

# *Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa*

Jesús A. Villegas Ruiz\*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-153-196

**Resumen:** El artículo ilustra, de forma introductoria, la importancia del estudio del cumplimiento normativo y análisis regulatorio de la empresa contemporánea. La noción de *Compliance & Risk Management* tiene como implicación inmediata el análisis reflexivo del rol del abogado de empresa y su función con su cliente: la empresa. De igual forma, el artículo explora los elementos de todo programa de cumplimiento y la necesaria flexibilidad que requiere en su implementación corporativa. Finalmente, el ensayo explora las relaciones existentes entre la cultura del cumplimiento y la ética y los problemas que ocurren cuando los controles de cumplimiento fallan.

**Palabras clave:** Cumplimiento, análisis de riesgo, gobierno corporativo, entorno regulatorio.

## *Introduction to the study of the Law of Regulatory Compliance and Regulatory Analysis of the company*

**Abstract:** *The paper points out, in an introductory way, the importance of the study of regulatory compliance and regulatory analysis for the modern enterprise. The notion of Compliance & Risk Management has as an immediate implication in the reflective analysis of the role of the in-house counsel and his purpose with his client: the corporation. Similarly, the essay explores the elements of any compliance program and the necessary flexibility it requires in its corporate implementation. Finally, the essay points out the relationships between compliance culture and the problems that may occur when compliance controls fail.*

**Key words:** *Compliance & Risk Management, Regulatory analysis, Corporate Governance, Regulatory Environment.*

**Recibido:** 07/11/2021

**Aprobado:** 04/12/2021

---

\* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho, Universidad de Boston. Magister en Jurisprudencia Comparada, Universidad de Pensilvania. Profesor de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magíster en Administración en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial reconocimiento a la abogada Isabella Perera por su contribución en la revisión bibliográfica de este ensayo, así como sus comentarios y precisiones sobre este estudio.



# *Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa*

Jesús A. Villegas Ruiz\*

RVDM, Nro. 7, 2021, pp-153-196

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Concepto y presupuestos. 1.1.- Autorregulación empresarial o self-policing. 2. Análisis del riesgo legal. 2.1.- El riesgo financiero. 2.2.- El riesgo político. 2.3.- El riesgo reputacional. 2.4.- El riesgo regulatorio. 3. Elementos de todo programa de cumplimiento. 3.1.- Generalidades de la norma ISO 37301. 3.1.1.- ¿son las normas ISO obligatorias en términos legales? 3.1.2.- Características generales de la norma ISO 37301. 3.2.- Elemento clave No. 1: Compromiso gerencial. 3.3.- Elemento clave No. 2: Proceso de análisis del riesgo y due diligence sobre clientes. 3.4.- Elemento clave No. 3: Estructura de delegación de autoridades y controles internos . 3.5- Elemento clave No. 4: Entrenamiento a los empleados. 3.6.- Elemento clave No. 5: Monitoreo, prueba de los controles y auditoría. 3.7.- Elemento clave No. 6: Investigaciones internas. 3.8.- Elemento clave No. 7: Registro de todas las actuaciones realizadas. 3.9.- Elemento clave No. 8: Revisión de cada M&A y alianzas comerciales. 4. Importancia del cumplimiento normativo. 4.1.- Mitigación de riesgos para la compañía y negocio. 4.2.- Colaboración con las autoridades administrativas y penales. 4.3.- Protección de la marca corporativa a través de la prevención. 4.4.-¿Invertir en compliance o tener los medios y recurso adecuados? 4.5.- Cultura organizacional del cumplimiento y la ética. 5. Nota final: cuando compliance y el análisis del riesgo fallan. BIBLIOGRAFÍA.*

---

\* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho, Universidad de Boston. Magister en Jurisprudencia Comparada, Universidad de Pensilvania. Profesor de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magister en Administración en el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA). Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Actualmente se desempeña como *in-house counsel* para importante empresa de consumo masivo en Venezuela. Un especial reconocimiento a la abogada Isabella Perera por su contribución en la revisión bibliográfica de este ensayo, así como sus comentarios y precisiones sobre este estudio.

## INTRODUCCIÓN

¿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*.

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 ensayo.

### 1. Concepto y presupuestos

Para el propósito de este ensayo y a efectos didácticos, *Compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones comerciales de una empresa. La función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones.<sup>1</sup> 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 puede ser mitigado con prevención o una adecuada estrategia legal y

---

<sup>1</sup> Geoffrey P. Miller, *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* (New York: Aspen Casebook series, 2014), p. 137.

comercial.<sup>2</sup> Por ello, si el 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 existir. Al tener los procedimientos preestablecidos el actuar puede resultar más sencillo y eficiente en la mayoría de las situaciones. 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 este pueda tener.

La noción de *compliance* que estudiamos y defendemos en estas palabras, supone: (a) que el actor en cuestión sea una organización empresarial compleja, no una persona individualmente considerada y (b) que además de referirse al comportamiento empresarial de la organización respecto a su adecuación a las normas, más importante aún, se refiere a las acciones que toma la empresa en asegurarse que las normas son cumplidas y obedecidas.<sup>3</sup> Creemos en este ensayo que *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 corporativos y mucho antes del suceso o hecho que desencadena los riesgos inminentes a los que se sujeta una compañía regulada. Ahora bien, ¿¿qué debe tener todo sistema de cumplimiento preventivo?

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 y/o controlada; (iii) un análisis constante del riesgo del incumplimiento de las regulaciones locales; (iv) canales efectivos de comunica-

---

<sup>2</sup> 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, respeto a los derechos humanos, intolerancia al *bullying*, 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, inclusive tiene una relación directa con el derecho laboral contemporáneo y sus disposiciones.

<sup>3</sup> *Id.*

ción 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 mucho más óptimo. Estos aspectos por considerar son fundamentales por las razones que estudiaremos con detenimiento más adelante en la sección III de este ensayo.

