

# *Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance*

Diego Thomás Castagnino\*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 217-245

**Resumen:** La corrupción es un problema intemporal, que no conoce fronteras, y que, si bien no existe una acción única que sea lo suficientemente contundente como para acabar con este flagelo, resulta indispensable entender que la lucha contra la corrupción es una labor que debe emprenderse de manera conjunta desde el Estado, sector privado, escuelas, universidades y el hogar, y que cada acción contribuye positivamente para mitigar el riesgo. En el presente trabajo se proponen mecanismos para la prevención de la corrupción en la contratación mercantil, desde la óptica del Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo.

**Palabras claves:** Corrupción, Compliance, Buen Gobierno Corporativo.

## *Proposals for mitigating the risk of corruption in commercial contracting from Compliance*

**Abstract:** Corruption is a timeless problem that knows no borders, and although there is no single action that is forceful enough to put an end to this scourge, it is essential to understand that the fight against corruption is a task that must be undertaken jointly from the State, private sector, schools, universities, and the home and that each action contributes positively to mitigate the risk. In this work, mechanisms are proposed for the prevention of corruption in commercial contracting, from the perspective of Corporate Compliance and Good Corporate Governance.

**Keywords:** Corruption, Compliance, Good Corporate Governance.

**Recibido:** 20/10/2023

**Aprobado:** 16/11/2023

---

\* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com



# *Propuestas para la mitigación del riesgo de corrupción en la contratación mercantil desde el Compliance*

Diego Thomás Castagnino\*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 217-245

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Importancia de combatir la corrupción. 2. La relación entre corrupción y contratación mercantil. 3. Recomendaciones desde el Corporate Compliance y Buen Gobierno Corporativo. 3.1. Código de Conducta. 3.2. Implementación de un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción. 3.3. Política anticorrupción. 3.4. Adecuado manejo de los conflictos de interés. 3.5. Procedimientos de debida diligencia. 3.6. Cláusulas que se recomiendan incluir en el contrato. 3.7. Línea para denuncias interna. 3.8. Tono de la alta dirección. 3.9. Entrenamientos. 3.10. Supervisión y control. 3.11. Otras políticas.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la corrupción ha sido definida como “*el fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa*”<sup>1</sup>. Así, en sentido amplio, los actos de corrupción se definen como “*aquellos que implican, por acción u omisión, la violación de un deber posicional o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, y con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio extra-posicional*”<sup>2</sup>. Sin embargo,

---

\* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Director de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

<sup>1</sup> Pasquino, Gianfranco. “Corrupción”, en Norberto BOBBIO (coord.), *Diccionario de Ciencia Política*. México, Siglo XXI editores, 1988, pp. 438-440

<sup>2</sup> Demetrio, C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003, p. 49.

para autores como el profesor Carlos Simón Bello Rengifo, no es nada fácil en el mundo contemporáneo alcanzar una definición universal de la corrupción como un “macro concepto”<sup>3</sup>.

Si bien la definición de corrupción se aplica generalmente al ámbito público, es posible afirmar que la corrupción es también una realidad en el medio privado<sup>4</sup>. No obstante, hay sectores que consideran que la corrupción privada tiene una menor connotación social que la corrupción pública, debido a que es menos atractiva para los medios de comunicación y para la industria política; y, desde una perspectiva científica, se postula que para fines de análisis no debe mezclarse con la corrupción pública<sup>5</sup>.

Independientemente de que sea pública o privada, la corrupción es un acto reprochable, no ético, que, entre otras cosas, socava la confianza, obstaculiza el crecimiento económico, fomenta desigualdad, y puede afectar en todos los aspectos de la vida a las personas, razón por la cual es necesario rechazarla en todas sus formas y promover la transparencia, la rendición de cuentas y la integridad tanto en el sector público como en el privado.

Las convenciones internacionales utilizan el soborno como el acto principal de corrupción<sup>6</sup>, pero hay muchas formas para su realización. El Consejo de Europa<sup>7</sup> y la Convención de las Naciones Unidas<sup>8</sup> exigen a sus signatarios que tipifiquen como delito el “ofrecer”, “prometer” y “dar” un soborno. Son tres conductas que representan comportamientos corrosivos que deben prohibirse y castigarse en cualquiera de sus modalidades<sup>9</sup>.

En todo caso, los antecedentes de la corrupción se pierden en el tiempo. La historia ha demostrado que la corrupción existe prácticamente desde el mismo momento en que el hombre comenzó a poblar la Tierra. Por ejemplo, la Biblia señala como los filisteos corrompieron con dinero a Dalila, la concubina de Sansón, a fin de que lo traicionara y les hiciera saber la explicación de su extraordinaria fuerza; los grandes

---

<sup>3</sup> Bello Rengifo, Carlos Simón. *Corrupción administrativa*. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, 2022. p. 43-44.

<sup>4</sup> Pacheco Gómez, M., “Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública”. Revista de Ciencia Política 18. P. U. Católica de Chile, 1996, pp. 37-38.

<sup>5</sup> Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994, p. 21.

<sup>6</sup> Henning, Peter, “Public corruption: comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001, p. 825.

<sup>7</sup> Convenio penal sobre la corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

<sup>8</sup> Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

<sup>9</sup> Villegas Ruíz, Jesús A. “Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2022. p. 297.

filósofos Platón, Sócrates y Aristóteles manifestaron su preocupación por los conceptos de justicia y moral; y no cabe dudas de que la corrupción fue un hecho relevante en la Roma de los Césares y en la Revolución Francesa<sup>10</sup>.

El Libertador Simón Bolívar el 12 de enero de 1824, decretó la pena de muerte para todos los funcionarios públicos que malversaran o tomaran para sí parte de los fondos de la nación, medida que justificó al considerar que la corrupción era “*una de las principales causas de los desastres en que se ha visto envuelta la República*” y que “*el único medio de extirpar radicalmente este desorden es dictar medidas fuertes y extraordinarias*”.

Lamentablemente en la historia reciente el problema persiste y la mayoría de los países de Latinoamérica se caracterizan por ser percibidos como altamente corruptos. Venezuela no escapa de esta terrible realidad. Así lo demuestra el índice que mide la percepción de corrupción que Transparencia Internacional publica anualmente. De acuerdo con el índice correspondiente al año 2022, Venezuela<sup>11</sup> ocupa el puesto 177 de 180 con un puntaje de 14/100.

Por otro lado, siguen siendo frecuentes los graves escándalos corporativos por corrupción, como Siemens<sup>12</sup>, Walmart<sup>13</sup>, Volkswagen<sup>14</sup>, FIFA<sup>15</sup>, o, el caso Odebrecht<sup>16</sup>, este último ha generado situaciones verdaderamente devastadoras en muchos de los países en donde la empresa llegó a tener un contrato, vale decir que dicha empresa se declaró culpable en diciembre 2016, y acordó pagar una multa total de al menos US\$ 3.500 millones, para resolver cargos con autoridades en Estados Unidos, Brasil y Suiza, por haber pagado cientos de millones de dólares en sobornos a funcionarios gubernamentales de todo el mundo, se trata de la multa más alta hasta ahora conocida en toda la historia de la lucha contra la corrupción.

---

<sup>10</sup> Orlando, Freddy J. “Contribución al estudio de la legislación venezolana dirigida a sancionar los hechos de corrupción”. Universidad Central de Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2011, p. 34.

<sup>11</sup> <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/ven>

<sup>12</sup> La empresa alemana realizó, entre 2001 y 2007, 4.283 pagos ilegales a funcionarios de Bangladesh, China, Venezuela, México, Rusia, Vietnam, Nigeria y Argentina, para obtener contratos públicos. Siemens pagó una multa de US\$450 millones. <http://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>

<sup>13</sup> En diciembre de 2012, el diario The New York Times publicó que se habrían identificado alrededor de 19 sitios en México donde presuntamente Walmart habría realizado sobornos para su expansión.

