

# *Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»*

Andrea I. Rondón García\*  
Nasly Ustáriz Forero\*\*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 247-265

**Resumen:** El *Compliance*, entendido como las reglas que debe seguir la empresa para evitar riesgos legales, regulatorios, financieros, penales, etc, debe ser imposición de la ley o de una decisión judicial o más bien producto de la autorregulación de la empresa, que entiende que actuar éticamente es obrar en su propio interés.

**Palabras claves:** Autorregulación, filosofía liberal, autonomía de la voluntad de las partes.

**Critical notes on Compliance: Comments to the article «Introduction to the study of Regulatory Compliance Law and Regulatory Analysis of the company of Jesús A. Villegas Ruiz»**

**Abstract:** *Compliance*, understood as the rules that the company must follow to avoid legal, regulatory, financial, criminal risks, etc., must be the imposition of the law or a judicial decision or rather a product of the company's self-regulation, which understands that to act ethically is to act in your self-interest.

**Keywords:** *Self-regulation, liberal philosophy, principle of autonomy of the will of the parties.*

Recibido: 20/11/2023  
Aprobado: 26/11/2023

- 
- \* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, UCV. Doctora en Ciencias mención Derecho, UCV. Profesora en Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Doctorado en Derecho. Miembro del Comité Académico, Coordinadora del Programa Cultura en Libertad y Directora del Comité de Derechos de Propiedad, del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad. Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).
  - \*\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), UCV. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).



# *Notas críticas sobre Compliance: Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»*

Andrea I. Rondón García\*

Nasly Ustáriz Forero\*\*

RVDM, Nro. 11, 2023, pp. 247-265

## SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Advertencias.* 2. *¿Qué es Compliance?* 3. *¿Qué está detrás de esta noción de Compliance?* 4. *¿Stakeholders es en el Derecho Privado sinónimo de interés general empleado en el Derecho Público?* 5. *¿Qué define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado?* 6. *¿La regulación como barrera de mercado?*  
CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

## *Palabras al Dr. José Muci-Abraham*

Siempre hemos reconocido la labor de la revista al homenajear a ilustres juristas sin los cuales no estaríamos discutiendo los temas que abordamos hoy en día. En esta edición el homenajeadado es el Dr. José Muci-Abraham.

Para las autoras nos es grato participar en este homenaje con el artículo intitulado «Notas críticas sobre *Compliance*. –Comentarios al artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa de Jesús A. Villegas Ruiz»– que supone el análisis de figuras de Derecho Mercantil en el contexto del *Compliance*.

---

\* Abogado mención *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Procesal Civil mención *Honorífica*, UCV. Doctora en Ciencias mención Derecho, UCV. Profesora en Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) de Doctorado en Derecho. Miembro del Comité Académico, Coordinadora del Programa Cultura en Libertad y Directora del Comité de Derechos de Propiedad, del Centro de Divulgación del Conocimiento Económico para la Libertad. Directora del Instituto Ludwig von Mises de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

\*\* Abogado mención *Cum Laude*, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil mención *Honorífica*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Doctorado en Ciencias mención Derecho (elaboración de tesis doctoral), UCV. Real Colegio Complutense, *Harvard in cooperation with John M. Olin, Center for Law, Economics and Business Harvard University. IV Harvard Course in Law and Economics, Cambridge, U.S.A.* Profesora del Programa Internacional de Fideicomiso. Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) y del Programa impartido con la Universidad Metropolitana y la Asociación Bancaria de Venezuela (ABV). Máster en Economía, Universidad Francisco Marroquín/OMMA Business School, Madrid. Directora Legal de 100% Banco, Banco Universal. Presidente del Comité de Fiduciarios de la Asociación Bancaria de Venezuela. Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM).

Por su parte, el Dr. Muci-Abraham no sólo ha tenido una extraordinaria vida académica en las más variadas áreas de Derecho Privado, y en concreto de Derecho Mercantil a través de ensayos y libros jurídicos, entre los cuales se encuentran obras reconocidas como el *Aval de la Letra de Cambio*, *Anotaciones sobre el Endoso por Procuración*, *Cuenta Corriente Bancaria* y *Asociaciones en Participación*, además de sus copiosas contribuciones con el espinoso tema de los intereses bancarios; sino que además de su carrera profesional y judicial, ha sido miembro de juntas directivas de bancos y compañías de seguros, sujetos estos que constituyen en la actualidad los principales objetivos del *Compliance* más riguroso, tanto en los ámbitos nacional como internacional.

Las instituciones propias del Derecho Mercantil hoy enfrentan nuevos retos, que resultan de una sociedad cada vez más dinámica y globalizada. Las autoras consideran que la mejor forma de afrontar estos retos es mirando el trabajo de juristas de la talla del Dr. José Muci-Abraham para no olvidar los fundamentos y las bases de nuestro Derecho Mercantil y, al mismo tiempo, propender a una permanente actualización de dicho trabajo, contando para ello, en nuestro caso, con las herramientas que nos brindan tanto el Análisis Económico del Derecho como la filosofía liberal.

Merecido homenaje al Dr. José Muci-Abraham al cual nos sumamos de manera entusiasta.

