

La debida diligencia en la contratación mercantil

Alejandro Ramírez Padrón*
Patricia Ugueto Solorzano**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-375-391

Resumen: La contratación mercantil se desarrolla en un ambiente repleto de riesgos, los cuales acrecientan de la mano de la globalización y la masificación del contrato. Es por ello que cada vez cobra mayor relevancia el desarrollo de procesos de debida diligencia y la aplicación de buenas prácticas corporativas orientadas a la investigación previa de los sujetos con quienes se pretende contratar a fin de seleccionar, evaluar y diseñar de manera óptima aquellas relaciones contractuales esperadas por las partes.

Palabras clave: debida diligencia; riesgos; precontrato.

Due diligence in commercial contracts

Abstract: *Commercial contracting takes place in an environment full of risks, which increase with globalization and the massification of the contract. That is why it is becoming increasingly relevant the development of due diligence processes and the application of good corporate practices oriented to the prior investigation of the subjects with whom it is intended to contract in order to select, evaluate and design in an optimal way those contractual relationships expected by the parties.*

Keywords: *due diligence, risks; pre-contract.*

Recibido: 29/05/2023
Aprobado: 18/06/2023

-
- * Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.
 - * Abogado (UCAB, 2015). Magister en Finanzas (IESA, 2018). Cursando el PREA de Derecho Corporativo (UCAB). Consultora Jurídica de Grupo Financiero Omnis.

La debida diligencia en la contratación mercantil

Alejandro Ramírez Padrón*
Patricia Ugueto Solorzano**

RVDM, Nro. 10, 2023, pp-375-391

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. *1. Aproximación a la noción de due diligence. 2. Estructuración de un proceso de debida diligencia. 3. Importancia e integración de la debida diligencia con la contratación mercantil.* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Cada vez más nos direccionamos a un modelo de sociedad en donde la nota característica es la complejidad, cuestión social que impacta profundamente y genera un efecto transformador en la práctica jurídica en sus distintos niveles y sectores.

Hoy en día se ha vuelto necesario no quedarse solo en valorar la aplicación de normas locales, sino que además se ha vuelto imperante revisar el cúmulo de normas internacionales y extranjeras que pueden impactar en la relación jurídica a la que se pretender dar nacimiento.

A manera de ejemplo, nos encontramos con la *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) la cual es una normativa estadounidense pero que indudablemente repercute en el mundo entero al momento de hacer negocios. En principio esta característica viene apalancada de la Globalización, fenómeno que permite la reducción del espacio en sus formas simbólica, al mismo tiempo que conlleva a una interpenetración de culturas y una inmensa celeridad en el intercambio de información¹.

En un plano nacional también se vuelve más complejo, con Estados que se tienden a la sobreregulación, al cambio constante de normativas y criterios, al incremento del grado de intervención estatal en la actividad empresarial, dando forma a aquello que autores como Luigi Ferrajoli definen bajo la denominación “hiperinflación normativa”².

* Abogado (UCAB, 2022). Cursando la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Subdirector Editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila.

** Abogado (UCAB, 2015). Magister en Finanzas (IESA, 2018). Cursando el PREA de Derecho Corporativo (UCAB). Consultora Jurídica de Grupo Financiero Omnis.

¹ Jean Paillusseau, «La influencia que ejerce la mundialización sobre el derecho de las actividades económicas». En *La mundialización del derecho*, ed. por Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009), 22.

² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Editorial Trotta, 2000).

Ante este panorama, es consecuente que el comerciante –tanto individual como colectivo- se vea obligado a transformar su conducta hacia un estándar más alto de diligencia, al ver que sus decisiones tendrán un abanico más amplio de posibles consecuencias.

Como es bien conocido, un elemento jurídico muy cercano al comercio es la figura del contrato. De esta forma, este cambio de paradigma descrito anteriormente hace repensar la forma en que contratamos, con quién contratamos y cuándo contratamos.

Sobre esta visión de prevención y manejo de riesgos es que nace el concepto de debida diligencia, noción que no es de nueva data pero que sí ha venido intensificándose y refinando con el pasar el tiempo.

Es por ello que en el presente artículo se pretende brindar un acercamiento a qué es el *due diligence* o debida diligencia, para luego aterrizarlo de manera práctica en cómo implementarlo dentro de la contratación mercantil. Y sobre la base de lo anterior, señalar los beneficios e importancia de aplicar esta herramienta en nuestra práctica contractual mercantil del día a día.