<sup>14</sup> La empresa admitió haber instalado un artefacto capaz de evadir los controles de emisiones de dióxido de carbono y óxidos de nitrógeno en 11 millones de vehículos en todo el mundo. [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104\\_internacional\\_estados\\_unidos\\_demanda\\_volkswagen\\_ppb](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104_internacional_estados_unidos_demanda_volkswagen_ppb)

<sup>15</sup> Entre 1991 y 2015, altos ejecutivos de la FIFA abusaron de sus cargos de confianza para el beneficio personal mediante el pago sistemático de sobornos. En conjunto, a los directivos imputados se les acusó de conspiración para solicitar y recibir más de US\$150 millones en sobornos a cambio de su respaldo oficial a los ejecutivos de marketing deportivo que acordaron hacer los pagos ilegales. [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150527\\_deportes\\_acusaciones\\_corrupcion\\_directivos\\_fifa\\_bd](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150527_deportes_acusaciones_corrupcion_directivos_fifa_bd)

<sup>16</sup> <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>

Venezuela por supuesto no ha sido una excepción en lo que a escándalos por corrupción se refiere, siendo los casos más emblemáticos de los últimos años: Fondo Chino y reventa de bonos argentinos, CADIVI (Comisión de Administración de Divisas), PDVAL alimentos vencidos y desviados, Fondos comunales, Guido Antonini Wilson e importaciones argentinas, Plan Bolívar 2000, Central Azucarero Ezequiel Zamora, Makled y narcotráfico, Notas Estructuradas<sup>17</sup>, y más recientemente el caso de corrupción en PDVSA<sup>18</sup>.

La corrupción puede presentarse en distintos ámbitos, y la contratación mercantil internacional no escapa de ello, especialmente se presenta debido a problemas relacionados con la contratación irregular de proveedores (usualmente por parte de empleados poco éticos) para favorecer intereses particulares, como consecuencia de la ausencia (o incumplimiento) de los mecanismos de debida diligencia para la selección de contratistas y proveedores.

En lo que respecta a la contratación pública, en la mayoría de los países, el acto corrupto usualmente constituye incumplimientos de la legislación sobre contratos públicos, especialmente por tratarse de contrataciones innecesarias, o que implican un despilfarro de los recursos públicos.

En este sentido, es posible afirmar que la corrupción es un problema intemporal, que no conoce fronteras, y que, si bien no existe una acción única que sea lo suficientemente contundente como para acabar con este flagelo, resulta indispensable entender que la lucha contra la corrupción es una labor que debe emprenderse de manera conjunta desde el Estado, sector privado, escuelas, universidades y el hogar, y que cada acción contribuye positivamente para mitigar el riesgo.

En el presente trabajo se propondrán mecanismos para la prevención de la corrupción en la contratación mercantil, desde la óptica del Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo.

## ***1. Importancia de combatir la corrupción***

Son múltiples los motivos que justifican la inversión de tiempo y recursos para combatir el terrible flagelo de la corrupción, desde motivaciones de índole económica, social hasta moral, y que dependiendo de las características propias del país del que se trate, y de la forma que adopte la corrupción, unas tendrán más peso que otras, pero al final, no habrá dudas sobre la imperiosa necesidad de erradicar este terrible mal que azota a nuestras sociedades desde que el hombre empezó a poblar estas tierras.

---

<sup>17</sup> Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela”. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 5/2015

<sup>18</sup> <https://cnnspanol.cnn.com/2023/03/29/fiscalia-venezuela-imputa-23-personas-tramas-corrupcion-pdvs-orix/>

Jim Yong Kim, Presidente del Banco Mundial, señaló:

*“Cada dólar que un funcionario corrupto o un empresario corrupto le pone en su bolsillo, es un dólar robado a una mujer embarazada que necesita atención médica; o a una niña o niño que merece educación; o a las comunidades que necesitan agua, carreteras y escuelas.”*<sup>19</sup>

En efecto, entre las varias formas que puede adoptar la corrupción quizás la más dañina es aquella que se presenta cuando los funcionarios públicos que tienen bajo su responsabilidad la administración de fondos públicos, desvían tales recursos para favorecer intereses particulares a cambio de sobornos.

Al luchar contra la corrupción se genera una cadena de efectos positivos, tales como:

- **Se fomenta la transparencia.** Cuando las instituciones son transparentes en sus operaciones, los ciudadanos y los inversores pueden confiar en ellas. La transparencia también hace que sea más difícil para los funcionarios corruptos desviar los recursos para su beneficio personal.
- **Promueve la rendición de cuentas.** La lucha contra la corrupción fomenta la rendición de cuentas por parte de los funcionarios y las instituciones que manejan los recursos públicos. La rendición de cuentas puede prevenir el mal uso de los recursos al obligar a los individuos a justificar sus decisiones y acciones.
- **Mejora la eficiencia.** La corrupción conduce a una utilización ineficiente de los recursos, ya que los funcionarios corruptos priorizan sus intereses personales en lugar de los intereses del colectivo. La lucha contra la corrupción puede ayudar a garantizar que los recursos se utilicen de manera eficiente y efectiva.
- **Incrementa la confianza.** Cuando los ciudadanos y los inversores confían en las instituciones públicas, es más probable que estén dispuestos a invertir y contribuir a la economía. La lucha contra la corrupción puede ayudar a construir la confianza y aumentar la inversión local y extranjera en el país.

Todo esto contribuye al adecuado uso de los recursos, ya que ayuda a garantizar que estos se utilicen para beneficio del colectivo y no para el beneficio personal de individuos corruptos, y esto repercute positivamente con el objetivo de alcanzar la paz social, ya que los ciudadanos verían satisfechas sus necesidades por parte de las instituciones públicas. A título de ejemplo se mencionarán a continuación otros motivos que justifican la lucha contra la corrupción:

---

<sup>19</sup> <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/12/19/corruption-developing-countries-world-bank-group-president-kim>

- **Disminuye la impunidad.** Cuando hay corrupción en un país o en una organización, se crea un ambiente de impunidad, donde los individuos corruptos no son castigados por sus acciones. Esto puede llevar a una mayor corrupción, ya que los individuos ven que pueden obtener ganancias sin consecuencias.

La corrupción también se presenta cuando fiscales, cuerpos policiales, jueces y magistrados impulsados por favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa deciden no cumplir con sus labores, permitiendo que delitos como la corrupción sigan ocurriendo, generándose un entorno de impunidad.

La impunidad es un flagelo que debilita la confianza en las instituciones públicas, viola los derechos humanos y atenta contra la democracia. Claudio Nash señala que cuando no se toman medidas para combatir la corrupción se va configurando un contexto de impunidad que fomenta la repetición de los actos ilícitos<sup>20</sup>.

Empíricamente, se puede demostrar que los países que tienen altas tasas de corrupción (o altos niveles de percepción de corrupción) también tienen un registro pobre de protección de los derechos humanos<sup>21</sup>, por lo cual, es posible afirmar que existe una estrecha relación entre corrupción, impunidad y violación de los derechos humanos<sup>22</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la falta de investigación y sanción de las vulneraciones de derechos humanos genera impunidad y esta, a su vez, perpetúa los actos de corrupción<sup>23</sup>, impactando directamente el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Cuando la corrupción logra avanzar y se infiltra profundamente en las estructuras del Poder Judicial, Ministerio Público y organismos policiales, es un síntoma de que en ese país el Estado de Derecho está gravemente comprometido. Es por ello que es necesario emprender acciones inmediatas para evitar que luego sea más complejo revertir la situación.