## INTRODUCCIÓN

Este artículo surge de nuestras constantes conversaciones desde nuestro rol como consultoras jurídicas de compañías altamente reguladas y en las que el *Compliance* es vital. En esas deliberaciones así como en las líneas de pensamiento e investigación emprendidas por nosotras, siempre hemos tenido por norte mirar los temas actuales de Derecho Mercantil desde la perspectiva liberal.

Revisando lo que se ha escrito en el país sobre *Compliance*, nos topamos con el artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa» de Jesús A. Villegas Ruiz publicado en la edición No. 7 de 2021 de esta misma Revista.

Las presentes notas críticas recogen nuestras principales impresiones sobre la lectura del artículo «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa» y decidimos publicarlas porque creemos en el debate serio y respetuoso entre profesores universitarios. Creemos que es algo que, lamentablemente, se ha perdido.

Esta forma de iniciar el debate es algo que hace muchos años vimos por parte del profesor Alfredo Morles Hernández. Tenía una avidez por leer todo cuanto se publicaba sobre las materias de su interés y si no estaba de acuerdo con un punto de vista

o planteamiento (aunque estuviera metodológicamente fundamentado), sin importar quien fuera el autor, escribía una réplica del artículo e incluso, si no lo conocía, buscaba el contacto con el autor para conocerlo. Esto lo hace alguien que defiende su línea de investigación, pero que, en igual medida, respeta el trabajo académico del otro.

El artículo que es objeto de nuestras observaciones o «réplica» podría dividirse en dos partes, a saber: la primera, que se enfoca en una introducción respecto de las nociones de *Compliance* y manejo del riesgo, y analiza el rol del abogado de empresa; y la segunda, que explora los elementos de todo programa de cumplimiento y su implementación corporativa; así como los problemas que surgen cuando fallan los controles.

Nuestra réplica está orientada a la primera parte del trabajo revisado, que es en donde podemos rescatar las premisas filosóficas de las que parte el autor, que aunque no están expuestas de forma explícita, siempre se encuentran presentes en todo trabajo de investigación.

## **1. Advertencias**

Hemos decidido organizar estas notas como una suerte de preguntas que «contesta» el autor –a través de sus propias afirmaciones y dichos en el trabajo revisado– y que posteriormente replicamos. Pero antes de desarrollar estas notas, queremos hacer tres advertencias que nos parecen fundamentales, a saber:

En primer lugar, existen distintos niveles de análisis desde los que se puede abordar un determinado tema y uno de ellos es a partir de la típica distinción entre el ser y el deber ser, cuya distancia entre sí, en la Venezuela de hoy, se hace cada vez mayor.

Nuestra intención no es desconocer el entorno regulatorio actual, de hecho, suscribimos las palabras del autor cuando afirma que: «En este ambiente regulatorio, si las empresas no se adaptan a las regulaciones, su destino es el fracaso inminente. Ser disruptivo en contra de la ley, puede significar inmensurables pérdidas financieras»<sup>1</sup>.

No podemos obviar la realidad (el ser). Sin embargo, que sea la realidad que debamos afrontar no significa que no podamos ser críticos respecto de las distorsiones del entorno regulatorio y que no podamos aspirar a que dicha regulación tenga por fin primordial eliminar los obstáculos de la actividad económica, es decir, dejar hacer (*laissez faire*). Pensamos que no debemos ser sólo meros ejecutores, sino que debemos ser propositivos (el deber ser).

---

<sup>1</sup> Jesús A. Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 7 (2021): 160-161.

En segundo lugar, en nuestra experiencia de muchos años, ya sea como abogado *in house* de una compañía regulada o como miembro de una firma de abogados que asesora a clientes altamente regulados, reconocemos el valor de gran parte del trabajo objeto de esta réplica. Resulta una buena guía (con amplia bibliografía y experiencia) incluso de innegable utilidad práctica para aquellos que se inician en los temas de *Compliance* y administración de riesgos.

Nuestra replica está enfocada fundamentalmente hacia las premisas filosóficas de las que se parte. Nos hemos encontrado en varias de las situaciones que se describen en el trabajo y hemos tomado cursos de acción similares a los allí indicados.

En tercer lugar, esta réplica la hacemos partiendo de las premisas filosóficas que nos brinda el liberalismo, entendido como una filosofía que tiene por norte la reafirmación del individuo; la libertad como valor absoluto; el rechazo a la democracia ilimitada y el rechazo al Estado ilimitado<sup>2</sup>.

Los modos en los que hacemos esta réplica no deben ser entendidos como otra suerte de sumisión acrítica al entorno regulatorio actual. Tan sólo que las formas en que los asiduos del foro liberal hacen sus críticas no nos parecen que sean las más adecuadas. Nuestra réplica tiene como fundamento nuestros más de diez años de estudio de la filosofía liberal y nuestros muchos años de experiencia asesorando a empresas.

## 2. ¿Qué es Compliance?

En un primer momento, el autor define *Compliance* del siguiente modo:

...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 comercial. Por ello, si el cumplimiento normativo supone control, en paralelo, también supone entendimiento del riesgo en su contexto<sup>3</sup>.