1. Aproximación a la noción de due diligence

1.1. Evolución histórica

El concepto de *due diligence* ha sido estudiado en múltiples formas, todas relacionadas entre sí, pero acentuando algunos elementos u otros según la manera en que se materializa el concepto.

Para Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale³, el concepto de *due diligence* se remota al derecho romano, en donde era entendido como un estándar de conducta requerido para cumplir una obligación. Es decir, el enfoque inicial del concepto matriz fue entendido como un estándar de conducta, pero ubicado en la etapa de ejecución de la obligación principal.

Posteriormente, los mismos autores nos ilustran que ese concepto fue trasladado al derecho internacional público bajo los elogiados escritos de Grotius en el siglo XVII, en donde continua como estándar de conducta, pero ahora en relación a un tercero. Un caso emblemático fue el caso Wipperman por la Corte Permanente de Justicia

³ Jonathan Bonnitcha y Robert McCorquodale, «The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights» En: *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 3 (2017), 902.

Internacional en donde se estableció que ningún Estado es responsable por actos de particulares en su territorio siempre que se emplee una diligencia razonable para tratar de evitar que se produzcan o se repitan tales infracciones⁴.

Poco a poco esta noción se fue inmiscuyendo en el derecho privado y concretamente en el derecho mercantil, en donde —entre las múltiples formas que adopta— se desarrolla como un medio preventivo y de planificación.

A manera de ejemplo, en la US Federal Securities Act de 1933, la debida diligencia se empieza a entender como un estándar de conducta, pero al mismo tiempo acoge un enfoque bifuncional en donde se utiliza como una defensa ante responsabilidades.

Esta evolución en cuanto a la responsabilidad de las propias decisiones fue conectándose con el derecho de contratos de la mano de la evolución del entorno normativo.

Es así, como se empieza a requerir que, bajo la visión de debida diligencia, todas las empresas, independientemente de su forma jurídica, tamaño, estructura de propiedad o sector, deban velar por conocer/determinar la integridad corporativa de la persona con la que estarán contratando, en cualquier tipo de relación comercial de la empresa (proveedor, franquiciado, licenciataria, empresas conjuntas, inversionistas, clientes, contratistas, consumidores, consultores, asesores financieros, legales y de otro tipo, así como cualquier entidad no estatal o estatal vinculada a actividades comerciales)⁵.

1.2. Concepto y finalidad

Con ocasión a lo mencionado anteriormente, las empresas realizan un proceso de investigación previo denominado *due diligence* o debida diligencia, que puede ser definido como un proceso de “*recolección o levantamiento de información cuya principal función es el análisis de la posibilidad de generar algún tipo de negocio*”⁶.

Así las cosas, el *due diligence* puede ayudar a las empresas a crear valor, mediante: “*la identificación de oportunidades para reducir costos; un mejor conocimiento de los mercados y las fuentes de suministro; el fortalecimiento de la gestión de negocios empresariales y operativos de la empresa; la disminución de la probabilidad de incidentes (...), y una menor exposición a riesgos sistémicos*”⁷.

⁴ Bonnitca y McCorquodale, «The Concept of ‘Due...’, 903.

⁵ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, p. 11.

⁶ Iván D. Restrepo Londoño. Due Diligence Financiera, una forma de garantizar la toma eficiente de decisiones en la adquisición de empresas (Medellín, Colombia: El Cuaderno - Escuela de Ciencias Estratégicas Vol 2 N.4, 2008), 263

⁷ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable.

Sobre esta base podemos acercarnos a que la finalidad pretendida con la debida diligencia en contratos mercantiles es que dicho contrato nazca y se desarrolle en orden, incluso, que culmine en orden y acorde a los intereses perseguidos por las partes⁸.

Bajo la óptica de contratos, podemos entender este proceso de *due diligence* – entendido bajo los parámetros de procesos de recolección de información para evaluar la viabilidad de un contrato principal- enmarcado bajo la figura jurídica de un contrato preliminar.

En esta misma categoría de contrato preliminar ubica al *due diligence* la doctrina nacional en cabeza de autores como Diego Castagnino quién al referirse al contrato de franquicia menciona al acuerdo de *due diligence* como un contrato preliminar importante, el cual, aunque no se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico venezolano, pero es de inmenso provecho para el desempeño del negocio⁹.