La disminución de la impunidad puede lograrse a través de medidas como el fortalecimiento de las instituciones judiciales, la creación de leyes y regulaciones que castiguen la corrupción, la implementación de mecanismos de control y monitoreo de los recursos públicos y privados, entre otras.

---

<sup>20</sup> Nash, Claudio. "Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias" en "Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos." Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2019, p. 33

<sup>21</sup> Peters, Anne. "Corrupción y derechos humanos" en "Impacto de la corrupción en los derechos humanos", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 24

<sup>22</sup> Tablante, Carlos. "Impacto de la corrupción en Venezuela" en "Impacto de la corrupción en los derechos humanos", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, p. 176

<sup>23</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción. 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>

- **Rompe las barreras que la corrupción crea al comercio internacional.** La corrupción, entre otras cosas, impone barreras al comercio internacional, incrementa los costos y los precios de los bienes y servicios; pudiendo inclusive, provocar crisis políticas internacionales<sup>24</sup>. Además, las empresas corruptas pueden obtener ventajas indebidas en los procesos de licitación y adjudicación de contratos, lo que también reduce la competencia.

En un mundo globalizado las empresas están continuamente interactuando con la administración pública, y resulta una verdadera barrera el hecho de que en determinados lugares se consigan con funcionarios públicos corruptos.

Supongamos que en un puerto se sabe que los funcionarios están exigiendo soborno a las empresas para poder nacionalizar sus productos, la consecuencia será que las empresas redireccionen sus cargas a otro puerto, provocando para el país o localidad: menos ingresos por impuestos, disminución de oferta de bienes y servicios, menos puestos de trabajo, etc., y a su vez para la empresa se genera: incremento de costos operativos, ya que tendrá que pagar más flete porque ahora debe ir a un puerto más lejano, menos ingresos, porque ya no vende en esa localidad, pérdida de *share* de mercado, ahora el producto debe venderlo a un precio más costoso, etc.

Es decir, todos pierden por culpa de un grupo de funcionarios públicos que, por su egoísmo, ahuyentan a los empresarios, se genera pobreza y atraso, en vez de contribuir con la producción de riqueza y prosperidad.

La corrupción en general trae graves consecuencias en los mercados, especialmente en los mercados financieros y de capitales, al generar desconfianza y falta de credibilidad<sup>25</sup>. Es por ello que combatir la corrupción puede mejorar la percepción del país en el extranjero, lo que puede aumentar la confianza de los inversores y mejorar la reputación del país como un lugar seguro y transparente para hacer negocios.

- **Fortalece la estabilidad política y la calidad democrática.** Según el abogado español Antonio Garrigues Walker, la corrupción no es únicamente “*un tema moral, sino que afecta a la estabilidad política, a la calidad democrática e, incluso, a la eficacia económica*”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Demetrio C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003, p. 49.

Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994, p. 46.

<sup>25</sup> Reos, Orlando. “Efectos económicos de la corrupción”. Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo, 2002, pp. 4-5.

<sup>26</sup> La corrupción afecta “a la estabilidad política, la calidad democrática y la economía”. (2013, Diciembre 17). Europapress. Recuperado de <https://www.europapress.es/aragon/noticia-antonio-garrigues-advierde-corrupcion-afecta-estabilidad-politica-calidad-democratica-economia-20131203123418.html>

La corrupción socava la estabilidad política y la calidad democrática al erosionar la confianza del público en las instituciones gubernamentales y en los líderes políticos. Cuando los ciudadanos perciben que los políticos y los funcionarios públicos están más interesados en enriquecerse a sí mismos que en servir a los intereses públicos, pueden sentirse desanimados y desconectados del proceso político.

La corrupción también puede aumentar la polarización política y debilitar la confianza en las instituciones democráticas. Cuando algunos grupos tienen un acceso desproporcionado al poder político o económico debido a su capacidad para sobornar o influir en los funcionarios públicos, otros grupos pueden sentirse excluidos y marginados. Esto puede llevar a la polarización política, la desigualdad y la inestabilidad social.

Tal y como lo ha señalado María Fernanda Boudi, la corrupción transfiere recursos públicos a manos privadas, lo cual usualmente ocasiona que los ciudadanos tengan servicios públicos menos eficientes y de baja calidad. Además, indica la citada autora, que se ha demostrado que la corrupción tiene un efecto negativo en la democracia, a través de la erosión de la confianza de los ciudadanos en la legitimidad del sector público, y que existe una creciente apreciación de los efectos corrosivos de la corrupción en el desarrollo económico y de cómo la corrupción impide la consolidación de una gobernabilidad democrática<sup>27</sup>.

Combatir la corrupción puede aumentar la confianza del público en las instituciones democráticas y en los líderes políticos, contribuye a mejorar la estabilidad política y reducir la polarización. La lucha contra la corrupción también puede aumentar la participación ciudadana, lo que puede ayudar a fortalecer la calidad democrática al involucrar a más personas en el proceso político y en la toma de decisiones.

En resumen, combatir la corrupción es esencial para fortalecer la estabilidad política y la calidad democrática. Al mejorar la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, se puede aumentar la confianza del público en las instituciones democráticas y en los líderes políticos, lo que puede reducir la polarización política y mejorar la estabilidad política y social.

Tal y como señala Román J. Duque Corredor, *“una verdadera democracia no existe si “la corrupción de los pueblos nace de la indulgencia de los Tribunales y de la impunidad de los delitos”, y porque “la destrucción de la moral pública causa bien pronto la disolución del Estado”, según el certero pensamiento del libertador simón Bolívar”*<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Boudi, María Fernanda. “Gobernabilidad y Corrupción en Venezuela” (Cultura política, gobernabilidad y democracia en Venezuela, 2008). Vanderbilt University. EEUU. Barómetro de las Américas. 2008. p. 48

<sup>28</sup> Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina... p. 248.

## 2. La relación entre corrupción y contratación mercantil

Los contratos son considerados como la más importante fuente de las obligaciones mercantiles, ya que son fundamentales para generar seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Sin embargo, en ocasiones son utilizados para simular negocios jurídicos cuando, en realidad, las partes tienen una intención corrupta. No importa si se trata de un contrato privado o público, si las partes cotizan en bolsa o si desarrollan una actividad altamente regulada, tampoco es relevante el tamaño de la empresa, porque, a mayor o menor medida el riesgo de corrupción siempre estará latente.

La profesora Claudia Madrid Martínez<sup>29</sup> ha señalado que es importante distinguir entre los contratos de corrupción y los contratos por corrupción. Esta distinción facilitará la identificación de acciones necesarias para prevenir el riesgo de corrupción. Dicha distinción nos lleva a la conclusión de que el contrato es el medio utilizado para ejecutar los actos corruptos.

Primero, debemos recordar que no existe una teoría general de las obligaciones y de los contratos mercantiles distinta a la contenida en el Código Civil y formulada con carácter general no sólo para el derecho privado, sino también para el derecho público, y que, no existe un concepto de obligación y de contrato distinto al único formulado por el derecho civil, por lo que, tendrá plena aplicación en el derecho mercantil la definición de contrato recogido por el artículo 1.133 del Código Civil, según el cual, el contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico.

Sin embargo, el Código Civil también señala los requisitos para la existencia y para la validez de los contratos, los primeros, regulados en el artículo 1.141 y circunscritos al consentimiento, objeto y la causa, y los segundos, están establecidos en el artículo 1.142 *ejusdem* y son: la capacidad para contratar y la ausencia de vicios del consentimiento de los contratantes. De tal manera que, debemos preguntarnos, ¿son los contratos de corrupción y los contratos por corrupción, verdaderamente contratos?