De la manera en la que hemos delimitado los objetivos de este trabajo previamente –es ante todo un ejercicio de réplica académica al trabajo de un colega, pero no un examen exhaustivo sobre la figura revisada– hablar sobre *Corporate Compliance*, o

---

<sup>2</sup> Martin Krause, Prólogo a *Política y filosofía política a La filosofía política de Jorge Luis Borges*, de Adramis Ruíz (Madrid: Unión Editorial, 2015), 18.

<sup>3</sup> Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 156-157.

simplemente *Compliance*, usando el término en idioma inglés con el que es más conocida la figura que hoy examinamos, puede parecer una tarea ambiciosa. Y más aun a la luz de la amplia definición precedente.

No obstante lo anterior, igual estimamos que resulta relevante entender y aportar alguna noción general sobre *Compliance*, para lo cual un punto de partida habitual<sup>4</sup> suele encontrarse en la definición de riesgo de *Compliance* propuesta por el *Basel Committee on Banking Supervision*, o sencillamente el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea<sup>5</sup>, que pese a su adscripción bancaria puede aportarnos esa noción general con la que iniciar el análisis, así:

El riesgo de sanciones legales o regulatorias, pérdida financiera importante o pérdida de reputación que un banco puede sufrir como resultado de su incumplimiento de leyes, reglamentos, normas, estándares de autorregulación y códigos de conducta aplicables a las actividades bancarias<sup>6</sup>.

Así pues, y pese al entorno exclusivamente financiero de la noción que aporta el Comité de Basilea, vista la relevancia que han cobrado los aportes de este órgano internacional (usualmente emitidos bajo la forma de *guidelines* o directrices), ellos nos pueden servir de ayuda para poner en contexto la noción que estamos trabajando y que apunta al riesgo que genera el incumplimiento de leyes, normas y códigos de variada fuente y aplicación.

Sobre la base de esos elementos muy generales aportados por el Comité de Basilea, encontramos que la definición elaborada por Villegas Ruiz, pese a su amplitud, no ofrece mayor problema y seguramente es compartida o cuando menos aceptable para la mayoría de los teóricos sobre el tema. Al respecto, por mencionar algunos ejemplos encontramos definiciones como las que ofrece el Informe Cadbury<sup>7</sup>, citado por Aldo Olcese Santonja,<sup>8</sup> todos mencionados por el profesor Julio Rodríguez Berrizbeitia.

---

<sup>4</sup> En este mismo sentido se pronuncia el profesor Diego Castagnino. Diego Tomás Castagnino, en «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 97-130.

<sup>5</sup> Órgano que fuera constituido en el año 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los países miembros del Grupo de los Diez (G-10).

<sup>6</sup> Definición publicada por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en el documento titulado: «Compliance and the compliance function in Banks» en el mes de abril de 2005, Bank for International Settlements, acceso el 26 de noviembre de 2023, <https://www.bis.org/publ/bcbs113.htm>.

<sup>7</sup> El **Informe Cadbury** de Gran Bretaña se ha considerado probablemente como el paradigma de los distintos informes que sobre este tópico fueron elaborados en el siglo XX especialmente durante los años noventa; también se cita como otro ejemplo modélico, el **Informe Olivencia**, emitido en 1998 y luego en 2002, como el primer intento de encauzar las prácticas de gobierno corporativo en España, que posteriormente se vio enriquecido por la experiencia derivada del **Informe Aldama** en el mismo país.

<sup>8</sup> El autor Olcese citado por Rodríguez Berrizbeitia define al gobierno corporativo como: “aquel sistema por el cual los negocios (de las empresas) son dirigidos y controlados y donde se establecen deberes y obligaciones entre las diferentes personas involucradas en la empresa: propietarios, consejeros, administradores, accionistas y simples empleados, así como también las reglas y procedimientos para la toma de decisiones sobre esos negocios”, en Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», en *Bicentenario del Código*

En el mismo trabajo mencionado, el profesor Rodríguez Berrizbeitia proponía adelantar una *idea global* acerca del gobierno corporativo con el fin de enlazar todos los elementos relacionados con la noción que estamos analizando<sup>9</sup>. Conviene revisar esa “*idea global*” que propone Rodríguez Berrizbeitia, a los efectos que nos proponemos y que el describe así:

Para nosotros el gobierno corporativo se refiere a las mejores prácticas que las empresas preferiblemente cotizadas han implementado con miras a: lograr una participación activa de los accionistas en el control y dirección de la empresa con el objeto de cumplir cabalmente con sus responsabilidades como propietarios (riesgo de la propiedad); formular mecanismos de control interno y externo de la sociedad con especial hincapié en prácticas contables de aceptación general: institucionalizar (especialmente hoy en día a través de los medios tecnológicos) la información transparente como el medio más eficiente para prevenir conductas sociales inconvenientes; lograr el correcto equilibrio de los órganos sociales y la implementación de **prácticas tendentes a evitar conflictos de intereses y recurrir a la utilización adecuada de regulaciones legales con el objeto de evitar aquellas situaciones de sobre regulación que puedan afectar la igualdad y eficiencia que requieren las empresas**<sup>10</sup>. (Destacado agregado).