Al respecto, enfocándolo con aplicación al contrato de franquicia, Castagnino comenta: “*Si bien el acuerdo de Due diligence no se encuentra regula en el ordenamiento jurídico venezolano, se ha vuelto un útil instrumento en la práctica comercial, no solo a nivel de franquicias, sino también en casos de fusiones y adquisiciones de sociedades*”¹⁰.

En definitiva, el *due diligence* desde la óptica que acoge el presente artículo puede ser entendido como una técnica de verificación de los requisitos mínimos para la celebración y ejecución del contrato, sumado a un análisis de riesgos que podrían devenir del mismo. Esto analiza tanto al sujeto con quien se contrata como el contenido de lo que se contrata.

1.3. Requisitos de aplicabilidad

En general, al ser producto de la libre autonomía de las partes y no ser regulado dentro del ordenamiento jurídico venezolano, no existen grandes exigencias para llevar a cabo estos procesos, más allá de los que deriven de su eficiencia a los que mucho están recogidos en guías de recomendaciones que no son de uso obligatorio.

Hay quienes realizan un contrato preliminar de *due diligence* de manera escrita, hay otros que no. Generalmente viene acompañado de un contrato de confidencialidad cuando la información a ser suministrada es sumamente sensible. Es menester señalar que es un proceso que gira entorno a la información, incluso hay autores que lo denominan como la *doctrina de la información*¹¹.

⁸ Jesús A. Villegas Ruiz, *Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la Empresa* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2022), 436.

⁹ Diego Castagnino, «Acuerdos preliminares al contrato de franquicia» (*Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*, 2012), 291.

¹⁰ Diego Castagnino, «Acuerdos...», 291.

De esta forma, la información que se vaya a proveer debe estar claramente predefinida en cuanto a qué se va a solicitar, en qué fechas se entregará, en qué lugar se entregará y donde se procesará. A veces –cuando la información es muy sensible– se recurre a la técnica del *data room* en donde se revisa la información solo en las instalaciones de quién la entregó y con un tiempo determinado. También, puede darse un *data room online* en donde la información se sube en una web sin posibilidad de descarga.

Este proceso termina siendo un traje a la medida por construirse en la libre autonomía de las partes y no existiendo –al menos en Venezuela– regulación específica como sí existe en otros países o como se apunta en otros países.

Algunos avances normativos en el mundo al respecto son: Eu Commission Proposal For A Directive On Due Diligence (Propuesta a la Comisión Europea); Eu Parliament Resolution on Corporate Due Diligence (recomendación); Ley francesa sobre Debida Vigilancia (Obligatoria en su jurisdicción); Ley noruega sobre Transparencia (Obligatoria en su jurisdicción); Ley alemana sobre Cadena de Suministros (Adoptada y obligatoria en su jurisdicción a partir del 2023); Propuesta de Países Bajos sobre conducta responsable de negocios (Propuesta por una parte del parlamento); Propuesta de Bélgica sobre Ley de Debida Vigilancia (Propuesta, no obligatoria).

Por lo cual avizoramos un intento de regular esta herramienta lo cual se conecta también con el cumplimiento de objetivos públicos que se abordará en el tercer capítulo de este artículo académico.

2. Estructuración de un proceso de debida diligencia

De acuerdo a Villegas Ruiz¹², un elemento clave de los programas de cumplimiento es la autorregulación corporativa (en inglés denominado “*self-policing*”), así como un equipo que implemente las políticas en representación de la empresa. Los programas de cumplimiento que sean estructurados tienen como propósito reducir los riesgos de la empresa. Las empresas se autorregulan “*en la medida que sus órganos corporativos establezcan reglas, protocolos y modos de proceder en un negocio en específico, y como parte de su gobierno corporativo*”¹³.

Las empresas, en ejercicio de su objeto social, tienen libertad plena de estructurarse de conformidad con sus necesidades, lo cual se extiende más allá del documento constitutivo-estatutario de la sociedad, creando sus propias normas internas, con el fin de obedecer a la legislación local, estándares internacionales e incluso mejores prácticas corporativas; todo en *pro* de la disminución de riesgos.

¹¹ Pierre Dupuy, «Due diligence in the International Law of Liability» (En Legal Aspects of Transfrontier Pollution. Paris: OECD, 1977), 3-4.

¹² Villegas, Derecho del..., 11.

¹³ Villegas, Derecho del..., 11.

