como el riesgo legal existe y por ello se encuentran equipos de abogados de la empresa, también se hace necesario un equipo de *compliance*.

Buena parte de la literatura actual en la materia se sustenta en los fracasos ajenos y el establecimiento de mejores prácticas empresariales con base en esos escándalos corporativos.¹¹⁸ En este trabajo, veremos muchos ejemplos de ello, así como también aquellas situaciones que nunca debieron pasar. El fracaso de un programa de cumplimiento tiene muchos frentes complejos de análisis. En nuestra opinión, el punto central, tal y como señalan CHEN y SOLTES es que “las empresas cuentan habitualmente con políticas y procedimientos, pero no realizaban un seguimiento de las infracciones que cometían”.¹¹⁹ De nada sirve un *compliance de papel y de escritorio* si la empresa no toma las decisiones correctas en el momento preciso. Esto ha generado una serie de problemas prácticos que conllevan, irremediablemente, al fracaso del programa que queremos fomentar.

Un error, también común, es confundir la responsabilidad legal con la efectividad del cumplimiento. Las políticas de cumplimiento

¹¹⁸ Téngase a modo de ejemplo Miller, *The law of...*, ob. cit.

¹¹⁹ Chen & Soltes, *Why Compliance...*, ob. cit.

cumplen funciones legales importantes, pero forzarlas a entrar en marcos legales puede limitar su capacidad para influir positivamente en el comportamiento de los empleados.¹²⁰ ¿Cómo ha evaluado la empresa si estas políticas y procedimientos se han implementado de manera efectiva? Las empresas suelen responder mostrando que los empleados firmaron una declaración de que habían leído y comprendido las políticas y códigos de conducta de la empresa. Si bien dicha firma puede proporcionar una base legal para despedir a alguien que viole una regla, no demuestra que un empleado haya convertido el conocimiento sobre las políticas en prácticas laborales cotidianas.¹²¹ ¿Realmente eso significa o aporta algo de valor para nuestro programa de cumplimiento? Contar las aprobaciones legalmente vinculantes de los empleados a las políticas no es una forma adecuada de cuantificar la efectividad de un programa de cumplimiento.

También la creencia errónea de que estamos haciendo las cosas bien genera una autocensura en nuestra crítica interna respecto a las áreas de oportunidad que puede tener nuestro programa de cumplimiento. El hecho de tener un *compliance program in place* quiere expresar que la empresa hace sus mejores esfuerzos para conocer los riesgos potenciales a los que se enfrenta y saber, preventivamente, cómo podría manejarlos. Ello genera un sesgo de autoinforme y autoselección peligroso para la empresa.

Compliance managers a menudo se basan en encuestas para evaluar el desempeño de sus programas. El desafío de las encuestas es que la autoevaluación y la autoselección de los encuestados pueden sesgar los resultados y llevar a los gerentes a sacar conclusiones incorrectas. Las personas que ocupan puestos de responsabilidad y las que realmente cometen una mala conducta pueden estar menos inclinadas a participar.¹²² Por ello, es necesario tener en cuenta el sesgo en los datos recopilados al interpretar la data obtenida una vez probado o auditado el programa de cumplimiento.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

Navegar regulaciones cada vez más complejas y exhaustivas requiere personal calificado y los recursos necesarios para esta labor. No en vano agentes regulatorios sancionan a empresas transnacionales con multas de billones de dólares. La realidad es que es muy fácil ser acusado y aceptar acuerdos por violaciones que ni siquiera se tenían en el radar para el negocio. Si algo podemos aprender de estos fracasos de *compliance* es que su obligatoriedad de cumplimiento es una necesidad en la dinámica de los negocios en la contemporaneidad; su efecto mitigador de riesgos puede ser clave; y su impulso y propulsión a mejores prácticas corporativas respetuosas de la ley, las regulaciones, la responsabilidad social empresarial y los derechos humanos, son el nuevo horizonte empresarial.

Finalmente, el trabajo de *compliance* es amplio en su espectro de temas a desarrollar. En los hombros de las empresas no solo recae el objetivo de hacer pagar dividendos, sino que, adicionalmente, recae el deber de cumplir con las exigencias de múltiples entidades y agentes administrativos en varias jurisdicciones, así como cumplir con la sociedad. Por ello, la asesoría y el establecimiento de programas adecuados son clave para un negocio exitoso en el mundo complejo que vivimos.