Como podemos apreciar de la transcripción precedente, la *idea global* que propone Rodríguez Berrizbeitia es a su vez bastante amplia, salvo quizá, por su propuesta de que se aplique *preferiblemente* a las empresas cotizadas<sup>11</sup>. No obstante, no duda en incorporar en dicha noción una alerta respecto del riesgo de incurrir en lo que él denomina *situaciones de sobre regulación*, so pena de afectar el desempeño eficiente de las empresas.

En cuanto a la definición ofrecida por Villegas Ruiz y transcrita al inicio de este punto, sólo quisiéramos destacar por el momento una palabra, que será muy importante a lo largo de nuestra réplica, «autorregulación», que podríamos decir que es la manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del Derecho Privado, pero el que, además, como sostenemos, se aplica incluso a las empresas altamente reguladas.

---

*de Comercio francés*, coordinadores Alfredo Morles Hernández-Irene de Valera (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008), 345.

<sup>9</sup> Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 347.

<sup>10</sup> Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 347-348.

<sup>11</sup> Consideremos, no obstante que las reglas de *Compliance*, en especial las relacionadas con la noción de buen gobierno corporativo, surgieron en el ámbito de las grandes corporaciones, pero sí creemos que hoy pueden extenderse más allá de las empresas cotizadas.

Consideramos importante enfatizar en que la idea de autorregulación –también incluida en la definición del Comité de Basilea antes transcrita– como una noción que aplicaría inclusive a las empresas altamente reguladas, no surge exclusivamente de nuestra afiliación a los principios de filosofía liberal que hemos establecido como postulados; por el contrario es la base de la que partieron muchas de las iniciativas de gobierno corporativo conforme a estándares internacionales, por cuanto enfatizaban ese punto como uno de sus *aspectos básicos*, como ha sostenido la profesora Lucía Savattiere, cuando afirma: «Se defiende la autorregulación con una marcada tendencia a regulaciones que impulsen a las empresas a **informar exhaustivamente al mercado** acerca de su estructura de gobierno, deberes y responsabilidades de los directivos»<sup>12</sup>. (Destacado agregado).

La autorregulación podemos describirla como la potestad de toda persona jurídica de Derecho Privado de proveerse de sus propias reglas que se crean tomando en cuenta la responsabilidad social, *Compliance* y ética empresarial. Todo ello con énfasis en la transparencia y con base en los principios de buen gobierno que deben desarrollar las empresas en general<sup>13</sup>.

Pero la autorregulación no sólo es importante porque es una potestad propia de la empresa de hacer sus reglas sino que ello es vital en toda sociedad civilizada, con base en ciertos estándares éticos. Las sociedades no se construyen con imposiciones sino a partir de acuerdos de sus diferentes integrantes, por esto es importante que los principios éticos de cualquier organización no surjan de un decreto de la autoridad, sino que provengan desde el seno mismo de dicha organización.

El Código de Comercio y el Código Civil reflejan este principio a lo largo de sus artículos. Por ejemplo:

Artículo 200 del Código de Comercio:

Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio. Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dediquen exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria. Las sociedades mercantiles se rigen por los convenios de las partes, por disposiciones de este Código y por las del Código Civil.

<sup>12</sup> Comentando los citados Informes Olivencia y Aldama de España, Savattiere es de la opinión que las indicaciones contenidas en ambos se hayan alineadas con los estándares internacionales, enfatizando en diversos aspectos básicos, entre ellos la autorregulación. Cfr. Lucía Savattiere Fiandaca, «Gobierno Corporativo», en *Ensayos de Derecho Mercantil, Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez*, ed. Por Fernando Parra Aranguren (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004), 945.

<sup>13</sup> Se alude a la **conveniencia** de que los principios relacionados con el gobierno corporativo «se desarrollen con base en la facultad de autorregulación materializada en la expedición de códigos de buen gobierno». Lucía Savattiere Fiandaca, «Gobierno Corporativo», 940.

En el último apartado de este artículo 200, parece claro que el legislador ha optado por establecer la legislación con carácter subsidiario al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Lamentablemente las regulaciones de los órganos de intervención estatal han venido a socavar este principio y a desnaturalizar la dinámica de las empresas de Derecho Privado. En este punto queremos insistir en el hecho de que el que las compañías formen parte de un sector altamente regulado no significa que deban renunciar a su potestad de autorregularse. Al contrario, debería propenderse cada vez más a que la regulación sea menos invasiva en la esfera privada de las compañías. Consideremos también que la tendencia en el ámbito internacional ha sido la de reforzar la autorregulación, así como propender a la adopción de reglas de buen gobierno en las empresas en general<sup>14</sup>, a través de recomendaciones de distintos entes.

La autorregulación no significa ausencia de regulación, sólo cambia el sujeto del que emana la regulación. Ciertamente, se trata de la adopción de medidas a lo interno de las empresas que propendan a minimizar o mitigar los riesgos propios de la iniciativa privada, entre ellos y de manera primordial, los de conflictos de interés presentes en dicha gestión.