En este sentido, encontramos que el riesgo es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como una contingencia o proximidad de un daño¹⁴, mientras que la Universidad de Oxford lo define como “el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos”. Esto también puede expresarse como una desviación de los resultados esperados, ya sea positivo (oportunidad) o negativo (amenaza)¹⁵. Se mide en términos de probabilidad (frecuencia o probabilidad de ocurrencia del riesgo) y severidad (impacto o magnitud del efecto de ocurrencia del riesgo). El riesgo puede ser clasificado como: (i) riesgo financiero; (ii) riesgo político; (iii) riesgo reputacional y (iv) riesgo regulatorio.

La gestión de riesgos está referida así, a las actividades coordinadas para dirigir y controlar una organización con respecto al riesgo, mientras que el apetito por el riesgo es la cantidad de riesgo que una organización está dispuesta a perseguir o retener¹⁶. Un marco de gestión de riesgos se define como “un conjunto de componentes que proporcionan los cimientos y los arreglos organizacionales para diseñar, implementar, monitorear, revisar y mejorar continuamente la gestión de riesgos en toda la organización”¹⁷.

El concepto de debida diligencia implica un marco de gestión de riesgos que incluya: políticas, objetivos, mandato y compromiso para gestionar los riesgos; junto con planes, responsabilidades, recursos, procesos y actividades para la gestión de riesgos. Bajo esta premisa, las empresas desarrollan múltiples Programas de Cumplimiento, incluyendo los de Debida Diligencia, que cruzan las nociones de cumplimiento y manejo de riesgos.

2.1. La Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable

Como se expuso más arriba, algunas actividades empresariales son intrínsecamente riesgosas porque pueden causar, contribuir o estar vinculadas a impactos negativos en el ámbito de la conducta empresarial responsable (“CER”). La debida diligencia contribuye a que las empresas anticipen y prevengan estos impactos¹⁸, y en caso que esto no sea posible, coadyuva a mitigar los mismos, prevenir su recurrencia y, cuando corresponda, repararlos. Incluso, en oportunidades, la debida diligencia puede asistir en resolver si continuar o no las actividades o relaciones comerciales, bien porque el riesgo de impacto negativo es demasiado alto o porque los esfuerzos de mitigación no tuvieron éxito.

¹⁴ «Diccionario de la Real Academia Española», Real Academia Española, acceso el 20 de enero de 2023, <https://dle.rae.es/riesgo>.

¹⁵ «About risk management», Home | Compliance, acceso el 06 de diciembre de 2022, <https://compliance.admin.ox.ac.uk/about-risk-management#collapse1094336>.

¹⁶ «About risk management»...

¹⁷ Villegas, *Derecho del...*, 11.

¹⁸ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable, p. 17.

Al momento de desarrollar las Políticas de Debida Diligencia, las empresas deben acatar primeramente las leyes nacionales de las jurisdicciones donde operan y/o donde están domiciliadas, y subsecuentemente, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (“Líneas Directrices de la OCDE”). A título informativo, el presente artículo tiene por objeto establecer las bases para desarrollar las Políticas de Debida Diligencia, en el marco de las Líneas Directrices de la OCDE, y se invita a las empresas a tomar medidas proactivas para cumplir con la legislación aplicable a su jurisdicción.

Así, bajo el alcance de éstos últimos lineamientos, podemos observar que la naturaleza y el alcance de la debida diligencia puede variar en atención al tamaño de la empresa, su actividad económica, su modelo de negocio, posición en la cadena de suministros y naturaleza de sus productos o servicios. En general, las Políticas de Debida Diligencia deben establecer un conjunto de medidas que sean acordes a la gravedad y probabilidad del impacto negativo, sobre las empresas. Cuando la probabilidad y la gravedad de un impacto negativo son altas, entonces la debida diligencia debe ser más amplia¹⁹.

Bajo las Líneas Directrices de la OCDE, el Proceso de Debida Diligencia y Medidas de Apoyo, debe en primer lugar, incorporar la Conducta Empresarial Responsable a las Políticas y Sistema de Gestión. En este sentido, se deben diseñar, adoptar y divulgar una serie de políticas en los ámbitos de la CER y en las Líneas Directrices de la OCDE, así como sus planes para implementar la debida diligencia; las cuales serán relevantes para actividades propias de la empresa, su cadena de suministro y otras relaciones comerciales²⁰.

Las Políticas de Debida Diligencia desarrolladas deben ser incorporadas a los órganos de supervisión de la empresa, de forma tal que se asignen las responsabilidades del Consejo de Administración, la Gerencia y demás departamentos pertinentes, con especial atención a los trabajadores cuyas acciones tengan mayor probabilidad de aumentar/disminuir los riesgos. Asimismo, resulta imperativo que las empresas incorporen las Políticas de CER en las relaciones con proveedores y otras relaciones comerciales, para lo cual deberá, cuando sea posible, desarrollar procesos de precalificación de debida diligencia de proveedores y otras relaciones comerciales, adaptados al riesgo y contexto específicos identificados como relevantes para su actividad económica²¹.