Los contratos de corrupción, son los acuerdos que tienen por objeto el pago de una cantidad para obtener una ventaja indebida, es decir, viene a ser el contrato de soborno propiamente dicho, que por sus propias características y de conformidad con la legislación venezolana, deben ser tratados como un contrato nulo debido a la ilicitud en su objeto y causa, y por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres.

---

<sup>29</sup> Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la contratación internacional”. Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 18, número 36, enero-junio de 2023.

Señala la profesora Madrid Martínez<sup>30</sup> que para evitar la imposibilidad de hacer valer tales acuerdos ante los tribunales, se suele recurrir a la práctica de disfrazar u ocultar la ilegalidad que los caracteriza, ejemplo de ello es el uso del contrato de consultoría con intermediarios como fachada al contrato de corrupción, el pago de comisiones, el incremento del precio originalmente pactado, etc.

En cambio, los contratos por corrupción son aquellos cuya celebración ha sido precedida por actos de corrupción que, se han llevado a cabo, precisamente para que este contrato pueda perfeccionarse. Para Madrid Martínez<sup>31</sup>, se trata de un contrato que, en principio no adolece de vicio alguno, pero, se pregunta si los actos de corrupción que lo han precedido alcanzan a contaminarlo, concluyendo que, de acuerdo con la doctrina venezolana en este tipo de contratos la ilicitud del acto de corrupción contamina la causa y el objeto, y también se considera que es un contrato contrario a las buenas costumbres.

Si bien es posible que los accionistas y/o la alta gerencia de una empresa pueden ser cómplices del delito de corrupción, también existe la posibilidad de que sean los mandos medios los únicos responsables, o solo parte de los accionistas o de los miembros de la junta directiva quienes estén involucrados en el acto corrupto.

En este sentido, desde el Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo, se han formulado algunas recomendaciones para prevenir la comisión del delito en todos los niveles de la organización, sea en la fase de selección del contratista o proveedor, en la fase precontractual, en la fase de formación del contrato o en la ejecución contractual propiamente dicha.

### ***3. Recomendaciones desde el Corporate Compliance y Buen Gobierno Corporativo***

El término anglosajón “*Corporate Compliance*”, también conocido como “*Compliance Empresarial*”, o “*Cumplimiento Empresarial*”, es utilizado para identificar al conjunto de acciones preventivas ejercidas por la empresa, que procuran garantizar que esta, sus accionistas, directivos, gerentes, empleados y agentes vinculados, cumplan con la normativa aplicable y ejecuten sus actividades con ética<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la...”

<sup>31</sup> Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la... *op cit*”

<sup>32</sup> Castagnino, Diego Thomás. “Una aproximación al concepto de Corporate Compliance”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 3. Caracas. 2019.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en 2005 en su documento “*Compliance and the Compliance Function in Banks*”<sup>33</sup>, definió el riesgo del Compliance como el riesgo de que: “(...) una organización pueda sufrir sanciones, multas, pérdidas financieras o pérdidas en su reputación como resultado del incumplimiento de las leyes, regulaciones, normas de autorregulación o códigos de conducta que se apliquen a su actividad”.

El Corporate Compliance se presenta como un sistema, dentro del cual se encuentran instituciones que se interrelacionan entre sí, todas con propósitos similares, pero con perspectivas puntuales en sus campos de acción. Así, en el sistema podemos encontrar al Buen Gobierno Corporativo, a la Responsabilidad Social Empresarial, al Cumplimiento Normativo y a la Ética.

El Gobierno Corporativo tiene especial importancia en el ámbito societario. La definición tradicional de Gobierno Corporativo es la que propuso la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos<sup>34</sup> (OCDE) en abril de 1999: “*El gobierno corporativo es el sistema por el cual las corporaciones comerciales son dirigidas y controladas*”.

En la actualidad podemos distinguir entre el Gobierno Corporativo externo o institucional, que es aquel impuesto desde fuera por el sistema jurídico y por la red de instituciones de un determinado país, del Gobierno Corporativo interno o contractual, entendido como el que es asumido voluntariamente desde dentro por cada empresa.

El Buen Gobierno Corporativo clásicamente se ha implementado mediante dos modelos, uno, centrado en los accionistas, en el que se pretende encontrar los medios adecuados para garantizar el retorno de la inversión a quienes suministran capital, y el segundo, a través de un modelo centrado en los grupos de interés, en el que se aboga por un mecanismo que garantice una conducta correcta de la administración, tanto hacia los accionistas como hacia los demás grupos de interés.

El Buen Gobierno Corporativo implica una supervisión y gestión efectiva de los riesgos empresariales. Esto es especialmente importante en un entorno empresarial en constante cambio, donde los riesgos pueden ser complejos y variados. Una gestión de riesgos sólida ayuda a prevenir crisis y problemas financieros graves.

<sup>33</sup> Disponible en [www.bis.org/publ/bcbs113.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf)

<sup>34</sup> Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Si bien hay varias teorías que explican al Buen Gobierno Corporativo, es sin dudas la teoría de la agencia la que mayor impacto ha tenido y la que en la actualidad tiene vigencia. Esta teoría explica los problemas que surgen debido a la separación existente entre la propiedad y el control de la sociedad y sus consecuencias.

La relación de agencia implica un contrato por medio del cual una o más personas (llamado “principal”) contratan a otra (“agente”) para realizar algún servicio en beneficio del principal, con lo cual, la autoridad en la toma de decisiones queda delegada a favor del agente. El planteamiento que sustenta esta teoría lleva asociados los llamados “costes de agencia”, según los cuales los “agentes” (directivos o gestores de la empresa) pueden estar tentados a actuar en su propio beneficio y tomar decisiones de gestión movidos por sus propios intereses<sup>35</sup>.

El Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo cobran fuerza en la medida en que siguen ocurriendo escándalos corporativos, y se presenta como un medio que, principalmente, a través del *soft law*, ofrece guías, principios y códigos no vinculantes que proporcionan recomendaciones y mejores prácticas para las empresas. Estos instrumentos son voluntarios y no tienen fuerza legal, pero a menudo son adoptados y seguidos por las empresas como una forma de promover una verdadera cultura ética empresarial.

Ante los actuales retos que enfrentan las organizaciones en la contratación internacional, y la complejidad del entorno legal en donde llevan a cabo sus operaciones, las empresas han optado por la autorregulación, especialmente con la finalidad de indicar de manera específica las conductas que deben seguir los sujetos que hacen vida en la relación intrasocietaria, así como aquellos terceros con los cuales se vincula, especialmente a través de los contratos.

Tal y como se ha señalado, no existe una única acción que nos permita acabar con el flagelo de la corrupción. Es por ello que, a los fines de mitigar dicho riesgo en la contratación mercantil internacional, recomendamos a las empresas aplicar una serie de acciones y buenas prácticas que se han venido formulando desde el Corporate Compliance y el Buen Gobierno Corporativo. Tales acciones también servirán para establecer las responsabilidades en caso de incumplimientos. A continuación, se explicarán las más importantes.

---

<sup>35</sup> Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. “El concepto de gobierno corporativo”. Revista Científica “Visión de Futuro” - Facultad de Ciencias Económicas – UnaM. 2021.

### ***3.1. Código de Conducta***

El Código de Conducta debe reflejar adecuadamente la cultura de la empresa y enunciar, con toda claridad, los principios en los que se basa. Además de ofrecer vías para denuncias o solución de dilemas éticos, debe cubrir, principalmente, los asuntos relacionados con conflicto de intereses<sup>36</sup>.

Se trata de un documento escrito que contiene la manera en la que organización hace sus negocios, se comporta con las comunidades en donde opera, y la conducta esperada por parte de las personas que hacen vida en la relación intrasocietaria, así como de los terceros con los cuales se vincularán. Es un fenómeno que inició en los años 80 y 90 en Estados Unidos<sup>37</sup> y que en la actualidad se ha vuelto una buena práctica aplicada por las empresas.