Dichas medidas –que muchos identifican con ciertas expresiones de *soft law*<sup>15</sup>– no son y no pueden ser arbitrarias, pues en buena medida surgen de informes –como los ya mencionados Cadbury, Olivencia o Aldama– y de la formulación de regulaciones de carácter técnico en forma de recomendaciones y de principios emitidos por organismos internacionales de reconocido prestigio como el ya mencionado Comité de Basilea, pero también la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros o la Organización Internacional de Comisiones de Valores, para abarcar así los tres subsectores de banca, seguros y mercado de valores que conforman el sector financiero en su conjunto<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Como ha sostenido la doctrina (Rodríguez Berrizbeitia, por ejemplo), eso que llamamos gobierno corporativo o buen gobierno se soporta o fundamenta en un aspecto clave que consiste en un sistema legal, regulatorio e institucional, según lo reconocen las recomendaciones de Basilea, que entendemos ha de ser suficientemente robusto. Cfr. Basel Committee on Banking Supervision, Guidelines. Corporate Governance Principles for Banks, julio 2015, Bank for International Settlements, <http://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>.

<sup>15</sup> El profesor Morles las describe como estándares y normas de conducta profesionales en forma de recomendaciones que forman parte de la nueva *lex mercatoria* de las finanzas internacionales. Alfredo Morles Hernández, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela* (Caracas: UCAB- UMA, 2016), 61.

<sup>16</sup> Morles Hernández refiere que en el concierto internacional existen estos organismos internacionales de amplio reconocimiento e integrados por representantes de las instituciones nacionales de supervisión en sus respectivas áreas, que trabajan coordinadamente con las asociaciones nacionales de la industria financiera y vigilan el comportamiento de las entidades financieras de los tres subsectores mencionados. Actúan, a su vez, al amparo de otros organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la UNCITRAL la OCDE, o la Cámara de Comercio Internacional, entre otros. Alfredo Morles Hernández, *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, 55-56.

La autorregulación tampoco significa libertinaje, porque la libertad conlleva responsabilidad. La autorregulación supone mayor responsabilidad por parte del sujeto en el momento de tomar decisiones. Así que de lo que se trata es de un cambio en el punto de atención. Ya no sería sólo la regulación y el regulador para garantizar el respeto de los derechos y libertades sino el propio sujeto que se limitaría para no accionar en contra de los derechos y libertades de los demás.

Por supuesto que esto generaría en más de uno altas dosis de suspicacia e incredulidad, por cuanto la idea de establecer los equilibrios necesarios entre los distintos órganos sociales pudiera parecer de complicada realización, como ha afirmado el profesor Rodríguez Berrizbeitia<sup>17</sup>. ¿Cómo garantizas que la empresa se limitará en un determinado escenario que le supondría mayor lucro? ¿no es la autorregulación una idea utópica por partir de la perfecta racionalidad de la empresa?

Una primera respuesta pudiera ser afirmativa. Y es que no podemos desconocer los desafíos y dificultades de la noción de autorregulación, que han sido expuestos por la doctrina, aludiendo para ello, entre otros argumentos, a la proclamada disfuncionalidad del modelo de la sociedad anónima (especialmente la cotizada). Exponemos brevemente estas dificultades, continuando con el apoyo del profesor Rodríguez Berrizbeitia, así:

[A]l principio de la autorregulación existen, al menos, dos objeciones graves: por un lado la dudosa efectividad de sus normas, desprovistas por definición de todo aparato jurídico sancionador; por otro, el procedimiento adoptado para su elaboración. En cuanto al segundo de los elementos señalados se le critica la intervención negociada de los propios actores empresariales que van a ser regulados<sup>18</sup>.

Para responder a esas dos dificultades justamente proponemos acudir a los fundamentos del liberalismo. Y es que cuando hablamos de que la filosofía liberal tiene por norte la reafirmación del individuo, entendemos también que ese individuo vive en sociedad y necesita de los demás (principio de división del trabajo propio de las sociedades complejas como las nuestras). El ser humano es gregario y para interactuar con los demás, debe hacerlo de forma cooperativa (sin coacción) porque entiende que al actuar así, también está obrando en su propio interés.

---

<sup>17</sup> Al hablar del tema de autorregulación Rodríguez Berrizbeitia ha sostenido que esa idea de lograr los equilibrios indispensables entre órganos sociales «pareciera cimentarse sobre dos ideas de complicada realización: por una parte la revitalización del rol que los accionistas juegan en la sociedad, y por la otra los controles adecuados para lograr que las juntas directivas o sus equivalentes respondan a los legítimos intereses sociales». Julio Rodríguez Berrizbeitia, «Las buenas prácticas corporativas en el ámbito bancario», en *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, 352.

<sup>18</sup> Julio Rodríguez Berrizbeitia, «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?», 353.

No pretendemos resolver este tema filosófico y hasta ético que llevó a enfrentar posturas de filósofos como Hobbes y su Leviatán, por un lado, y a Locke y su tesis sobre la libertad en estado de naturaleza, por el otro<sup>19</sup>; pero se trata de exponer una postura que permita un *Compliance* más cónsono con la naturaleza propia de la empresa.

### 3. ¿Qué está detrás de esta noción de Compliance?

El autor continúa señalando sobre *Compliance* lo siguiente:

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 a 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>20</sup>.