¹⁹ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida..., p. 19.

²⁰ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida..., p. 26.

²¹ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 28

En segundo lugar, las empresas deben identificar y evaluar los impactos negativos, reales o potenciales, asociados a la operación, productos o servicios de la empresa. Esto implica²²: (1) Llevar a cabo una delimitación de las áreas de la empresa en las que es más probable que existan riesgos significativos, asociados a la CER, lo cual le permite hacer una priorización inicial de las áreas de riesgo; (2) Realizar evaluaciones reiteradas sobre las actividades, proveedores y otras relaciones comerciales prioritarias, con el objetivo de identificar y evaluar los impactos negativos y potencias en los ámbitos de la CER (en atención al riesgo priorizado); (3) Evaluar la participación de la empresa en los impactos negativos reales o potenciales identificados; (4) Como resultado de la información obtenida, priorizar los riesgos e impactos más significativos en los ámbitos de la CER para la adopción de medidas, en atención a la gravedad y probabilidad de ocurrencia.

En tercer lugar, la empresa debe detener, prevenir y mitigar los impactos negativos, en los ámbitos de la CER. Entre las respuestas adecuadas a riesgos asociados a las relaciones comerciales se incluyen: mientras se mitiga el riesgo, la continuación o la suspensión temporal de la relación; o, ante intentos fallidos de mitigación o gravedad del impacto negativo, la interrupción de la relación²³.

En cuarto lugar, la empresa deberá hacer un seguimiento de la implementación y los resultados, para determinar la eficacia de la debida diligencia y mejorar los procesos en el futuro. Esto involucra realizar evaluaciones periódicas de las relaciones o vínculos comerciales, para verificar que se estén implementando las medidas de mitigación de riesgos, o para verificar que los impactos negativos realmente se han prevenido²⁴.

En quinto lugar, la empresa debe dar a conocer públicamente (con respeto adecuado a la confidencialidad comercial) sobre cómo se abordan los impactos, incluyendo sus políticas, procesos y actividades de debida diligencia llevadas a cabo para identificar y abordar los impactos negativos reales o potenciales, incluyendo las conclusiones y resultados de las actividades²⁵.

Por último, cuando la empresa identifique que ha causado o contribuido en un impacto negativo real, debe abordar su reparación o colaborar con la misma, según corresponda²⁶.

²² OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 29-32.

²³ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 33-35.

²⁴ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 36.

²⁵ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 37.

²⁶ OCDE (2018), Guía de la OCDE de Debida Diligencia..., 38.

2.2. El Gobierno Corporativo: Establecimiento de responsabilidades

A nuestro criterio, el riesgo no debe ser monopolizado por un solo área de la empresa, sino que debe ser un proceso administrado de forma transversal por la organización, y así, tener múltiples instancias del gobierno corporativo, donde se realicen los chequeos y aprobaciones necesarias. En virtud de lo cual, lo primordial al momento de desarrollar un proceso de debida diligencia, es contar con un buen gobierno corporativo, que vele por el beneficio de la empresa. Al respecto, de conformidad con Ernst & Young (“EY”), el concepto de Gobierno Corporativo se refiere al “conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de órganos de gobierno de la empresa”²⁷, como lo son la dirección de la empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otros actores interesados.

Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20 (los “Principios”), disponen que el objetivo del gobierno corporativo es “facilitar un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas que es necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios”²⁸; que, aunque no prevén un carácter vinculante, sirven de referencia para legisladores y participantes del mercado.

En términos generales, los Principios contemplan que el marco de Gobierno Corporativo debe, en primer lugar, basarse en leyes, reglamentos, sistemas de autorregulación, compromisos voluntarios y la tradición²⁹, que suelen ser característicos de cada país. Entonces, queda claro que lo que puede funcionar para una empresa, inversor o actor, no necesariamente es replicable de forma general a empresas, inversores y actores que operan en situaciones distintas. Por lo tanto, no existe un único modelo de buen gobierno corporativo, pero si encontramos elementos comunes, que están contenidos en los Principios, que subyacen a todos ellos, y los cuales buscaremos abordar en el presente artículo.