De tal manera que la organización deberá tener un Código de Conducta para sus trabajadores, socios y directores, y otro para proveedores; aunque también es posible que tengan uno solo pero que comprenda ambos temas.

El rechazo a la corrupción debe estar indicado expresamente en el Código de Conducta, al ser el instrumento de autorregulación más importante de la organización, independientemente de que, de manera separada, se regule con más detalles, por ejemplo, por medio de una Política anticorrupción.

Al momento de contratar con terceros es una buena práctica pedirles que suscriban el Código de Conducta para proveedores. Esta suscripción ocurre en la fase pre-contractual, así que en caso de que el tercero se resista, dicho comportamiento debe ser entendido como un riesgo, y puede ser una bandera roja muy importante que impulse a la empresa a decidir no querer celebrar el contrato.

### ***3.2. Implementación de un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción***

En el marco de los controles internos se recomienda que las empresas cuenten con un Programa de Cumplimiento que incluya un módulo especial de cumplimiento contra la corrupción. Los instrumentos fundamentales en esta materia que sirven de lineamiento para este tema son:

---

<sup>36</sup> Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo (ver 6.2); Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión (ver 6.1.1), Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú (Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés).

<sup>37</sup> Stevens, B. “Corporate ethical codes: Effective instruments for influencing behavior”. *Journal of Business Ethics*, 78(4), (2008). p. 601-609.

1. La Guía Práctica sobre Anticorrupción, Ética y Programas de Cumplimiento para Negocios publicado por las Naciones Unidas de 2013.
2. El Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento de la OECD de 2013.
3. La Norma ISO 37001 Sistemas de Gestión Antisoborno (en lo sucesivo “ISO 37001”) publicada en 2016, con su versión española, UNE-ISO 37001:2017. Esta normativa constituye el primer estándar global que ofrece buenas prácticas respecto a la prevención, detección y respuesta ante el soborno.

El programa suele ser el pilar de muchas de las iniciativas que se explicarán más adelante, y es clave desde el punto de vista de mitigación de riesgos de corrupción en la contratación mercantil, ya que ofrece controles que permitirán la detección oportuna de situaciones.

En Estados Unidos, contar con un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción es considerado como un requisito para contratar con la Administración pública<sup>38</sup>. Si bien cada vez son más los países que cuentan con leyes en las que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exigencia de este tipo de programas como medida para atenuar o eximir dicha responsabilidad, suele ocurrir que, en países en donde no es una exigencia de carácter legal, ha sido criticado pedirlo como requisito para participar en licitaciones con el Estado<sup>39</sup>.

Sin embargo, no vemos impedimentos para hacerlo, especialmente, porque la labor de los funcionarios públicos debe estar basada en la probidad administrativa, eficiencia, economía, lealtad, transparencia y buena fe, principios que estarían totalmente alineados con el comportamiento que debe exigir un Programa de Cumplimiento contra la Corrupción.

---

<sup>38</sup> Schechter, Turner. “New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment”, en *Government Contractors Compliance*, 2012, pp. 7 y ss.

<sup>39</sup> En España no es obligatorio por ley contar con Programas de compliance como requisito para participar en una licitación, pero nada obsta para que en la práctica ocurra. Debido a que se cuenta con disposiciones en el Código Penal (con sus reformas de 2010 y 2015) en las que se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la posibilidad de atenuar o eximirlas de dicha responsabilidad cuando se acredita el cumplimiento de los requisitos recogidos en el artículo 31 bis y siguientes del Código Penal (establecimiento de medidas de vigilancia y control adecuadas para reducir y prevenir la comisión de delitos por parte de miembros de la organización), en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que obligan a los órganos de contratación a cumplir con una serie de requisitos indispensables a la hora de conceder las licitaciones a las empresas del sector privado. Así mismo, se cuenta con las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación pública del Parlamento Europeo y del Consejo.

Estos programas se fundan sobre los siguientes elementos<sup>40</sup>:

1. Integridad al tratar con funcionarios públicos, partiendo de la prohibición expresa de cualquier tipo de promesa, dádiva o recompensa a estos individuos. Toda relación y/o reunión entre el licitador o contratista y los funcionarios públicos deben constar por escrito.
2. Honestidad en el intercambio de información. Se prohíben los documentos falsos, así como el suministro (o no) de información confidencial para que una de las partes esté en una situación de ventaja (o desventaja) frente a terceros.
3. Prohibición de comisiones ilícitas y/o tratos no éticos en las relaciones de subcontratación.
4. Promoción de prácticas que refuercen la competencia leal, rechazando las conductas que procuren la subjetividad o el favoritismo.

### ***3.3. Política anticorrupción***

La política anticorrupción tiene por objetivo identificar los potenciales focos de corrupción dentro de la organización, así como, para imponer controles y medidas que dificulten estas actividades. En este sentido, la política fijará los castigos para determinadas conductas preestablecidas como no éticas, los cuales deben ser medidas disciplinarias proporcionales a las conductas detectadas.

La política debe influir con la creación de un clima de “justicia organizacional”, en el que es aplicada de manera objetiva, transparente y partiendo del trato equitativo.

Si bien el contenido de esta política dependerá de las características propias de la organización, hay departamentos dentro de la empresa que siempre serán más susceptibles de incurrir en prácticas indebidas como lo puede ser el área de compras, y todo aquel que tenga que interactuar con funcionario público. En todo caso, la política debe abarcar a todos los que hacen vida en la relación intrasocietaria y en todos los países en donde la organización opera.

La política anticorrupción, puede formar parte de un Modelo de Gestión Anticorrupción, bajo los términos contenidos en el estándar ISO 37001. Así mismo, la política debe designar a un representante de la organización para que se encargue de velar por su correcta aplicación.

---

<sup>40</sup> Gómez-Jara Díez. Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?” en, La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1249.

La norma ISO 3701 señala que la política debe establecer lineamientos claros respecto al rechazo absoluto de sobornos, por eso, se recomienda ser sumamente claros sobre cómo será el tratamiento de regalos, donaciones, hospitalidades, viajes, gastos de promoción, entre otras acciones que podrían servir de fachada para un pago corrupto.

Esta acción permite la mitigación de riesgos de corrupción no solo en la fase precontractual sino también en la ejecución propiamente del contrato, debido a que se procura controlar y vigilar la actividad de los trabajadores, quienes, si bien son personas facultadas para la toma de decisiones, no se tolerará el incumplimiento de sus deberes en el ejercicio de sus funciones.

### ***3.4. Adecuado manejo de los conflictos de interés***

En el ámbito societario el conflicto de interés se define como una manifiesta contraposición de intereses, entre el deber profesional y el interés personal del accionista, administrador o trabajador, que podría influir negativamente en su toma de decisión que siempre debe estar orientada hacia el interés social de la organización<sup>41</sup>.

Los conflictos de intereses pueden generar un riesgo de corrupción mediante la contratación mercantil, allí radica la necesidad de identificar el riesgo y gestionar adecuadamente los conflictos de interés que se puedan presentar.

Una adecuada gestión de los conflictos de interés no solo mitigará el riesgo de corrupción, sino que también procurará proteger el interés social de la organización, y a la vez, contribuirá con la protección de la reputación organizacional.

Así mismo, es recomendable solicitar al contratista o proveedor que suscriba una declaración en la que manifieste no estar inmerso en conflictos de intereses antes de empezar con la ejecución del contrato. Partiendo de que el principio de la buena fe es rector en toda relación contractual, el hecho de que se suscriba dicha declaración simulando una situación ficticia, puede ser considerado como una actuación de mala fe en la etapa precontractual, se trata de un comportamiento doloso que traerá consecuencias respecto a la indemnización por los daños y perjuicios que haya podido causar.

