

La corrupción y su impacto empresarial

Jesús A. VILLEGAS RUIZ*

REDAV, N° 20, 2020, pp. 119-164

Resumen: La corrupción es un fenómeno cuyo impacto empresarial es altísimo y con múltiples consecuencias en materia regulatoria y penal. No sólo afecta las instituciones públicas, sino que también afecta a las empresa de forma doméstica e internacionalmente. Tradicionalmente, en Venezuela se ha estudiado el fenómeno de la corrupción como un problema público, pero poca veces desde su perspectiva privada. El autor analiza el fenómeno de la corrupción y su impacto empresarial desde una perspectiva práctica y de compliance empresarial. De esta manera, se analiza sistemáticamente la regulación anticorrupción comparada y nacional, así como los elementos de todo programa de cumplimiento en materia anticorrupción empresarial.

Palabras clave: Compliance – Corrupción trasnacional – Programas de cumplimiento – Regulación anticorrupción.

Abstract: *Corruption is a phenomenon that impacts business highly and with multiple consequences in regulatory and criminal matters. It not only affects public institutions, but also companies both domestically and internationally. Traditionally, in Venezuela the phenomenon has been studied as a public problem, but rarely from a private perspective. The author analyzes the phenomenon of corruption and its consequences from a practical and business compliance perspective. In this way, he systematically analyzes the comparative and national anti-corruption regulations, as well as the elements of any compliance program in corporate-business anti-corruption matters.*

Keywords: *Compliance – Transnational corruption – Compliance programs – Anti-Corruption regulation.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

03-06-2021

Introducción

La corrupción es un problema que afecta a las naciones de distintas formas; frena el desarrollo de las sociedades, debilita las instituciones y los sistemas, puede generar pobreza y también, causar graves problemas de gobernabilidad entre muchas otras cosas. De esta manera, es posible afirmar que este es indudablemente uno de los principales y

* Abogado, *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Maestría en Derecho, Universidad de Boston. Maestría en Derecho Comparado, Universidad de Pensilvania. Candidato a Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela. Candidato a Magíster en Administración en el IESA. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela.

más graves problemas a los que se enfrentan muchos países en el mundo. Las ideas de transparencia, ética, y gobernanza corporativa justa son prioridades en los negocios transnacionales contemporáneos. A primera vista, pudiera pensarse que el fenómeno de la corrupción, indudablemente, implica un conflicto entre la cultura corporativa y las prácticas de negocio. Podríamos preguntarnos, ¿cuáles son las mejores prácticas comerciales? ¿quién las define o impone? La verdad, es que la corrupción y su combate, más que una imposición de los valores de la cultura occidental es una *necesidad* de negocio y que el mundo de *compliance* arroja por los riesgos derivados de su ocurrencia. Las tendencias actuales parecen demostrar que hay dos perspectivas al momento de responder esta pregunta, y su respuesta está íntimamente ligada con la globalización y la relación de las empresas con la Administración Pública en ambientes altamente regulados en múltiples jurisdicciones en simultáneo.

Por una parte, objetivamente hay una influencia considerable en la forma de hacer negocios en el mundo occidental, y principalmente, por Estados Unidos como regulador con impacto mundial y cuya legislación trasciende sus fronteras extraterritorialmente. Creemos que es innegable la existencia de un *american way to doing business* al ser Estados Unidos uno de los actores más poderosos en la economía global, así como sus valores y leyes han sido impuestos para el mundo cercano a ellos. En paralelo a esta circunstancia, las organizaciones y el derecho internacional propulsan el combate a la corrupción como una forma de implementación de mejores políticas públicas, transparencia en los asuntos de los Estados, y un golpe a la burocracia que en final término afecta a los ciudadanos de las naciones del mundo.

Por otra parte, la forma de hacer negocios en países no pertenecientes a la cultura occidental o en países en desarrollo, poseen culturalmente diferentes valores y prácticas comerciales que se diferencia de la ética empresarial que impulsan los estándares internacionales en la materia. ¿Las diferencias culturales hacen que sea éticamente correcto hacer un soborno? Sin un estudio sociológico de estas perspectivas, no es nueva la preocupación sobre prácticas corruptas como forma de hacer negocios o influenciar la toma de decisiones públicas y privadas para la obtención de resultados particulares. No obstante esa aseveración, casi toda la legislación del mundo sanciona la corrupción y conductas asociadas a ésta por entenderlas como dañinas para la sociedad, poco éticas y mal vistas, sin importar la industria o negocio que se trate. La

corrupción, más que una conducta moralmente reprochable, afecta la economía en muchos niveles y ángulos¹.