### ***1.1 Autorregulación empresarial o self-policing***

Además de los elementos antes mencionados, un *compliance program* 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 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Ciertamente, las sociedades mercantiles tienen una función normativa al momento de celebración de sus asambleas estableciendo la estructura jurídica del ente y fijando las políticas generales de la sociedad,<sup>7</sup> lo cual se aterriza inclusive en una 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 gerencia senior y

---

<sup>4</sup> U.S. Department of Justice, Criminal Division, EVALUATION OF CORPORATE COMPLIANCE PROGRAMS, 2020, p. 4. Disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

<sup>5</sup> José Annichiarico, «La autorregulación privada en Venezuela». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, No. 5, (2011): pp. 311-344.

<sup>6</sup> Jennifer Zerk, *MULTINATIONALS AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: LIMITATIONS AND OPPORTUNITIES IN INTERNATIONAL LAW* (New York: Cambridge University Press, 2008), p. 37.

<sup>7</sup> Alfredo Morles Hernández, *CURSO DE DERECHO MERCANTIL: LAS SOCIEDADES MERCANTILES, Tomo II-B*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001), 5ta ed., pp. 1.327 y ss.

junior para el cascadeo a todas las funciones del negocio. Así, la regulación privada trasnacional se vale, en primer lugar, del mecanismo contractual para su establecimiento y de las formas asociativas de derecho privado.<sup>8</sup>

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* para la empresa y sus relacionados.<sup>9</sup> Otros esquemas de autorregulación pueden permitir cierta participación del gobierno como órgano supervisor,<sup>10</sup> como es el caso del sector bancario venezolano en el cual la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario (“SUDEBAN”) emite, a través de normas prudenciales, lineamientos generales de regulación que luego es adaptado por los sujetos obligados por su sector bajo relación de tutela.

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 trasnacionales, 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.

La noción de *compliance* divulgada en este ensayo 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.

---

<sup>8</sup> Véase, ANNICCHIARICO, *La autorregulación privada en Venezuela...*, *ob. cit.*

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility...*, *ob. cit.*, p. 37.

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.<sup>11</sup> 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 de *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 ensayo 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 administrativas que pueden impactar una empresa. De esta manera, *compliance* es una forma sistematizada de categorizar el riesgo administrativo frente a la Administración Pública, y cómo el quehacer de esta puede impactar las operaciones comerciales de cualquier organización. 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,<sup>12</sup> 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 roles. 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. en la actualidad, la regulación define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado. Todo sector, tiene consecuentemente, una regulación especial aplicable. En este ambiente regulatorio, si las empresas no se adaptan a las re-

---

<sup>11</sup> Véase en general, Alejandro Rodríguez Morales, *CRIMINAL COMPLIANCE (CUMPLIMIENTO NORMATIVO PENAL Y DERECHO PENAL ECONÓMICO)* (Caracas: Ediciones Paredes, 2019).

<sup>12</sup> El término *stakeholder*, en español traducido como el “actor relevante” no es una terminología empleada por casualidad. La empresa se relaciona con terceros, y muchas veces, su estrategia corporativa se diseña de acuerdo con la relevancia de los actores en el negocio. La teoría de los actores relevantes supone que los gerentes de las empresas deben identificar qué actores son verdaderamente relevantes para el negocio y cuáles ostentan una prominencia particular. Así, sostienen MITCHELL, AGLE y WOOD que los *stakeholders* tienen poder para influir sobre una empresa, pueden tener legitimidad en su relación con la empresa, y pueden representar una urgencia en sus reclamos frente a la empresa. Esta tríada entre el poder, la legitimidad, y la urgencia, pueden conllevar todo o nada en el día a día corporativo y su análisis escapa de un mero análisis normativo. Véase en general, Ronald Mitchell, Bradley R. Agle & Donna J. Wood, «TOWARD A THEORY OF STAKEHOLDER IDENTIFICATION AND SALIENCE: DEFINING THE PRINCIPLE OF WHO AND WHAT REALLY COUNTS» (Pittsburgh: Academy of Management Review, 1997).

gulaciones, 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.

## 2. *Análisis del riesgo legal*

La existencia de riesgos en los negocios y en la vida profesional es 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Ciertamente, el riesgo puede ser evadido para estar en una posición segura y conservadora, pero esta no es siempre la realidad. 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.<sup>15</sup> Existe un evidente cruce entre la noción de *compliance* y el manejo del riesgo o *risk management*, principalmente, porque el riesgo

---

<sup>13</sup> MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., pp. 531 y ss.

<sup>14</sup> *Id. ob. cit.*

<sup>15</sup> *Id.* p. 532.

legal es sencillamente una parte del riesgo considerado como un todo, y *compliance* es, precisamente, una forma de manejar el riesgo legal corporativo.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Por ello, se ha señalado, que un *compliance program* efectivo 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.<sup>18</sup>

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). Tradicionalmente, el riesgo 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 como un riesgo no cuantificable que se hace especialmente relevante en los mercados no organizados.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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 contempla en un sentido general. Las leyes y regulaciones, así como el surgimiento de un Estado Regulator, han logrado

---

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> *Id.* p. 535.

<sup>18</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, *ob. cit.* p. 3.

<sup>19</sup> Diego Gómez Cáceres & Jesús López Zaballos, *RIESGOS FINANCIEROS Y OPERACIONES INTERNACIONALES* (Madrid: ESIC Editorial, 2002), p. 135 y ss.