Entender el entorno regulatorio para asesorar del mejor modo a nuestros clientes es un objetivo que todos los abogados en esta área buscamos. Pero una cosa es esto y otra muy distinta es pensar en una «íntima relación entre la empresa privada con la Administración en todos sus roles», porque aquí parecería que estamos hablando prácticamente de cogestión y co-responsabilidad con la Administración Pública. Y lo cierto es que, aun cuando ello hace referencia a uno de los principios constitucionales (artículo 299) de la Constitución de 1999, también constituye uno de los elementos que ha contribuido a profundizar en la destrucción de nuestra economía.

---

<sup>19</sup> Ahondando un poco más en este tema de naturaleza más filosófica, el autor Gael Sánchez nos ofrece una interesante reflexión en esta materia acudiendo a la noción de *cooperador neutral*. Así parte de analizar la naturaleza humana describiendo la tesis de **David Hume**, para quien no somos ni completamente altruistas (**Rousseau**), ni completamente egoístas y antisociales (**Hobbes**), sino que nos guiamos por la reciprocidad. Estudios más recientes (2003) como los que emprendió el profesor de Yale, **Dan M. Kahan**, parecen avalar la tesis de Hume, en el sentido de que los seres humanos seríamos más propensos a la cooperación siempre que los demás muestren este mismo patrón, lo que se conoce bajo la denominación de “cooperador neutral”. Entonces, el factor crucial para crear un clima favorable a la cooperación sería, según Kahan, la confianza en que los demás contribuirán al bien común, y así responderíamos de la misma manera. Gael Sánchez Smith, *Bitcoin lo cambia todo* (Madrid: Ediciones Pirámide, 2021), 19-24.

<sup>20</sup> Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 159.

La dinámica del sector privado y del sector público son completamente distintas porque se mueven por incentivos también diferentes. Mises nos advierte que «La gestión burocrática se limita a cumplir unas reglas detalladas establecidas por la autoridad superior. La tarea del burócrata consiste en ejecutar lo que esas reglas le ordenan hacer (...) La gestión empresarial, por el contrario, se basa en la motivación del beneficio. Su objetivo consiste en obtener ganancias»<sup>21</sup>.

La forma de entender la relación entre la empresa y la Administración según el autor, inevitablemente lleva a pensar en su siguiente afirmación «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», lo cual también amerita reflexión por parte de quienes pensamos que otro escenario es posible e incluso deseable.

Definir así el derecho regulatorio (derecho público contemporáneo desde la perspectiva del interés privado) deja el protagonismo a la Administración y de forma secundaria a la empresa, cuando debería ser al revés, por cuanto lo que es innegable es que la empresa es el actor principal y el motor de desarrollo de iniciativas privadas.

Es decir, aun en las áreas más reguladas, dentro del sector privado, el protagonista es la empresa, y más que la misma empresa el consumidor, porque «El hombre de la calle, en régimen de mercado, es el soberano consumidor, quien comprando o absteniéndose de comprar, decide, en última instancia, lo que debe producirse, en qué cantidad y de qué calidad»<sup>22</sup>. La Administración está al servicio del ciudadano y para evitar abusos en el ejercicio de los derechos de unos en detrimento de los derechos de otros. No está para dirigir la actividad empresarial, consecuencia que pensamos inevitable si se mira la relación entre la empresa y la Administración Pública del modo en que se ha planteado en el trabajo que replicamos.

#### ***4. ¿Stakeholders es en el Derecho Privado sinónimo de interés general empleado en el Derecho Público?***

El autor define al *stakeholder* como el “actor relevante”, el tercero con el que se relaciona la empresa, «y muchas veces, su estrategia corporativa se diseña de acuerdo con la relevancia de los actores en el negocio»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ludwig von Mises. *Burocracia* [Dalmacio Negro Pavón] (69-70), Madrid, Unión Editorial, 2013.

<sup>22</sup> Ludwig von Mises, *La mentalidad anticapitalista* (Madrid: Unión Editorial, 2011), 15.

<sup>23</sup> Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

Posteriormente el autor nos habla sobre la Administración Económica en los siguientes términos: «En muchos sentidos, *compliance* es un sistema de contrapesos interno, simulando una suerte de contraloría legal empresarial pero cuya actuación, idealmente, siempre es preventiva frente a los *stakeholders* principales de la empresa, entre ellos: la “todopoderosa” Administración Económica»<sup>24</sup>.

Compartimos la idea de que el *compliance* es un sistema de contrapesos interno que efectivamente puede ser entendido como contraloría interna más allá de la que puedan ejercer órganos como el comisario o los auditores externos contratados por la empresa<sup>25</sup>; también la noción de que se trata de acciones preventivas<sup>26</sup>. Pero disentimos del rol tan protagónico que el autor parece otorgarle a la Administración.

Ciertamente es todopoderosa esa Administración Económica. Se trata de un signo de la destrucción de nuestro ordenamiento jurídico que debe ser señalado, criticado y denunciado.

Por esta razón, la actuación de la compañía no puede diseñarse pensando sólo en términos preventivos frente a esa «‘todopoderosa’ Administración Económica». Se trataría de una suerte de *autocensura*, noción que vemos en el ámbito de la libertad de expresión, pero que, en este caso, no cercenaría la libertad de expresión sino la libertad económica.