La anticorrupción es solo uno de los muchos temas inmersos en el mundo de *compliance* y la gestión de riesgos por tener un impacto directo en las operaciones comerciales al levantar múltiples *red flags*. ¿Es conveniente para la empresa ser considerada como una empresa involucrada en escándalos de corrupción? ¿vale la pena lograr *profit* a costas de proveedores, contratistas o distribuidores corruptos y de dudosas prácticas comerciales? No pretendemos un análisis macroeconómico de la corrupción, más sí queremos exponer sus consecuencias dañinas para la empresa responsable que hace negocios éticamente. No cabe duda de que existen altos riesgos legales al existir un problema de corrupción empresarial. Pero ¿qué es realmente la corrupción? ¿por qué es un problema tan complejo que trasciende el riesgo legal?

I. ¿Qué es la corrupción?

No existe una definición inequívoca de corrupción, porque en efecto, el fenómeno de la corrupción tiene muchas caras, perspectivas y matices. En forma muy amplia y útil a los efectos de un análisis corporativo y ético, la corrupción es el *abuso del poder confiado para beneficio propio*². Aunque podemos englobar la corrupción genéricamente en la figura del soborno, en realidad, la corrupción puede materializarse en múltiples actos que buscan una ventaja indebida por medio de la influencia sobre otra persona (que bien puede ser un funcionario público o un privado de acuerdo con las circunstancias). El Consejo de Europa y las Convenciones de las Naciones Unidas exigen a sus signatarios que tipifiquen como delito el “ofrecer,” “prometer” y “dar” un soborno³. Esto refleja la actitud de la comunidad internacional de que los tres tipos de conducta representan un comportamiento corrosivo que debe prohibirse y castigarse en cualquiera de sus modalidades⁴.

¹ Véase, *How does corruption affect economic growth?* <https://bit.ly/3klbv1F> En este informe, se afirma que “el análisis empírico demuestra un efecto en doble sentido de la corrupción burocrática en el desempeño de la empresa. La existencia de un cierto número de empresas que sobornan aumenta el rendimiento agregado de la empresa [...] pero la posibilidad de recibir beneficios del soborno puede ser una de las razones por las cuales la corrupción no desaparece a pesar de su efecto global de limitar de crecimiento”.

² Transparency International, *What is corruption?* En <https://bit.ly/3obqy2o>

³ OECD, *Corruption a glossary of International Standards in Criminal Law*, Paris, OECD Publishing, 2008, p. 26.

⁴ *Id.*

Las Convenciones Internacionales utilizan el soborno como el acto principal de corrupción⁵, pero hay muchas formas para su realización. Cada uno requiere prueba de una relación entre el pago o transferencia del beneficio al funcionario público y la acción gubernamental, expresando el elemento como un “*intercambio*” o, “*para obtener o retener negocios*”, y para que el funcionario “*actúe o se abstenga de actuar*” en su trámite habitual⁶. Dado su gravedad, se ha señalado que la corrupción erosiona la confianza en las instituciones del Estado, debilita la democracia, obstaculiza el desarrollo económico y exacerba aún más la desigualdad, la pobreza, la división social y la crisis ambiental⁷.

Como un juego deportivo, hay reglas que todos debemos seguir para lograr ganar una partida. En cierto sentido, las leyes son como un gran ring de boxeo, en el cual los boxeadores (las empresas en sus mercados) están peleando en cada *round* con el fin de lograr sus objetivos. Si nos fijamos en este ejemplo, el boxeo es una lucha ordenada y preestablecida. Es *ordenada* porque cada boxeador debe conocer las reglas, y en caso contrario, el réferi penalizará la contraparte (el Poder Judicial o la Administración Pública). Es *preestablecida* por las reglas del juego que son interpretadas por el réferi cuya decisión es final (en otras palabras, el Poder Judicial interpreta las leyes, la Administración sus regulaciones). Es decir, sin reglas, no habría boxeo, habría una simple pelea desordenada donde todo golpe vale, sin implicaciones ni consecuencias.