<sup>20</sup> *Id.*

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 norme 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 que ameriten tomarlo. Ahora bien, la pregunta ¿cuánto riesgo soy capaz de asumir? es la clave de todo el sistema de manejo del riesgo que planteamos. 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 hacerlo con transparencia.<sup>21</sup>

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 desarrollo y la inversión, la cual retorna beneficios económicos.<sup>22</sup> 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:

---

<sup>21</sup> 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, Francisco Gámez Arcaya, «Principios de Gobierno Corporativo». *Revista de Derecho Público*, No. 102 (2005): pp. 37-42. Disponible en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/102/rdpub\\_2005\\_102\\_37-42.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/102/rdpub_2005_102_37-42.pdf).

<sup>22</sup> *Id.* p. 42.

¿me conviene o no cumplir? Éticamente, como abogados, no podemos asesorar en ir abiertamente en violación al ordenamiento jurídico sin que medie una justa causa. 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.<sup>23</sup> Ha señalado BOGH RATY, usando el ejemplo de la actual regulación de la FCPA y sus consecuencias, que mitigar riesgos implica mapearlos gráficamente.

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,<sup>24</sup> y todas sus consecuencias para el negocio.

Otro ejemplo del uso de matrices es ponderar la *posibilidad de ocurrencia* versus el *impacto efectivo al negocio*, como se demuestra en la siguiente matriz de riesgos:

		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 [riesgo legal/regulatorio/político]	

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

<sup>23</sup> Babak Boghraty, *ORGANIZATIONAL COMPLIANCE AND ETHICS* (New York: Aspen Publishers, 2019), p. 429.

<sup>24</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, ob. cit. p. 3.

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 el cual 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 de riesgos, siendo todos ellos importantes en el quehacer corporativo y nuestro análisis del caso en concreto.

## ***2.1 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

El riesgo de mercado, considerado como aquél donde se analiza las fluctuaciones del precio de los bienes o servicios comprados por la organización.<sup>27</sup> El riesgo estratégico considerado por la posición empresarial de la organización frente a otras y su cuota de mercado,<sup>28</sup> entre otros. 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. En este ensayo, 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*.

---

<sup>25</sup> BOGHMATY, *Organizational Compliance and Ethics...*, ob. cit.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> *Id.*

<sup>28</sup> *Id.* El riesgo de mercado se debe al hecho de que existen otros peligros económicos que amenazan a todas las empresas. Véase Frank LaMay, *CORPORATE FINANCE*, (Philadelphia: McGraw-Hill, 2017).

## 2.2 El riesgo político

El riesgo político o riesgo país, es el que concurre en las deudas de un país globalmente consideradas, por circunstancias inherentes a la soberanía de los Estados.<sup>29</sup> Hay varias formas de medirlo, pero a los fines de este ensayo, es importante entender dos cosas: (i) el riesgo político es *inevitable*, siempre existirá y tendrá variaciones según cada Estado, 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. riesgos relativos a actos materiales de la Administración Pública que pongan en peligro la sustentabilidad del negocio y su operación).

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 entes 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 sobre cómo es percibido el país frente a sus pares en materia de corrupción de sus funcionarios públicos, privados y respeto a los derechos humanos.

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 para 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.

---

<sup>29</sup> Lucia Ruiz & Luis Becerra, «El riesgo político de un país». *Revista académica e institucional de la Universidad Católica de Pereira*, N° 58 (2000): p. 1.

### 2.3 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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,<sup>32</sup> y por ello, es el motor invisible que hace al consumidor moverse en una dirección a una fuente de producción o venta.<sup>33</sup> En efecto, la reputación comercial es lo que diferencia un negocio existente que penetra, o intenta penetrar, en el mercado.<sup>34</sup> Pero eventos desafortunados, negligencia propia, mal manejo de las relaciones públicas y comunicacionales, 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 perverse, pero si tiene un peso en las decisiones corporativas de las compañías. El daño a la reputación puede ser particularmente peligrosa 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.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., p. 540.

<sup>31</sup> *Id.* p. 540.

<sup>32</sup> Victor Bentata, *TEORÍA GENERAL DE LAS PRÁCTICAS ECONÓMICAS ILÍCITAS*, (Caracas; Editorial Jurídica Venezolana, 1995), p. 100.

<sup>33</sup> *Id.*

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, ob. cit., p. 540.

## **2.4 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,<sup>36</sup> 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 públicos.<sup>37</sup> Tradicionalmente, sectores de alto riesgo son aquellos considerados como industrias extractivas (v.g. la industria petrolera, minera y de extracción), construcción e infraestructura, defensa y telecomunicaciones.<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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

---

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> BOGHMATY, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 427.

<sup>38</sup> *Id.* p. 428.

<sup>39</sup> George Stigler, «The Theory of Economic Regulation». *THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS AND MANAGEMENT SCIENCE*, No. 1, (1971): p. 4.

<sup>40</sup> *Id.* p. 3.

complementarios a los suyos.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.

### **3. Elementos de todo 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 *compliance program* fuerte estructuralmente. 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. Una empresa puede tener múltiples programas de cumplimiento, para diversos problemas y regulaciones diferenciables.

#### **3.1 Generalidades de la norma ISO 37301**

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

---

<sup>41</sup> Edward 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*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), p. 287 y ss.