De acuerdo a los Principios, los encargados de la elaboración de Políticas deben velar porque las mismas sean lo suficientemente flexibles, a los fines de favorecer las nuevas oportunidades que creen valor a las empresas. Esto sin dejar de lado que, usualmente, en los requisitos y prácticas de gobierno corporativo influyen varios ámbitos jurídicos, como la ley de sociedades, la normativa de valores, las normas contables, y de auditoría, y la legislación mercantil, laboral y tributaria.

²⁷ Luis Hidalgo. “Gobierno Corporativo: ¿Por qué es un pilar fundamental para el crecimiento y la gestión de riesgos en una organización?” EY Deutschland - Home | Building a better working world, 12 de noviembre de 2020. https://www.ey.com/es_pe/risk/gobierno-corporativo-pilar-crecimiento.

²⁸ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es..> 7.

²⁹ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 15.

De conformidad con los Principios, la ejecución de las Políticas de Gobierno Corporativo exigen que se asignen responsabilidades a las diversas autoridades de la empresa, de modo que ejerzan las competencias de los departamentos y órganos internos, con la máxima eficacia³⁰. Así, encontramos que la gestión diaria de la empresa es responsabilidad del Consejo de Administración, mientras que los accionistas tienen derecho a obtener información sobre la sociedad, y sólo pueden influir en ella a través de su participación y voto en las Asambleas de Accionistas en temas fundamentales, contenidos dentro de la misma legislación de cada país.

Por su parte, el Consejo de Administración tiene las siguientes funciones: dirigir la estrategia corporativa; controlar los resultados de la empresa y ofrecer rentabilidad a los accionistas; evitar conflicto de intereses; lograr un equilibrio entre las múltiples exigencias de la empresa, y supervisar el sistema de gestión de riesgos, para garantizar que la empresa cumple con la legislación aplicable. No obstante lo anterior, la dirección de la empresa puede incurrir en prácticas ilegales y contrarias a la ética, que no sólo violen derechos de terceros interesados, sino que además perjudican a la empresa, sus accionistas, su reputación, y su estabilidad financiera. Por lo tanto, la empresa y sus accionistas en el desarrollo de Políticas de Gobierno Corporativo, ajustadas a los Principios, podrán establecer mecanismos para recoger las quejas presentadas por sus empleados, asociadas a comportamientos ilegales o antiéticos, ya sea personalmente, a través de órganos de representación o terceros³¹. En el caso de que no se tomen las medidas correctivas a tiempo, los trabajadores serán invitados a presentar sus denuncias ante las autoridades competentes. Las empresas no podrán tomar medidas discriminatorias o disciplinarias contra estos empleados.

Por último, queda claro que de forma complementaria, las múltiples instituciones públicas mantendrán funciones de control para velar que tales competencias son ejercidas de forma transparente y conforme a derecho.

2.3. Debida Diligencia del Cliente: ALA/CFT

En el pasado, el lavado de activos y financiamiento al terrorismo (“LA/FT”) eran delitos que estaban intrínsecamente vinculados con los sectores bancario y financiero; sin embargo, recientemente estas actividades también han penetrado otros sectores (no financieros)³². Es por ello que, la práctica de Debida Diligencia del Cliente (“CDD” por su acrónimo en inglés) está íntimamente relacionada con la lucha contra el blanqueo

³⁰ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 18.

³¹ OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo..., 41.

³² “Global AML/CFT context”. EU AML/CFT Global Facility. Consultado el 16 de enero de 2023. <https://www.global-amlcft.eu/global-anti-money-laundering-and-counter-terror-finance-context/>.

de capitales, competencia del Grupo de Acción Financiera Internacional (“GAFI” por su acrónimo en español), el cual es el organismo de control mundial contra lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, que establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir éste tipo de actividades. Dicho organismo cuenta con más de 200 países y jurisdicciones comprometidos con su implementación³³.

El mandato del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional³⁴. Las Recomendaciones de GAFI esbozan medidas que las instituciones financieras, empresas de ciertos sectores y actividades profesionales, deberían adoptar para contrarrestar el LA/FT; en virtud de lo cual, estas deberán emprender medidas de CDD, cuando: se establezcan relaciones comerciales; se realicen transacciones ocasionales; existe una sospecha de LD/FT; o tiene dudas sobre la veracidad/idoneidad de los datos de identificación sobre el cliente obtenidos previamente³⁵.