Con las reglas del juego se garantiza un final previsible a la contraparte de acuerdo con sus acciones sean acordes a las reglas impuestas por la ley o contrarias a esta. Finalmente, los espectadores de esta pelea infinita somos los ciudadanos, que, como público general, tenemos el derecho de quejarnos de una pelea aburrida o injusta. Lo mismo pasa con las instituciones del Estado y sus ciudadanos en sus relaciones. Existen reglas preestablecidas –que se basan en la ley– que nos indican que se puede y que no se puede hacer para convivir en sociedad. La corrupción no es ética pues no respeta las reglas del juego en nuestro sistema de instituciones públicas, y se encuentra penalizada por sus consecuencias en nuestro gobierno y su administración. Así, no puede ser tolerado en ninguna circunstancia el uso abusivo del poder para beneficio propio, o beneficios ajenos al interés público por ser ilegal y antiético.

La distinción comúnmente utilizada entre *corrupción política* y *corrupción burocrática* también es útil en este sentido⁸. La corrupción

⁵ Henning, Peter, “Public corruption: comparative analysis of International Corruption Conventions and United States law”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2001, p. 825.

⁶ *Id.*

⁷ Transparency International, *What is corruption?...*, *ob. cit.*

⁸ *Id.*

política puede incluir adaptar las leyes y reglamentos a ventaja de los agentes del sector privado a cambio de sobornos, otorgando grandes contratos públicos a empresas específicas o malversando fondos del tesoro⁹. La corrupción burocrática ocurre durante la implementación de las políticas públicas. Involucra a burócratas designados y personal de administración pública a nivel central o local¹⁰. Implica actos corruptos entre quienes implementan las reglas diseñadas o introducidas por altos funcionarios¹¹. Se ha empezado a abordar la corrupción desde un nuevo punto de vista, buscando inspiración en el razonamiento económico¹².

Esta tendencia entiende la corrupción como resultado de la interacción constante entre intereses públicos y privados dentro de la estructura del Estado pues existen incentivos para las prácticas corruptas siempre que una autoridad pública ejerce su discreción sobre la distribución de un beneficio o un costo al sector privado¹³. El Estado tiene el poder de comprar y vender bienes y servicios, ofrecer concesiones y distribuir subsidios (beneficios), así como recaudar impuestos, hacer cumplir las regulaciones y requerir autorizaciones (costos)¹⁴. Por otro lado, existe un sector privado con poder económico y dispuesto a pagar por los beneficios o reducir los costos que se le impusieron. Como todas las actividades mencionadas son inherentes al funcionamiento de un gobierno en la actualidad, la creación de incentivos para la corrupción es inevitable¹⁵.

En este contexto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) no establece una sola definición del tema bajo estudio, ya que cada Estado tiene la potestad soberana de definirla legalmente como desee como sujeto de derecho internacional. No obstante, existen fuerte intentos en unificar los delitos de corrupción en instrumento internacionales unificados. Ciertamente, esto no ha ocurrido debido a las fuertes diferencias estatales en el foro internacional sobre la materia que nos ocupa, aun cuando existen iniciativas referenciales de mejores prácticas como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² Vaz Ferreira, Luciano & Costa Morosini, Fabio, "The Implementation of International Anti-Corruption Law in Business: Legal Control of Corruption Directed to Transnational Corporations", en: *Brazilian Journal of Strategy & International Relations*, 2013, p. 243.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

Económicos y demás lineamientos contra la corrupción emitidos por organismos internacionales. En todo caso, definiendo la corrupción en sentido *amplísimo*, como ese abuso de poder confiado para el beneficio propio, podemos afirmar que la corrupción puede tomar varias formas: el soborno, malversación, pagos de facilitación, fraude, concusión, extorsión, patronaje, nepotismo y clientelismo¹⁶, entre muchas otras figuras legales con variaciones de jurisdicción en jurisdicción.