<sup>42</sup> Pavel Gómez, «Regulación en Venezuela: adaptación y supervivencia». *Debates IESA*, N° 1 (2008): p. 15. Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/12/eneo8regulapavel.pdf>

<sup>43</sup> Véase en general MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, *ob. cit.*, pp. 141 y ss.

procesos. La ISO es una organización internacional no gubernamental independiente con una membresía de 165 organismos nacionales de normalización.<sup>44</sup> Así, la ISO tiene como objetivo la orientación, coordinación, simplificación y unificación de criterios a las empresas y organizaciones por medio de estandarizar las normas de productos y servicios. 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

La mayoría de las instituciones que dictan estándares internacionales son organizaciones privadas, no tienen jurisdicción para prescribir estándares a gobiernos o actores económicos privados.<sup>49</sup> Por ello, el interés por seguir el estándar no es una obligación legal, sino un interés propio y privado.<sup>50</sup> A menudo, los estándares van acompañados de etiquetas, marcas, o certificaciones que se basan en la información como medio para reforzar el estándar.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> Los estándares son la sabiduría destilada de personas con experiencia

---

<sup>44</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, disponible en: <https://www.iso.org/about-us.html>

<sup>45</sup> Charnovitz, Steve, «International Standards and the WTO», (Washington: George Washington Law Faculty Publications, 2005), p. 3. Disponible en: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1431&context=faculty_publications)

<sup>46</sup> *Id.* p. 4

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, disponible en: <https://www.iso.org/standards.html>

en su tema y que conocen las necesidades de las organizaciones a las que representan: personas como fabricantes, vendedores, compradores, clientes, asociaciones comerciales, usuarios o reguladores.<sup>53</sup>

### ***3.1.1 ¿Son las normas ISO obligatorias en términos legales?***

La novísima norma ISO 37301 sobre el sistema de gestión de compliance es una *norma técnica* que representan 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 nace precisamente por su carácter coercitivo. A los efectos de este ensayo, la norma -independientemente 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.

### ***3.1.2 Características generales de la norma ISO 37301***

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 ensayo no nos enfocamos en un estudio exhaustivo de la norma ISO 37301 porque este ensayo recoge 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 *compliance program* son un resumen, precisamente, de dichas normas técnicas referenciales.

---

<sup>53</sup> *Id.*

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.<sup>54</sup> Por ende, el cumplimiento no es sólo la base, sino también una oportunidad, para una organización exitosa y sostenible.<sup>55</sup> 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 exista 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 un análisis exhaustivo interno y externos para la evaluación de su programa de cumplimiento. En tercer lugar, se fomenta las herramientas de denuncia interna como mecanismo de detección de irregularidades o incumplimiento del programa de cumplimiento 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 velar la promoción de una cultura ética, donde todos los empleados conocen sus responsabilidades y roles, involucrando a toda la organización en asegurar la viabilidad de la empresa en el 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.

---

<sup>54</sup> INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION, ISO 37301:2021, *Compliance management systems — Requirements with guidance for use*, 2021. Disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:en>

<sup>55</sup> *Id.*

### 3.2 Elemento clave No. 1: Compromiso gerencial

En primer lugar, es necesario que los órganos directivos de una empresa así como su gerencia senior estén comprometidos con el establecimiento de un *compliance program*, 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 *compliance program*. 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.
- v. Impulse el *compliance program*, 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. 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. Los dividendos por 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 *compliance program* 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. Desde *Caremark International Inc. Derivative Litigation*, se ha sostenido que las junta directiva de las empresas tienen la obligación de asegurarse que la organización tenga sistema establecidos para monitorear el cumplimiento de la ley.<sup>56</sup> Inclusive, la junta directiva empresarial tendría el “deber afirmativo

---

<sup>56</sup> *In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

en crear algún tipo de mecanismo de cumplimiento.”<sup>57</sup> Aunque el fallo ayudó a que la corporación tuviera sistemas para monitorear su cumplimiento de la ley. Estas declaraciones, aunque dicta, establecieron a los programas de cumplimiento corporativo en las agendas de las juntas corporativas.<sup>58</sup>

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 hace 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 *compliance program*, y cada departamento legal, debe ser auténtico y crear su propio perfil.

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 solo son para los empleados, sino que su 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 de la empresa, sanciones penales contra empleados). Así, respetar nociones básicas de *compliance* debe ser una regla para la contratación de cualquier externo a la empresa.

---

<sup>57</sup> *Id.*

<sup>58</sup> David Hess, *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.

### **3.3 Elemento clave No. 2: 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 *compliance program* 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 y/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 legales 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.<sup>59</sup>

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.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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 de 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 objetivamente. 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.

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 rechequeados antes de establecer una relación comercial con clientes y proveedores. Algunas preguntas pertinentes que debemos hacernos en esta materia son las siguientes:

---

<sup>59</sup> Véase en general MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance... ob. cit.*

<sup>60</sup> *Id.*

<sup>61</sup> Norma española ISO 3100, *Gestión del riesgo, principios y directrices*, 2010, p. 20. Disponible en <http://umc.edu.ve/pdf/calidad/normasISO/ISO%2031000-2009.pdf>

- A. Sobre el perfil de la compañía del cliente o proveedor:
- a. ¿Es un distribuidor?
  - b. ¿Es un agente independiente?
  - c. ¿Es una persona natural?
  - d. ¿Es un cliente nuevo?
  - e. ¿El cliente es una subsidiaria de otra compañía? ¿de cuál compañía?
  - f. ¿Cuál es la actividad comercial del cliente/proveedor? ¿a qué se dedica?
  - g. ¿Es una transacción habitual la requerida? ¿son múltiples transacciones? ¿cuál es su periodicidad?
  - h. ¿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/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 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 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. Puede existir la obligación legal de realizar chequeos preventivos de nuestros clientes o proveedores específicos.

Así, en materia *Anti-Money Laundering* (“AML”) en Venezuela, la SUDEBAN ha emitido una circular a todos los bancos comerciales y universales que requieren la profundización de las políticas de “conozca a su cliente,”<sup>62</sup> en el marco general establecido de acuerdo con la Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (“LCDOFT”) 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.<sup>63</sup> 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/o a disparar todo el sistema interno de controles.