En el conflicto de interés estamos en presencia de una situación en donde los intereses personales de un individuo dentro de la organización (podría ser accionistas, directores o trabajadores) que tenga relacionamiento con algún proveedor o contratista son incompatibles con sus deberes profesionales.

---

<sup>41</sup> Castagnino, Diego Thomás. “La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Caracas. 2023.

Para mitigar este riesgo, también se recomienda que en el Código de Conducta de la organización se incluya, que: i) todos los integrantes de la organización que tengan algún tipo de responsabilidad sobre la contratación con terceros, deben evitar interferencias que puedan afectar su imparcialidad u objetividad al momento de contratar suministros y/o servicios, o establecer condiciones económicas, ii) siempre que sea posible, evitarse relaciones de exclusividad, y iii) prohibir relaciones basadas en lazos personales o familiares<sup>42</sup>.

La gestión de los conflictos de interés permite mitigar el riesgo de corrupción en la contratación mercantil, ya que la organización estará alerta ante comportamientos inapropiados.

### ***3.5. Procedimientos de debida diligencia***

Una acción preventiva para controlar los riesgos de corrupción que se ha vuelto altamente efectiva es la debida diligencia que se puede llevar a cabo para investigar a los terceros antes de iniciar una relación contractual, a un candidato antes de contratarlo o a un trabajador antes de promoverlo.

Se trata de un procedimiento que refuerza los controles en los procesos de selección sea de un contratista, proveedor, o un trabajador, para garantizar que sus valores y principios estén alineados con los de la organización.

#### ***3.5.1. Selección y promoción de personal***

Es fundamental saber a quién la organización está contratando como trabajador, no solo para saber si cumple con el perfil que amerita el rol para el que se pretende contratar, sino también para poder detectar si se trata de una persona que se alineará a los principios y valores de la organización.

Recordemos que, dependiendo de la estructura organizativa de la empresa, determinados roles estarán facultados para tomar decisiones y celebrar contratos mercantiles, y como consecuencia, comprometer a la organización. De allí que resulta muy importante garantizar que la empresa cuente con un robusto proceso de selección y promoción de personal.

De esta manera, se investigará al sujeto para verificar, entre otras cosas, si ha sido objeto de sanciones internacionales, penas por corrupción, narcotráfico o violación de derechos humanos, etc. Esta investigación se basa en registros públicos y privados (permitidos en algunas jurisdicciones, en otras no, por lo que no se podrá acceder).

---

<sup>42</sup> Castagnino, Diego Tomás. "La gestión de los conflictos de..."

Vale mencionar que ha existido la creencia de que el hecho de garantizar buenos salarios mitiga el riesgo de que la persona se vea tentada a incurrir en un hecho de corrupción. Sin embargo, creemos que, una persona inmoral no cambia su conducta a pesar de tener un buen salario, tampoco creemos que la empresa tenga que educar al individuo que presenta ese tipo de comportamientos, es por ello por lo que, el proceso de selección debe ser lo suficientemente robusto como para mitigar el riesgo de contratación de este tipo de personas.

Una vez seleccionado el nuevo trabajador, en el *on boarding* o paquete de bienvenida, se debe incluir un entrenamiento sobre Compliance, en el que se le explique el alcance del Código de Conducta, así como de las políticas y procedimientos. Además, es el momento ideal para obtener la firma del nuevo ingreso respecto a su compromiso ético con los instrumentos mencionados.

El proceso de selección no es el único al que la organización debe ponerle atención, sino que, una vez ingresado el nuevo trabajador, debe hacerle un seguimiento para verificar si su comportamiento está alineado con los objetivos de la empresa, con especial atención en los roles con mayor grado de riesgo por el perfil y responsabilidad.

Así mismo, se recomienda recabar anualmente su compromiso de cumplir con el Código de Conducta, el cual puede obtenerse a la par de un reentrenamiento anual sobre dicho Código. Es importante contar con un régimen disciplinario que podría documentarse en el Código de Conducta o en la Política Anticorrupción, pero siempre en cumplimiento con la legislación laboral vigente.

### ***3.5.2. Debida diligencia con los terceros***

Igual como ocurre en el caso de contratación de trabajadores, a la organización también le debe importar con cuales terceros interactúa, especialmente, con quienes suscribe contratos mercantiles, sean domésticos o internacionales. Los terceros se pueden clasificar en: clientes, proveedores o socios de negocio.

En cualquiera de los casos, es recomendable realizar un proceso de *Third Party Due Diligence*, que consiste en investigar al tercero para verificar que cumpla con los parámetros exigidos por la empresa. En ese proceso no solo se busca determinar si el tercero está o estuvo inmerso en investigaciones y/o juicios por corrupción, narcotráfico y/o violación de derechos humanos, sino también en escándalos por conductas impropias.

Usualmente este proceso es llevado por una empresa independiente y con amplia experiencia en este tipo de investigaciones, cuyo entregable para la organización será un informe con los elementos investigados, los hallazgos y recomendaciones.

En la mayoría de los casos de corrupción intervienen terceros interpuestos bajo el antifaz de servicios profesionales, para recibir los pagos de soborno. Así lo señala el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) “Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”<sup>43</sup>, según el cual, “tres de cada cuatro casos de cohecho internacional se realizaron pagos a través de intermediarios”. En la normativa de carácter extraterritorial esta figura recibe el nombre de *business partners*<sup>44</sup>, *associated parties*<sup>45</sup>, *business associates*<sup>46</sup> o partes asociadas<sup>47</sup>.

Existen señales que vienen a ser indicios que ameritan prestar atención, son consideradas “banderas rojas”, tales como:

- Cuando una de las partes contratantes solicita que el pago se efectúe en la cuenta de un tercero.
- Cuando hay resistencias en la fase del *Third Party Due Diligence* de suministrar los documentos y/o completar los cuestionarios exigidos.
- Cuando el tercero es una sociedad de reciente constitución.
- Cuando el tercero es una sociedad cuyos accionistas están formados por un complejo sistema de personas jurídicas.

### ***3.6. Cláusulas que se recomienda incluir en el contrato***

Una vez concluido el proceso de debida diligencia, corresponde iniciar las labores de negociación y celebración del contrato (sea para un vínculo laboral o mercantil). A continuación, algunas cláusulas que recomendamos incluir en el contrato mercantil:

- **Realización de auditorías.** Contemplar el derecho a realizar auditorías constituye una buena manera para verificar que la empresa esté operando su negocio de la manera apropiada, y se suele indicar que, en caso de negativa, se entenderá como una conducta riesgosa.

<sup>43</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. “Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264226654-es>.

<sup>44</sup> Así lo denomina la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), promulgada en los Estados Unidos en marzo del 2010 y sus obligaciones están vigentes desde julio de 2014.

<sup>45</sup> Según la *UK Bribery Act* 2010, la cual es la Ley anti-soborno del Reino Unido que entró en vigor el 1° de julio de 2011, y regula los delitos de soborno. Al igual que la FCPA, tiene una vocación extraterritorial. Ha sido calificada como una de las más rigurosas en la lucha contra la anticorrupción del mundo.

<sup>46</sup> ISO 37001, ya identificada anteriormente.

<sup>47</sup> De acuerdo con la Norma Española 19601 sobre Sistemas de gestión de compliance penal, inicialmente numerado PNE 307101.