No olvidemos que uno de los mayores problemas actuales de nuestro entorno regulatorio es la fuerte e incluso asfixiante intervención estatal al punto, en el caso de las compañías anónimas, de sustituir la voluntad del accionista por la de la Administración. En otras oportunidades hemos señalado esta situación con relación al peso que tiene el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN) en la determinación del capital social para constituir una compañía<sup>27</sup>. También lo hemos hecho al aludir a las potestades que se arroga la Superintendencia de Bancos en materia de asambleas, juntas directivas de ese sector e incluso la inconstitucional exigencia de aprobación previa para cualquier reforma estatutaria, sin la cual no procede la inscripción de las actas respectivas en los registros mercantiles<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

<sup>25</sup> A estas categorías la Ley de Instituciones del Sector Bancario ha sumado para la banca la figura del **auditor interno**, a medio camino entre las dos mencionadas. Ver artículo 80 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario.

<sup>26</sup> Así lo entiende la doctrina, por ejemplo, para el profesor Castagnino *Compliance* comprende un conjunto de **acciones preventivas** que se anticipan a la causa de un problema y pretenden eliminarla antes de su ocurrencia. Diego Tomás Castagnino, en «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance», 97-130.

<sup>27</sup> Andrea Rondón García, «La expropiación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 5 (2020): 215-227.

<sup>28</sup> Nasly Ustáriz Forero, «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental», *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker Mc Kenzie, 2019): 2453-2500.

## 5. *¿Qué define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado?*

Si lo anterior es sostenido por el autor, es inevitable que su siguiente afirmación sea: «...en la actualidad, la regulación define los modelos de negocios y las actividades comerciales de cualquier privado»<sup>29</sup>.

Si Mises con su famoso tratado *Socialismo, Análisis Económico y Sociológico*, de 1922, acuñó la frase de que en socialismo es imposible el cálculo económico, las afirmaciones de Villegas Ruíz parecen llevarnos a una actualización de la tesis de Mises y podríamos señalar que el cálculo económico estaría en manos del regulador.

En este sentido, recordemos que la imposibilidad del cálculo económico es la inviabilidad de tomar decisiones racionales para alcanzar fines y propósitos porque se eliminan las herramientas para hacerlo, por ejemplo, el precio, que debe ser visto como un mecanismo de transmisión de la información de forma sucinta.

Si consideramos que la actuación de la empresa «es preventiva frente a los *stakeholders* principales de la empresa, entre ellos: la «todopoderosa» Administración Económica» y que «la regulación define los modelos de negocios», pues la toma de decisiones racionales no estará a cargo de la compañía sino del regulador.

Nos parece que esta concepción de *Compliance* le resta mucho poder a la empresa para tomar sus propias decisiones.

## 6. *¿La regulación como barrera de mercado?*

Tal vez las afirmaciones anteriores podían estar sujetas a debate e interpretaciones y sería factible que tanto Villegas Ruíz como las autoras de este artículo encuentren más espacios de encuentro que de desencuentro. Sin embargo, llegamos a un punto de completo desacuerdo con lo siguiente:

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. Por ello, sostiene Stigler, ocurre una situación curiosa: las empresas prefieren la promulgación de regulaciones porque operan como barreras a la entrada de competidores potenciales o que de otra manera ponen en desventaja a los productos sustitutos o favorecen los productos complementarios a los suyos. Así, el análisis regulatorio no implica,

<sup>29</sup> Villegas Ruiz, «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 160.

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<sup>30</sup>.

Esta idea de la Teoría Económica de la Regulación de Stigler, uno de los máximos exponentes de la llamada Escuela de Chicago junto con Milton Friedman, es contraria a los criterios de eficiencia que se manejan desde el Análisis Económico del Derecho, en los que se defiende que las mejores condiciones para lograr eficiencia económica se consiguen en un mercado competitivo que se caracteriza por una pluralidad de oferentes y demandantes sin barreras de entrada y salida del mercado<sup>31</sup>.

La Teoría Económica de la Regulación de Stigler de enfocarse en los incentivos para que la industria regulada busque influenciar en el regulador, sería la tesis que habría favorecido el surgimiento del llamado «mercado de la regulación».

Pero, dicha tesis no sólo no toma en cuenta posteriores contribuciones como la que debemos a Sam Peltzman en *Toward a more General Theory of Regulation* (1976) quien precisó que la regulación no sólo podría beneficiar a la industria, sino también puede favorecer a grupos de consumidores que se encuentren bien organizados. Tampoco acoge varias de las importantes opiniones adversas que en la ciencia económica se han formulado al respecto, como por ejemplo la relevante crítica de Wilson cuando señala que no es razonable afirmar que toda la legislación sea emitida a favor de la industria y por su propio interés, puesto que de ser así no existirían normativas como todas las regulaciones antimonopolio y sobre competencia. Para Wilson lo que realmente importa es analizar las motivaciones de las personas que laboran en la agencia reguladora.

Tampoco se alude a consideraciones posteriores a esa teoría expuesta por la Escuela de Chicago a la que pertenece Stigler, como las de Johan den Hertog para quien la tesis presentaría deficiencias puesto que asume, pero en ningún caso demuestra que los legisladores pueden controlar a los reguladores y que éstos responden también a incentivos y motivaciones no sólo económicos sino políticos (noción que en economía se conoce como "captura del regulador"). También nos recuerda la existencia de grupos de interés que podrían distorsionar los resultados de las elecciones.