### ***3.4 Elemento clave No. 3: 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 internacionales, tiene particular importancia que se señale la interrelación entre las subsidiarias del grupo y su lugar

---

<sup>62</sup> Guía informativa para profundizar y promover políticas de conozca a su cliente para instituciones financieras bajo nomenclatura SIB-DSB-CJ-OD-25045 (4 de agosto de 2015). Disponible en [http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N\\_Prudenciales/7-PREVENCIÓN-DE-LEGITIMACIÓN-DE-CAPITALES/7-5-CC-DSB-CJ-OD-25045.pdf](http://sudeban.gob.ve/wp-content/uploads/N_Prudenciales/7-PREVENCIÓN-DE-LEGITIMACIÓN-DE-CAPITALES/7-5-CC-DSB-CJ-OD-25045.pdf)

<sup>63</sup> LCDOFT, art. 11.

de constitución. Así las cosas, debe existir vigilancia, recursos y autoridad para que el *compliance program* sea efectivo. Así, la discusión mensual de los cambios que deben ser realizados a los protocolos son sumamente valiosos 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.<sup>64</sup>

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.<sup>65</sup> 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 restos 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.

---

<sup>64</sup> U.S Department of Commerce, NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, SECURITY AND PRIVACY CONTROLS FOR FEDERAL INFORMATION SYSTEMS AND ORGANIZATIONS, 2013, p. 12.  
Disponible en: <http://dx.doi.org/10.6028/NIST.SP.800-53r4>

<sup>65</sup> 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 existe un conjunto correcto de controles de seguridad que aborde todas las preocupaciones de seguridad organizacional en todas las situaciones. *Id.* p. 12.

### **3.5 Elemento clave No. 4: 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 provee las 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 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 para la denuncia de irregularidades corporativas o *whistleblowing* para lograr una 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.

### **3.6 Elemento clave No. 5: Monitoreo, prueba de los controles y auditoría**

En quinto lugar, un *compliance program* 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.

### **3.7 Elemento clave No. 6: 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.<sup>66</sup>

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

---

<sup>66</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, ob. cit. p. 6.

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.

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 *compliance program* de la compañía o la violación de cualquier norma legal. Es recomendable, en la industria en específico donde asesoremos, pensar a través de todas las contingencias posibles con antelación y delinear procedimientos detallados y claros. ¿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?<sup>67</sup>

En nuestro diseño de investigación, como mínimo, se debe incluir: (i) criterios de cuándo iniciar una investigación interna por un caso potencial de incumplimiento interno del *compliance program*, (ii) cómo determinar el alcance de la investigación, (iii) el procedimiento específico (cómo, cuándo, dónde y qué se investigará), (iv) cómo se documentará la investigación. Asimismo, se deben señalar quien o quienes 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 y/o a quién acudir en los distintos casos que se pueden presentar.

### ***3.8 Elemento clave No. 7: 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. Esta clase de políticas de registro de información debe enfatizar que los archivos de la compañía son como cual-

---

<sup>67</sup> *Id.* p. 7.

quier 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 computarizado 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. 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 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 sea 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.

### ***3.9 Elemento clave No. 8: Revisión de cada M&A y alianzas comerciales***

Un programa de cumplimiento bien diseñado debe aplicar la debida diligencia basada en el riesgo a sus relaciones con terceros.<sup>68</sup> Finalmente, 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 estudiado, adicionalmente por su viabilidad financiera, por el riesgo legal que pueda involucrar para la operación de la empresa. ¿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?

---

<sup>68</sup> *Id.*

Estas preguntas requieren un análisis caso por caso 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 adecuada 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.<sup>69</sup>

#### ***4. Importancia del cumplimiento normativo***

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 *compliance program* 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 seguidas.

##### ***4.1 Mitigación de riesgos para la compañía y 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.

---

<sup>69</sup> *Id.*

## 4.2 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. 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 *compliance program* 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.

### **4.3 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 *compliance programs* 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. Somos creyentes que una cultura de *compliance* ayuda a profundizar 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.

### **4.4 ¿Invertir en compliance o tener los medios y recursos adecuados?**

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.<sup>70</sup> 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.

---

<sup>70</sup> Hui Chen & Eugene Soltes, «Why Compliance Program Fail-and to Fix Them». *HARVARD BUSINESS REVIEW*, N° 2 (2018): pp. 116-125. Disponible en: <https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>

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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> Esta afirmación puede incomodar a cualquier abogado, pero para que un *compliance program* tenga impacto real, los gerentes necesitan probar qué funciona y qué no.<sup>73</sup>

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.<sup>74</sup> ¿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?<sup>75</sup>

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.<sup>76</sup> Adicionalmente, un punto importante y necesario es la preparación técnica e intelectual del personal que instruye e implementa el *compliance program* 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 *compliance program*, 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 y saber cómo manejar los riesgo puede tener. 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?

---

<sup>71</sup> *Id.*

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Evaluation of Corporate Compliance Programs...*, *ob. cit.* p. 2.

<sup>76</sup> MILLER, *The law of Governance, Risk Management, and Compliance...*, *ob. cit.*, p 176.

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 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.

#### ***4.5 Cultura organizacional del cumplimiento y la ética***

Conjuntamente con esta discusión, también es importante el entendimiento de la cultura de cumplimiento y los valores y cultura corporativa de una determinada organización. La imposición de los valores culturales de la empresa trasnacional a sus filiales y sucursales es una realidad de negocio. Similarmente, la cultura de cumplimiento e integridad también debe imponerse, pero como forma (y no obligación) de hacer negocios. Para el logro de tal fin, se requiere recursos a nivel global y un departamento legal y de cumplimiento lo suficientemente capacitado y dotado de autoridad para realizar su trabajo globalmente.

En esta estructura, no se trata de un solo oficial de cumplimiento, sino de varios oficiales distribuidos de acuerdo con las necesidades del negocio en particular. Aunque parezca obvio, la noción de *global compliance* se refiere a la gran empresa (ya sea nacional o internacional). No tiene sentido hablar de un sistema complejo de controles cuando la empresa realmente no tiene autocontrol. Esto también señala el hecho que la realidad de la gran empresa no es necesariamente la realidad y necesidad de la mediana y pequeña empresa.