Las empresas deben cumplir con las obligaciones impuestas por cada legislación en materia de CDD, tomando en cuenta las siguientes medidas³⁶: (1) identificar al cliente y verificar la identidad del mismo, utilizando datos o información confiable; (2) en el caso de personas jurídicas, identificar al beneficiario final y tomar medidas para identificar su identidad; (3) obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial, y (4) realizar la debida diligencia continua de la relación comercial y examinar las transacciones llevadas a cabo a lo largo de la relación comercial.

En el caso de personas expuestas políticamente (PEP), adicionalmente a las medidas citadas en el párrafo anterior, las empresas deberán: contar con sistemas de gestión de riesgo que determinen si el cliente o el beneficiario son PEP; obtener aprobación de la alta gerencia para establecer o continuar, las relaciones comerciales; establecer la fuente de los fondos, y llevar a cabo un monitoreo intensificado de la relación comercial³⁷.

³³ Consultado el 15 de enero de 2023. <https://www.fatf-gafi.org/about/>.

³⁴ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022): Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación, 6.

³⁵ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 14.

³⁶ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 14.

³⁷ Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022), 16.

3. Importancia e integración de la debida diligencia con la contratación mercantil

El *due diligence* tiene una gran utilidad en la contratación mercantil, puesto a que nos permite alcanzar grandes beneficios. En primer lugar, nos brinda transparencia en cuanto a con quien contratamos, es decir, asegurarnos de que es alguien tanto con la capacidad técnica como con los requisitos legales y estándares ético para llevar a cabo el negocio. Al igual que brinda transparencia frente a terceros que tengan contacto con la operación como pueden ser las entidades bancarias.

En segundo lugar, ofrece una evaluación más certera de los riesgos asociados al negocio que se pretende celebrar, sea para concluir que se deba hacer, que no se deba hacer, o que se deba hacer, pero con ciertas medidas de mitigación.

En tercer lugar, el uso de la debida diligencia favorece en la determinación de responsabilidades puesto a que deja en claro de situaciones previas al contrato definitivo a ambas partes, por lo que hace que las decisiones se ejerzan de manera más responsable.

Al igual que existe una cuarta razón por la que el *due diligence* ha tenido un lugar exitoso en la práctica de los negocios y es que ha sido un conducto mediante el cual se ha logrado la inclusión de objetivos públicos en la toma de decisiones contractuales. Esto visto con suma precaución.

Como señala Recalde con relación a la guía de diligencia debida de la OCDE:

El 21 de mayo de 2018 la OCDE aprobó una Guía de “diligencia debida” (due diligence) en la Conducta Empresarial Responsable, que ofrece un apoyo práctico a las empresas al aplicar aquellas Directrices y explica en lenguaje sencillo sus recomendaciones. Estas pretenden ayudar a las empresas a evitar y abordar los impactos adversos relacionados con los trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, el soborno, los consumidores y el gobierno corporativo que se puedan asociar a sus operativa, cadena de suministro y otras relaciones³⁸.

El autor hace la misma apreciación con relación a las guías y normativas actualmente discutidas en Europa acerca de la sustentabilidad y en general concluye en que estas exigencias de *due diligence* guardan una inclusión de intereses públicos como lo puede ser el respeto a los derechos humanos y medioambientales³⁹.

³⁸ Andrés Recalde Castells, «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital» (En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*. Editado por Nuria Bermejo Gutiérrez y Aurora Martínez Flórez, 439-473. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2022).

³⁹ Andrés Recalde Castells, «La inclusión...

Esto también repercute en la medida de que puede entenderse no solo como el desarrollo de una labor preventiva y un estímulo para la labor de cumplimiento de la legalidad, sino también, señala Recalde Castells que cumple un rol de internalización de intereses ajenos a las tomas de decisiones del comerciante⁴⁰.

CONCLUSIONES

En consideración de los argumentos anteriormente expuestos, ha sido posible alcanzar las siguientes conclusiones:

Nos encontramos en una sociedad compleja, en donde se transforman los medios y los incentivos por los que nos relacionamos. Esto genera un alto impacto en el mundo del comercio y con ello en el derecho mercantil, incluyendo –tema objeto del presente artículo- a los contratos mercantiles.

Bajo toda esta realidad, se realiza la aplicación del *due diligence* como proceso previo a la materialización del contrato mercantil. Todo esto en la búsqueda de tomar mejores decisiones, así como detectar y mitigar posibles riesgos.