- **Aceptación del Código de Conducta para terceros.** Es recomendable que las organizaciones tengan no solo un Código de Conducta para los individuos que hacen vida en la relación intrasocietaria, sino también para regir el comportamiento de los terceros con los que tendrá algún tipo de relación. Así que, el contrato que se suscriba con terceros es una buena ocasión para obtener la manifestación de voluntad de someterse a dichos términos y condiciones.
- **Compromiso de no pagar sobornos.** A pesar de que el tercero suscriba y se someta al Código de Conducta para terceros, y a la Política anticorrupción, siempre genera valor el hecho de que en el contrato este asuma expresamente la obligación de no realizar actos de soborno.
- **Exigir que el tercero tenga un Sistema de Gestión de Compliance.** En este caso será muy importante dejar claro las expectativas respecto al contenido del Sistema de Gestión de Compliance, usualmente lo básico es que el tercero cuente con un Código de Conducta, una línea para recibir denuncias y una Política Antisoborno.
- **Terminación por incumplimiento.** Se recomienda incluir una cláusula para que, en caso de incumplimiento de alguna de las cláusulas antes indicadas, la organización pueda ejercer el derecho de resolución de la relación contractual y sin derecho a compensación alguna para la parte terminada

Cualquier resistencia en admitir la inclusión de dichas cláusulas en el contrato debe ser valorada como una bandera roja, es decir, como un indicador de riesgo, ya que en un escenario normal no existiría una justificación lógica que sustente tal resistencia.

Organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés), también se han mostrado preocupados por los efectos devastadores que tienen las prácticas corruptas en el mundo empresarial. Es por ello por lo que, en 1977 publicó las Reglas ICC para combatir la corrupción (las “Reglas ICC”)<sup>48</sup>, convirtiéndose en el primer organismo internacional en publicar normas que condenan todo tipo de corrupción y que exhortan a las empresas a instaurar medidas preventivas para erradicar la corrupción de sus operaciones.

Dichas Reglas han sido revisadas periódicamente para reproducir las mejores prácticas corporativas y para reflejar las disposiciones de los instrumentos internacionales clave contra el soborno. La última actualización de las Reglas ICC ocurrió en el 2011.

---

<sup>48</sup> Disponibles en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2011/11/Reglas-de-la-ICC-para-Combatir-la-Corrupci3B3n.pdf>

Las Reglas ICC son de carácter voluntario, y han sido creadas para que las empresas las incorporen en sus acuerdos, sea por completo o por remisión. La ICC ofrece un modelo de Cláusula a incluir en los contratos en los que las partes se comprometen a cumplir con las Reglas ICC o a instaurar y mantener un programa corporativo de cumplimiento contra la corrupción.

Este tipo de cláusulas contribuye a mantener la confianza entre las partes, y su fin es proporcionar una disposición contractual que les garantice la integridad empresarial durante la etapa precontractual, mientras dure el contrato e incluso posteriormente.

Las Reglas ICC establecen:

- i. Prohibición de realizar las siguientes prácticas a funcionarios públicos (a nivel internacional, nacional o local), partidos políticos, funcionarios de un partido, o candidatos para un cargo político, y, directores, funcionarios o empleados de una Empresa: soborno, extorsión o instigación al delito, tráfico de influencias, lavado del producto de las prácticas antes mencionadas.
- ii. Se exige que, con los terceros bajo su control, las empresas deben: instruirles para que no se involucren ni toleren ningún acto de corrupción, no utilizarlos como conducto para cometer algún acto de corrupción, contratarlos solo en la medida necesaria para el desarrollo normal del negocio de la empresa, y a no pagarles una remuneración mayor a la apropiada por los servicios que legítimamente le presten.
- iii. La empresa deberá, respecto a un tercero, dejar claro que espera que todas las actividades llevadas a cabo en nombre de la empresa cumplan con las políticas establecidas por la misma, y ejecutar un acuerdo con el tercero en el que: se le informe sobre las políticas anticorrupción y que se comprometan a cumplirlo, se le permita a la empresa a solicitar una auditoria de los registros y contabilidad del tercero, y a establecer que la remuneración del tercero no se pagará en efectivo y solo se pagará en el país de incorporación del tercero, el país donde esté localizado su corporativo u oficina principal, el país de residencia o en el país en donde ejecute su misión.
- iv. La empresa debe asegurar que sus corporativos o casas matrices controlen adecuadamente las relaciones con terceros y especialmente, que mantengan un registro de los nombres, términos y condiciones de los acuerdos, y pagos realizados a todos los terceros contratados por la empresa relacionados a transacciones con organismos públicos o empresas estatales o privadas.
- v. La empresa debe de incluir en sus contratos con Socios Comerciales una cláusula que le permita terminar o suspender la relación de negocios, en caso de que sur-

jan preocupaciones unilaterales que sean de buena fe, en el sentido de que dicho Socio haya violado alguna ley anticorrupción que le sea aplicable, o las Reglas ICC.

- vi. La empresa debe de llevar a cabo “*due diligence*” o investigaciones apropiadas sobre la reputación y la capacidad de aquellos Socios que estén expuestos a riesgos de corrupción y que les impidan cumplir con la legislación anticorrupción correspondiente en sus transacciones con, o a nombre de la empresa.
- vii. En el ámbito de los recursos humanos, se señala que la empresa debe asegurarse de que las prácticas de reclutamiento, promoción, entrenamiento, evaluación del desempeño, remuneración y ética comercial en general, reflejen las Reglas ICC. Así mismo, se prohíbe cualquier acto de represalias o discriminación en contra de empleados por reportar de buena fe, violaciones o sospechas fundamentadas de violaciones a las políticas anticorrupción de la empresa, o por negarse a participar en actos de corrupción. También se exige que el personal clave en áreas expuestas a un alto riesgo de corrupción debe capacitarse y ser evaluados de manera regular.
- viii. En lo que respecta a las finanzas y contabilidad, las Reglas ICC señalan que todas las transacciones financieras de tienen que identificar y registrar de manera adecuada.
- ix. Se emplaza a las empresas a contar e implementar con un programa corporativo de cumplimiento que refleje el contenido de las Reglas ICC, que esté basado en los resultados de una valoración periódica de los riesgos que se enfrentan en el ámbito de la actividad de la empresa, se adapte a las circunstancias particulares del negocio, y que esté enfocado a prevenir y detectar la corrupción y de promover una cultura de integridad en la empresa.

### ***3.7. Línea para denuncias interna***

Se recomienda que toda organización cuente con una línea telefónica por medio de la cual los trabajadores y/o terceros (proveedores, extrabajadores, exsocios, etc.), puedan hacer denuncias de buena fe (inclusive bajo la modalidad anónima) respecto a incumplimientos o sospechas de incumplimiento, al Código de Conductas y demás políticas de la organización.

Lo ideal sería que la línea sea atendida por un tercero, externo e independiente de la organización, con experiencia en la materia, que cuente con un software que le permita llevar un control eficiente sobre las denuncias recibidas. El hecho de que sea atendida por un externo es entendido como una medida para reforzar la protección del denunciante.

Esta herramienta no solo permite obtener información relevante para iniciar investigaciones sobre supuestas situaciones irregulares y de acuerdo con un procedimiento previamente establecido, sino que también contribuye con el ambiente de control, y con la concientización respecto al actuar correctamente.

Una organización que cuente con controles eficaces logra mitigar los riesgos. La ISO 30072 señala que: *“los estudios y la experiencia demuestran que una gran proporción de irregularidades llega al conocimiento de la organización afectada a través de la información que proporcionan personas de dentro de la organización o cercanas a la misma”*.

Resulta fundamental que la organización garantice la protección del denunciante, ya sea al permitir la formulación de denuncias anónimas, o mediante la no divulgación de los datos cuando la denuncia no es presentada de manera anónima. El motivo de esto es evitar que el denunciante luego sea víctima de represalias por parte de los responsables del acto corrupto.