Ahora bien, el establecimiento de la cultura corporativa de *compliance* debe realizarse desde el poder (tono desde la junta directiva). Las organizaciones están integradas por individuos (y grupos) interdependientes con intereses divergentes, que deben encontrar modos de conciliar esos intereses.<sup>77</sup> Todas las decisiones gerenciales implican beneficios y sacrificios: es necesario balancear asuntos complejos y ambiguos, que generan desacuerdos legítimos acerca de qué es lo mejor para la organización.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Linda Hill, «Power dynamics in organizations». *HARVARD BUSINESS REVIEW*, No. 494-083 (Boston: Harvard University Press, 1995): p. 2.

<sup>78</sup> *Id.*

El poder tiende a acumularse en las personas que realizan actividades y ocupan posiciones asociadas con el control de recursos escasos y contingencias críticas.<sup>79</sup> “Contingencias críticas” son aquellas actividades esenciales para el desempeño de la organización, dado su contexto particular (industria, entorno regulador, demografía de la fuerza de trabajo, por ejemplo).<sup>80</sup> Pero ¿de dónde viene el poder dentro de una organización? Gran parte del poder de un individuo proviene de las actividades que realiza y de su ubicación en la organización.<sup>81</sup> Así, son necesarios el revestimiento de una autoridad formal dentro de la empresa, relevancia, autonomía, visibilidad, pericia y trayectoria dentro de la organización para que el gerente legal y de compliance cumpla sus funciones con éxito. Mientras mayor sea la autonomía —facultad discrecional o libertad para ejercer el juicio propio— asociada con la posición del gerente mayor será su poder.<sup>82</sup>

La cultura de cumplimiento ha sido objeto de debate con opiniones muy diversas. Para algunos, la cultura de compliance es un reforzamiento adicional a los procedimientos de papel ya establecidos por las políticas establecidas. Nada más alejado de la realidad, pues, si defendemos un sistema de controles flexibles para los intereses de la empresa, una verdadera cultura debe impregnar (desde lo más alto de la gerencia de la compañía) todas las actividades de ética y cumplimiento.

Los elementos clave de todo programa de cumplimiento, ampliamente discutidos en el capítulo primero de este ensayo, son un reflejo de elementos culturales de compliance. Así, no puede existir cultura corporativa de cumplimiento si no hay un entrenamiento efectivo a los empleados y lineamientos básicos de los objetivos de integridad de la empresa en este sentido. Se ha encontrado que cuando una organización enfatiza el cumplimiento interno, puede tener un efecto positivo en la disposición de los empleados a denunciar internamente comportamientos ilegales y de manera interna.<sup>83</sup> Si, por el contrario, el pago de sobornos es algo común y/o está respaldado por la gerencia de nivel superior, será menos probable que reporten pagos ilícitos a través de canales internos de cumplimiento debido a la creencia de que tales informes serían inútiles.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> *Id.*

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> *Id.* p. 1950.

<sup>84</sup> *Id.*

Adicionalmente, cuando una organización ha creado una cultura donde el comportamiento corrupto es aceptable, los empleados individuales pueden volverse insensibles a tales conductas de tal manera que se convierta en una práctica común y ya no sea impactante, a pesar de ser espantoso para quienes están fuera de la situación.<sup>85</sup> Gran parte del fraude financiero que ocurrió en la reciente crisis financiera encajaría en esta descripción.<sup>86</sup> En estas situaciones, el fraude podría tener un tamaño y alcance importantes y ser perjudicial para la economía, pero es poco probable que se informe o se trate internamente.<sup>87</sup> Evidentemente, cuando analizamos los elementos por separado y de forma procedimental, parecieran ser elementos exclusivamente de la formalidad de un *compliance program*. Nada más alejado de la realidad, pues, un programa de cumplimiento debe ser flexible y adoptar la forma en que nuestro cliente empresarial realiza su negocio de la mejor forma posible.

Ahora bien, el estudio de la cultura corporativa es un problema de comportamiento organizacional de las empresas, pues, indudablemente, las compañías tienen rituales y formas de proceder que las diferencian las unas con las otras. Cuando nos referimos a cultura corporativa propiamente, nos referimos a “un sistema de significados compartidos por los miembros de una empresa, el cual distingue a una organización frente a las demás.”<sup>88</sup> La búsqueda de una cultura fuerte es muy cercana al anhelo gerencial de asegurar que la conducta del personal no se desvíe de determinadas pautas.<sup>89</sup> No obstante, si bien es deseable que las culturas organizacionales sean consistentes, no deben serlo tanto que anulen las conductas divergentes. Este tipo de conductas es indispensable para que haya innovación y aprendizaje,<sup>90</sup> y *compliance* tiene que ver precisamente con un aprendizaje constante de aquello que es permitido dentro de un sistema ordenado del riesgo legal.

De igual manera, se ha discutido considerablemente sobre la estructura e infraestructura ética-corporativa de la función de cumplimiento. En este sentido, TENBRUNSEL ha desarrollado el concepto de infraestructura ética de una organización el cual se compone de elementos formales e informales.<sup>91</sup> De esta manera, el modelo de infraestructura ética propuesto no se basa en las aproximaciones sobre la base del cumplimiento *per se* o la integridad en sí misma, sino que provee una visión comprensiva de la orga-

---

<sup>85</sup> *Id.* p. 1954.

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> Stephen P. Robbins, & Timothy A. Judge, *COMPORTAMIENTO ORGANIZACIONAL*, (México: Pearson Educación, 2013), p. 512.

<sup>89</sup> Ramón Piñango, «Buena es la Cultura, pero no tanto». *DEBATES IESA*, No. 13 (2008): p. 62.

<sup>90</sup> *Id.* p. 63.