---

<sup>30</sup> Villegas Ruiz, « Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 168-169.

<sup>31</sup> Ricardo Manuel Rojas, *Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado* (Madrid: Unión Editorial, 2011), 14-15.

Por su parte, Shleifer también suma su voz crítica a la postura de Stigler, recordándonos que tanto los encargados de las cortes judiciales (a quien Stigler concede un rol fundamental en su trabajo) como los reguladores son funcionarios públicos, por lo que ambos estarían permanentemente sujetos a presiones políticas, incentivos y restricciones de índole diversa<sup>32</sup>.

## CONSIDERACIONES FINALES

A manera de conclusión queremos referir algunas reflexiones del autor en torno a si el *Compliance* termina siendo imposición de la ley o de la jurisprudencia.

Así, el autor, con relación a esta parte del artículo revisado, finalmente señala lo siguiente:

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 la junta directiva de las empresas tienen la obligación de asegurarse que la organización tenga sistemas establecidos para monitorear el cumplimiento de la ley. Inclusive, la junta directiva empresarial tendría el “deber afirmativo en crear algún tipo de mecanismo de cumplimiento.” 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>33</sup>. (SIC)

Ciertamente, como indica el autor, la conversación está cambiando de modo significativo. Pero las autoras de estas notas nos preguntamos, ¿hacia dónde está cambiando la conversación?

<sup>32</sup> Eugenio Rivera Urrutia, «Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas» *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, núm. 2, II semestre, (2004): 309-372.

<sup>33</sup> Villegas Ruiz, « Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa», 173-174.

Esos estados azules o liberales que señala el autor no se adhieren precisamente al liberalismo continental que hemos expuesto en esta réplica. El liberalismo de los estados azules es uno que tiene por objetivo la preservación de los derechos civiles y sociales y representa una combinación de progresismo social que lo acerca al llamado ordoliberalismo. Si esto es así, la conversación a la que él alude estaría girando más hacia un *Compliance* impuesto, ya sea por leyes o decisiones judiciales, que a uno emanado del propio seno de la empresa, como hemos señalado, y que tiene su centro en la autorregulación.

El autor del artículo revisado y las autoras de estas notas parten de puntos de vista filosóficos distintos y consideramos que contribuye al debate exponerlos todos.

En este sentido, el tema del *Compliance* ha sido ampliamente tratado en nuestro país por autores como Alejandro Rodríguez Morales, Liliana Vaudo Godina y Diego Castanigno, ya sea desde el Derecho Penal o el Derecho Corporativo. Nosotras quisimos hacerlo desde la filosofía liberal y desde este punto de vista, el *Compliance* tiene como centro de atención la potestad de autorregulación de las empresas.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- Castagnino, Diego Tomás. «Una aproximación al concepto de Corporate Compliance». Revista *Venezolana de Derecho Mercantil*, n.º 3 (2019): 97-130.
- Krause, Martin. Prólogo a *Política y filosofía política a La filosofía política de Jorge Luis Borges*, de Adramis Ruíz, 17-20. Madrid: Unión Editorial, 2015.
- Ludwig von Mises. *Burocracia* [Dalmacio Negro Pavón], Madrid, Unión Editorial, 2013.
- Morles Hernández, Alfredo. *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*. Caracas: UCAB- UMA, 2016.
- Rivera Urrutia, Eugenio. «Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas», *Gestión y Política Pública*, vol. XIII, núm. 2, II semestre (2004), 309-372.
- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. «Las buenas prácticas corporativas en el ámbito bancario». En *La Banca en el marco de la transición de sistemas económicos en Venezuela*, Caracas: UCAB-UMA, 2016, 351-384.
- Rodríguez Berrizbeitia, Julio. «¿Son posibles las regulaciones legales eficientes en materia de gobierno corporativo?». En *Bicentenario del Código de Comercio francés*, coordinadores Alfredo Morles Hernández- Irene de Valera, 339-389. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.
- Rondón García, Andrea. «La expoliación legal a los accionistas de las sociedades mercantiles». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2020): 215-227.
- Sánchez Smith, Gael. *Bitcoin lo cambia todo*. Madrid, Ediciones Pirámide, 2021.

Savattiere Fiandaca, Lucía. «Gobierno Corporativo». En *Ensayos de Derecho Mercantil, Libro Homenaje a Jorge Enrique Nuñez*, ed. por Fernando Parra Aranguren, 939-980. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.

Ustáriz Forero, Nasly. «Reflexiones sobre la regulación bancaria bajo el prisma de una visión instrumental». En *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, coordinadora Claudia Madrid, 2453-2500. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Baker Mc Kenzie, Caracas, 2019.

Villegas Ruiz, Jesús A. «Introducción al estudio del Derecho del Cumplimiento Normativo y Análisis Regulatorio de la empresa». *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* (2021): 153-196.

### **Sitios web consultados**

Bank for International Settlements. «Compliance and the compliance function in Banks». Acceso el 26 de noviembre de 2023. <https://www.bis.org/publ/bcbs113.htm>.