### ***3.8. Tono de la alta dirección***

La alta dirección de la organización debe estar verdaderamente comprometida con las acciones que se han venido indicando, y deben dar el ejemplo diariamente a través de su comportamiento. Esto también significa que el Programa de Cumplimiento contra la Corrupción debe aplicarse a todos por igual, sin tratos especiales a grupos y siendo cero tolerantes con conductas inapropiadas.

Esto contribuirá con el ambiente de cumplimiento y con la concientización sobre la necesidad de comportarse adecuadamente, cumplir con el Código de Conductas y demás políticas. Si la alta dirección no está comprometida realmente y utiliza al Corporate Compliance como un simple antifaz, el daño que se genera en la cultura organizacional será inmenso, porque esos comportamientos falsos son de fácil detección.

### ***3.9. Entrenamientos***

Es recomendable que las organizaciones cuenten con un robusto plan de entrenamiento para sus trabajadores, que tenga por objeto dar a conocer el Programa de Cumplimiento, especialmente aquellos que por su rol tienen interacción con funcionarios de gobierno, por ser los más vulnerables a cometer un acto corrupto.

Resulta indispensable que todos los sujetos en la organización no solo conozcan el Código de Conducta y las Políticas, sino que también sepan cuales son las consecuencias en caso de su incumplimiento. Los entrenamientos contribuirán con la cultura de ética de la organización, y resulta tan importante que la ISO 37001, le dedica un

apartado a la formación y concienciación. También la publicidad interna es clave para promocionar el Programa de Cumplimiento, la Línea para denuncias, y que todos tengan a su alcance los instrumentos normativos para su consulta.

### ***3.10. Supervisión y control***

La supervisión y el control son indispensables en la actividad diaria dentro de la organización, ya que permitirán detectar conductas inapropiadas, ejercer las acciones necesarias para detener y/o corregir, y evitar daños para la empresa.

### ***3.11. Otras políticas***

También es una buena práctica que las empresas cuenten con una política interna de donaciones y de regalos con reglas claras y en línea con las legislaciones aplicables al negocio de que se trate para evitar cometer delitos.

## **CONCLUSIONES**

La corrupción es un problema intemporal y que no conoce fronteras, por lo que son múltiples los motivos que justifican la inversión de tiempo y recurso para combatir a este terrible flagelo.

Al luchar contra la corrupción se fomenta la transparencia, se promueve la rendición de cuentas, se mejora la eficiencia, y, se incrementa la confianza, a la vez que, contribuye con la disminución de la impunidad, rompe las barreras que la corrupción crea al comercio internacional, fortalece la estabilidad política y la calidad democrática del país.

Las acciones emprendidas mundialmente para combatir a la corrupción están asociadas a la ocurrencia de hechos que van desde ataques terroristas hasta escándalos corporativos, razón por la cual es posible afirmar que, en la mayoría de los casos, las respuestas de los Estados en cuanto a la regulación para prevenir, investigar y castigar los actos de corrupción, han surgido de manera más reactiva que preventiva.

La experiencia indica que las organizaciones deben ser más conscientes sobre el riesgo de corrupción y los daños que este puede causarles.

No existe una única acción que permita acabar con el flagelo de la corrupción, es por ello que será necesario aplicar una batería de acciones bajo la óptica del Corporate Compliance y de Buen Gobierno Corporativo, tales como la implementación de programas de cumplimiento contra la corrupción, contar con un Código de Conducta

y una Línea para denuncias, incluir cláusula en los contratos siguiendo las Reglas ICC para combatir la corrupción, e investigar detenidamente a los terceros con los que la empresa tendrá algún tipo de relación contractual.

Si bien algunas empresas estarán obligadas por ley a cumplir con muchas de las prácticas mencionadas por tratarse de organizaciones que cotizan en bolsa o por llevar a cabo actividades altamente reguladas, las que no entren en dichas categorías podrán aplicar tales prácticas mediante procesos de autorregulación.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

- Bello Rengifo, Carlos Simón. Corrupción administrativa. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A. Caracas, 2022.
- Bouidi, María Fernanda. “Gobernabilidad y Corrupción en Venezuela” (Cultura política, gobernabilidad y democracia en Venezuela, 2008). Vanderbilt University. EEUU. Barómetro de las Américas. 2008
- Castagnino, Diego Tomás. “La gestión de los conflictos de interés desde el Buen Gobierno Corporativo”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 10. Caracas. 2023.
- Castagnino, Diego Tomás. “Una aproximación al concepto de Corporate Compliance”. Revista Venezolana de Derecho Mercantil. Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Nro. 3. Caracas. 2019.
- Demetrio C., Eduardo. “El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica”. Ediciones Universidad Salamanca. 1era Edición. Diciembre, 2003.
- Duque Corredor, Román J. “Corrupción y democracia en América latina. Casos emblemáticos de corrupción en Venezuela”. Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 5/2015
- Garzón Castrillón, Manuel Alfonso. “El concepto de gobierno corporativo”. Revista Científica “Visión de Futuro” - Facultad de Ciencias Económicas – UnaM. 2021.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los compliance programs “anticorrupción” como exigencias legales de contratación pública?” en, La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2013, p. 1249.
- Henning, Peter, “Public corruption: a comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001.
- Madrid Martínez, Claudia. “La corrupción en la contratación internacional”. Revista *Ratio Juris* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA, volumen 18, número 36, enero-junio de 2023.

- Nash, Claudio. “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias” en “Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos.” Konrad Adenauer Stiftung. Colombia, 2019.
- Orlando, Freddy J. “Contribución al estudio de la legislación venezolana dirigida a sancionar los hechos de corrupción”. Universidad Central de Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2011.
- Pacheco Gómez, M., “Análisis conceptual de la corrupción y de la probidad pública”. Revista de Ciencia Política 18. P. U. Católica de Chile, 1996.
- Pasquino, Gianfranco. “Corrupción”, en Norberto BOBBIO (coord.), Diccionario de Ciencia Política. México, Siglo XXI editores, 1988.
- Peters, Anne. “Corrupción y derechos humanos” en “Impacto de la corrupción en los derechos humanos”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Reos, Orlando. “Efectos económicos de la corrupción”. Biblioteca Digital de la Iniciativa Interamericana de Capital Social, Ética y Desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo, 2002.
- Schechter, Turner. “New challenges in Government Contractors in an Aggressive Enforcement Environment”, en Government Contractors Compliance, 2012.
- Stevens, B. “Corporate ethical codes: Effective instruments for influencing behavior”. Journal of Business Ethics, 78(4), 2008.
- Tablante, Carlos. “Impacto de la corrupción en Venezuela” en “Impacto de la corrupción en los derechos humanos”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.
- Villegas Ruíz, Jesús A. “Derecho del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa”. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2022.
- Wagner, Gert. “Corrupción y modernización del Estado”. Documento de trabajo N° 174. Instituto de Economía, U. Católica de Chile, Santiago, 1994.

### **Normativa:**

- Código Brasileño de las Mejores Prácticas de Gobernanza Corporativa del IBGC – Instituto Brasileño de Gobernanza Corporativa. Tercera versión
- Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Superintendencia del Mercado de Valores. 2013. Perú
- Código de las Mejores Prácticas de Gobierno Corporativo. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. IBGC. 4ta Edición. São Paulo
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/17 - Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción. 12 de septiembre de 2017. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/resolucion-1-17-es.pdf>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. “Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros”. OECD Publishing, Paris, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264226654-es>.

Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. Disponible en: 2016<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

Reglas ICC para combatir la corrupción. Cámara de Comercio Internacional (ICC por sus siglas en inglés). Disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2011/11/Reglas-de-la-ICC-para-Combatir-la-CorrupciC3B3n.pdf>