<sup>91</sup> TENBRUNSEL, SMITH-CROWE & UMPHRESS, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.

nización y los comportamientos éticos.<sup>92</sup> De esta forma, la estructura propuesta abarca un elemento formal, informal y de clima organizacional.<sup>93</sup>

El sistema formal se sustenta en el monitoreo, comunicación y sanción cuando ocurre una conducta infractora o contraria a los intereses empresariales de acuerdo con los procedimientos y protocolos establecidos. El sistema informal donde, siguiendo los protocolos establecidos, se busca calmar las aguas de forma atenuada y sin llevar a los extremos el pie de la letra de los manuales de cumplimiento a través de asesoramiento al empleado en cuestión para que así el sujeto en cuestión siga voluntariamente los lineamientos de la empresa. Esto también ocurre por medio de la presión social cuando existe una cultura de cumplimiento fuerte en la organización ya establecida.

Hemos señalado que un clima organizacional donde los empleados compartan percepciones sobre lo correcto e incorrecto desde un punto de vista personal pero frente a la organización donde trabajan. Así, el clima organizacional se sustenta en tres problemas: la ética propia y la ética de la empresa, el respeto, y justicia procedimental.<sup>94</sup> El clima organizacional determina qué tipo de conducta es esperada de los empleados y apoyada por la organización.<sup>95</sup> Ahora bien, ese clima organizacional requiere respeto a los empleados, entendido como el trato considerado y digno que se le da a los empleados.<sup>96</sup> Esto se vincula directamente con la justicia procedimental que debe procurarse estructuralmente, pues, toda la estructura tiene legitimidad en la medida que el clima de justicia procedimental es usado para tomar decisiones en la organización ante problemas de cumplimiento o éticos.<sup>97</sup> El respeto y la justicia procedimental promueve que los empleados correspondan sus conductas a los lineamientos corporativos y sus reglas.<sup>98</sup>

Promover el estudio de *compliance* es también “hacer que la integridad, la ética y el cumplimiento también formen parte del proceso de promoción, compensación y evaluación dentro de la empresa, porque al final del día, la forma más efectiva de comunicar que “hacer lo correcto” es una prioridad, es recompensarlo.”<sup>99</sup> La ética empresarial y el cumplimiento meramente normativo van de la mano en este sentido, ya que, no basta

---

<sup>92</sup> DAVID HESS, «*Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*», (New York: New York University Journal of Law and Business, 2015) p. 36.

<sup>93</sup> *Id.*

<sup>94</sup> TENBRUNSEL, SMITH-CROWE & UMPHRESS, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.* p. 295.

<sup>99</sup> Cutler, Stephen M., *Speech by SEC Staff: Second Annual General Counsel Roundtable: Tone at the Top: Getting it Right*, U.S. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, 2004. Disponible en: <https://www.sec.gov/news/speech/spch120304smc.htm>

el mejor cumplimiento de la legalidad sino entender si la empresa está actuando ética y responsablemente. Una cultura ética y de cumplimiento es un elemento clave, pues, “si a los empleados se les hace creer que, cuando se trata de compensación y avance profesional, que todo lo que cuenta es la rentabilidad a corto plazo, y que tomar atajos éticos es una forma aceptable de llegar allí, se desempeñarán en esa forma.”<sup>100</sup>

Los objetivos de una empresa pueden alcanzarse a través de la formalización empresarial, es decir, el establecimiento de metas precisas y reglas como cómo debe actuar el negocio, pero definidos desde quién ejerce poder efectivo en la organización. Por ello, es clave que la autoridad dentro de la empresa en materia legal y de compliance tenga poder efectivo y real sobre las actuaciones corporativas. En este sentido, una organización puede alcanzar sus objetivos con base en su cultura empresarial que puede ser, igual o más fuerte, que la formalización de sus objetivos, funciones, reglas y directrices de cómo debe ser el negocio y la actividad empresarial. Esto puede denominarse un ambiente organizacional en el cual la cultura de la empresa juega un papel fundamental en el alcance de los fines empresariales.

Un ejemplo de esto puede ser una empresa de consumo masivo cuya cultura organizacional se encuentra orientada en el cumplimiento de metas de ventas y que sus empleados se encuentren entrenados en acciones y objetivos orientados a los resultados con una fuerte cultura de excelencia en su sector. Esta empresa de consumo masivo tiene empleados que su única preocupación es alcanzar estos objetivos como sea posible, pues al alcanzarlos, la empresa los reconoce con alegría e identifica valores comunes en beneficio de todos (tanto de la empresa como de sus empleados). Este anhelo de alcanzar las metas debe ser compartido por todos en la empresa, sin importar su grado en la organización, y debe ser celebrado como el modo de vida o de trabajo de esta organización. Ahora bien, cumplir con las metas corporativas debe ser realizado con base en los compromisos frente a la empresa, no porque se le ordene al personal a hacerlo.

En este sentido, esta cultura genera que espontáneamente los empleados cumplan los objetivos porque son parte de sus valores esenciales como empleados de la organización, y es donde los valores de compliance tienen un papel fundamental, pues, toda la actividad de cumplimiento normativo y ético debe formalizarse y ser parte íntegro del ambiente corporativo.<sup>101</sup> Sólo la afinidad con la cultura de la empresa, y que sus valores

---

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> Así, una cultura del triunfo al alcanzar los objetivos, cuando es más arraigada, logra que los empleados ofrezcan más y más para el alcance de tales objetivos sin necesidad de directrices gerenciales que ordenen a trabajar. Así las cosas, mientras más arraigada sea la cultura, será menos necesario el establecimiento de direcciones de la gerencia a sus subordinados, pues todos saben qué hacer y tienen un objetivo en común, en este caso, la obtención de un resultado de ventas fijado o ser los mejores en determinado sector económico (e.g. ser la mejor empresa chocolatera nacional, y yo como empleado me siento orgulloso de pertenecer a la mejor empresa de chocolates en Venezuela, y doy todo lo mejor de mí por el solo hecho de pertenecer a tan prestigiosa y respetada empresa).

sean compartidos por todos los empleados, genera una situación en la cual no se requiere formalizar el negocio (en el sentido de controlar a los empleados en sus funciones) sino que la fuerza laboral de la empresa hace sus funciones por el compromiso con la organización y lo que su cultura ofrece.