El *due diligence* consiste en una herramienta que permite investigar y validar la viabilidad de aquel contrato principal que se busca llevar a cabo. Para ello es importante comprender que este contribuye al análisis del riesgo desde dos aspectos, uno respecto al sujeto con quien se desea contratar, y otro en cuanto al objeto mismo de la contratación.

Sumado a lo anterior, si se busca verdaderamente dar respuesta a las dificultades del entorno jurídico-comercial actual, es necesario comprender al *due diligence* no solo como un contrato preliminar para cierto caso en concreto, sino que además debe entenderse desde un grado de planificación corporativa superior que permita desarrollar procesos y luego sistemas aplicables a la vida comercial, pero al mismo tiempo equilibrarlo con la necesidad de celeridad propia del comercio.

Es esta visión holística a la que apuntan las buenas prácticas internacionales y que se integran a la actividad contractual en la medida de que persiguen la eficiencia del propio contrato y aseguran los beneficios esperados del negocio.

Siendo esta una necesidad a la que muchas empresas y particulares en Venezuela no se han sumado, con contadas excepciones como empresas vinculadas al sector financiero-bancario y transnacionales. Principalmente por desconocer los múltiples beneficios que la debida diligencia les aporta.

⁴⁰ Andrés Recalde Castells, «La inclusión...

BIBLIOGRAFÍA

- «About risk management», Home | Compliance, acceso el 06 de diciembre de 2022, <https://compliance.admin.ox.ac.uk/about-risk-management#collapse1094336>
- Arbulú Ramírez, José Antonio. *Lavado de activos: prevención, detección y control*. Perú: Legales, 2014.
- Bonnitcha, Jonathan y McCorquodale, Robert. «The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights» *The European Journal of International Law* Vol. 28 no. 3 (2017): 899-919.
- Castagnino, Diego. «Acuerdos preliminares al contrato de franquicia» *Homenaje a la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas y Estudiantes de Derecho*, 2012.
- Castagnino, Diego. «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance» En *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No 3. Caracas: SOVEDEM, 2019.
- «Diccionario de la Real Academia Española», Real Academia Española, acceso el 20 de enero de 2023, <https://dle.rae.es/riesgo>
- Dupuy, Pierre. «Due diligence in the International Law of Liability» En *Legal Aspects of Trans-frontier Pollution*. Paris: OECD, 1977.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- Good Practice Guidelines on Conducting Third-Party Due Diligence (World Economic Forum, 2013).
- Guía de “diligencia debida” (due diligence) en la Conducta Empresarial Responsable (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito).
- Hidalgo, Luis. “Gobierno Corporativo: ¿Por qué es un pilar fundamental para el crecimiento y la gestión de riesgos en una organización?” EY Deutschland - Home | Building a better working world, 12 de noviembre de 2020. https://www.ey.com/es_pe/risk/gobierno-corporativo-pilar-crecimiento.
- Las Recomendaciones del GAFI (2012, última enmienda marzo 2022): Estándares Internacionales sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación.
- Lavite, Cannelle. The French Loi de Vigilance: Prospects and Limitations of a Pioneer Mandatory Corporate Due Diligence. Disponible: <https://verfassungsblog.de/the-french-loi-de-vigilance-prospects-and-limitations-of-a-pioneer-mandatory-corporate-due-diligence/> (Última consulta: 28/01/23).
- Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil: Los contratos mercantiles*. Caracas: UCAB, 2004.
- Nouel Velasco, Emilio. *El derecho en tiempos de globalización*. Caracas: Grupo JusConsult, 2002.
- OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>,
- Paillusseau, Jean. «La influencia que ejerce la mundialización sobre el derecho de las actividades económicas». En *La mundialización del derecho*, editado por Irene de Valera, 35-48. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009.

Programa Anticorrupción de Ética y Cumplimiento para las Empresas (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito).

Ramírez Barbosa, Paula Andrea y Ferré Olivé, Juan Carlos. *Compliance, Derecho Penal Corporativo y Buena Gobernanza Empresarial*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

Rebolledo, Alejandro. *Prevención y control de legitimación de capitales y del financiamiento al terrorismo*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2007.

Recalde Castells, Andrés. «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital». En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ricardo Alonso Soto*. Editado por Nuria Bermejo Gutiérrez y Aurora Martínez Flórez, 439-473. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2022.

Rodríguez Morales, Alejandro. *Criminal Compliance*. Caracas: Ediciones Paredes, 2019.

Villegas Ruiz, Jesús. *Derecho de Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio Normativo*. Caracas: ACPS, 2022.