Finalmente, el establecimiento de lineamientos generales o normas marcos siempre será beneficio para los intereses de la empresa global. Por una parte, preconstituye un resumen de la buena voluntad empresarial de adoptar y realizar las mejores prácticas corporativas existentes. Así, de fallar alguno de los controles preestablecidos, existe ese primer puente de colaboración con las autoridades. Por otra parte, existe una diferencia muy marcada entre una empresa con lineamientos gerenciales precisos de comportamiento empresarial, frente a aquellas empresas que no disponen de ningún mecanismo para alertar a sus empleados de la importancia del cumplimiento de la ley y las regulaciones existentes. No hacer nada no es una excusa ni defensa ante un eventual incumplimiento o mala práctica corporativa. Innovar al establecer un sólido cuerpo de normas internas ayuda a la empresa, no solo en venderse como una marca de transparencia corporativa, sino que le ayuda a robustecer su posición cuando una irregularidad sea cometida.

### ***5. Nota final: Cuando Compliance y el análisis del riesgo fallan***

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 para las empresas.

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. El estudio de cumplimiento normativo versa en buena medida en 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. En este ensayo, veremos muchos ejemplos de ello, así como también aquellas situaciones que nunca debieron pasar. El fracaso de un *compliance program* 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.”<sup>102</sup> 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 cumplen funciones legales importantes, pero forzarlas a entrar en marcos legales puede limitar su capacidad para influir positivamente en el comportamiento de los empleados.<sup>103</sup> ¿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.<sup>104</sup> ¿Realmente eso significa o aporta algo de valor para nuestro *compliance program*? Contar las aprobaciones legalmente vinculantes de los empleados a las políticas no es una forma adecuada de cuantificar la efectividad de un *compliance program*.

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

---

<sup>102</sup> CHEN & SOLTES, *Why Compliance Program Fail-and to Fix Them...*, *ob. cit.*

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> *Id.*

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.<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup> 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.

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 pagar dividendos a los accionistas, sino que, adicionalmente, recae el deber de cumplir con las exigencias de múltiples entidades y agentes administrativos en varias jurisdicciones, así como cumplir con los *stakeholders* claves. Por ello, la asesoría y el establecimiento de programas adecuados son clave para un negocio exitoso en el mundo regulatoriamente complejo que vivimos.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Annicchiarico, José. «La autorregulación privada en Venezuela». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, No. 5, (2011): pp. 311-344.
- Bentata, Victor. *Teoría General de las Prácticas Económicas Ilícitas*. Caracas; Editorial Jurídica Venezolana, 1995.
- Boghraty, Babak. *Organizational Compliance and Ethics*. New York: Aspen Publishers, 2019.
- Chen, Hui & Eugene Soltes. «Why Compliance Program Fail-and to Fix Them». *Harvard Business Review*, No 2 (2018): pp. 116-125.

---

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> *Id.*

- Charnovitz, Steve, «International Standards and the WTO», (Washington: George Washington Law Faculty Publications, 2005).
- David Hess, «*Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance and Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence*», (New York: New York University Journal of Law and Business, 2015) p. 36.
- Edward 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*, (Oxford: Oxford University Press, 2015).
- Gámez Arcaya, Francisco. «Principios de Gobierno Corporativo». *Revista de Derecho Público*, N° 102 (2005): pp. 37-42.
- Gómez Cáceres, Diego & Jesús López Zaballos. *Riesgos financieros y operaciones internacionales*. Madrid: ESIC Editorial, 2002.
- Gómez, Pavel. «Regulación en Venezuela: adaptación y supervivencia». *Debates IESA*, No. 1 (2008). Disponible en <http://virtual.iesa.edu.ve/servicios/wordpress/wp-content/uploads/2013/12/eneo8regulapavel.pdf>.
- 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.
- Linda Hill, «Power dynamics in organizations». *Harvard Business Review*, No. 494-083 (Boston: Harvard University Press, 1995) p. 2.
- LaMay, Frank. *Corporate Finance*. Philadelphia: McGraw-Hill, 2017.
- Miller, Geoffrey P. *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*. New York: Aspen Casebook series, 2014.
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: las sociedades mercantiles*, Tomo II-B. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- Piñango, Ramón. «Buena es la Cultura, pero no tanto». *Debates IESA*, No. 13 (2008): p. 62.
- Robbins, Stephen P. & Timothy A. Judge. *Comportamiento Organizacional*. México: Pearson Educación, 2013.
- Mitchell, Ronald, Agle, Bradley R & Wood, Donna J. «*Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts*». *Pittsburgh: Academy of Management Review* (1997).
- Rodríguez Morales, Alejandro. *Criminal Compliance (Cumplimiento normativo penal y Derecho Penal Económico)*. Caracas: Ediciones Paredes, 2019.
- Ruiz, Lucia & Luis Becerra. «El riesgo político de un país». *Revista académica e institucional de la Universidad Católica de Pereira*, N° 58 (2000)
- Tenbrunsel, Smith-Crowe & Umphress, «*Building Houses on Rocks: The Role of the Ethical Infrastructure in Organizations*», (Ginebra: Social Justice Research, 2003) p. 294.
- Stigler, George. «The Theory of Economic Regulation». *The Bell Journal of Economics and Management Science*, No. 1, (1971).
- Zerk, Jennifer. *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*. New York: Cambridge University Press, 2008.