1. La empresa y el panorama actual globalizado

No es novedoso las diversas preocupaciones sobre la corrupción en América Latina y Venezuela no se escapa de tales consideraciones. Se ha señalado que mientras que la corrupción y otros problemas de gobernanza resultan principalmente de procesos generados dentro de la economía interna de los países, también hay importantes factores internacionales impulsores de la corrupción¹⁷. Los ejemplos incluyen los efectos de las rentas de recursos naturales que surgen del comercio internacional de productos de alto valor, la capacidad de ocultar y mover activos financieros en el exterior y presiones creadas por la inversión extranjera¹⁸.

El tráfico ilegal de narcóticos y el contrabando en los mercados de los países ricos también generan grandes ganancias y rentas, con efectos particularmente corruptos para la policía y los políticos en las áreas de transbordo¹⁹. El incentivo para aprovechar todas estas oportunidades para el enriquecimiento personal se intensifica con la liberalización financiera, que facilita grandes movimientos de capital transnacionales y proporciona un margen para ocultar activos financieros en el extranjero²⁰. Por ello, el fenómeno de la corrupción es un fenómeno complejo de carencia de transparencia en los países que puede estar impulsado tanto doméstica como internacionalmente, y evidenciando problemas graves en las estructuras que definen la economía nacional, las instituciones públicas y los procesos políticos.

En la práctica corporativa, las empresas venezolanas deben cumplir con la legislación local venezolana y, adicionalmente, la legislación extranjera que resulte aplicable por nacionalidad o tipo de industria. Esto no es algo novedoso pues las empresas transnacionales deben velar por el cumplimiento legal en múltiples jurisdicciones en su *risk assessment* de mercado. Ahora bien, como costumbre comercial en Venezuela, se

¹⁶ United Kingdom, Department of International Development, *Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them*, 2015, p. 12. En <https://bit.ly/3C3ycRk>

¹⁷ OECD, *International Drivers of Corruption: A Tool for Analysis*, OECD Publishing, 2012, p. 9. En <http://dx.doi.org/10.1787/9789264167513-en>.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*, p. 15.

²⁰ *Id.*

ha hecho práctica común sobornar a los funcionarios públicos para facilitar el trámite de permisos administrativos en transacciones comunes, como certificaciones notariales, constituciones de empresas, registro de escrituras, solicitudes administrativas, licitaciones públicas, licencias, y demás trámites administrativos debido al largo proceso y la estructura burocrática existente que dificultan las operaciones habituales de los negocios legalmente establecidos.

Ciertamente, Venezuela posee un esquema regulatorio muy complejo para hacer negocios, lo que ha creado una burocracia extensa y sofisticada dependiendo de la industria que se trate, y generando un ambiente ideal para el crecimiento exponencial de riesgos de corrupción local y transnacional. Este esquema se intensifica en varios niveles hasta el punto de ofrecer sobornos para contratos públicos, decisiones judiciales favorables, entre otros hechos irregulares muy cuestionables e ilegales. En palabras del Departamento de Estado de los Estados Unidos:

...las condiciones en Venezuela brindan amplias oportunidades para los abusos financieros. La proximidad de Venezuela a los puntos de origen de drogas y su estado como país de tránsito de estupefacientes, combinado con la débil aplicación de las leyes contra legitimación de capitales y la falta de voluntad política, la cooperación bilateral limitada y la corrupción endémica, hacen que Venezuela sea vulnerable al lavado de dinero y los delitos financieros²¹.

Parece innecesario advertir al lector que todas estas actuaciones son ilegales en buena parte del mundo contemporáneo, y reafirmar lo inaceptable de sus prácticas. Sin embargo, a veces inadvertidas, estas prácticas son poco éticas e ilegales, y tienen un riesgo potencial en el negocio corporativo. Muchas empresas en países de América Latina toman la decisión de aceptar este tipo de comportamiento ilegal para facilitar la práctica comercial. Sin embargo, incluso la mínima falta puede tener un impacto terrible en el negocio en general, no sólo afectando al negocio local, sino al negocio internacionalmente considerado.

A título de ejemplo, imaginemos que, para cerrar una transacción, el equipo corporativo de la compañía extranjera X requiere que su abogado externo pague un soborno a un funcionario público para obtener resultados. En este ejemplo, la empresa está potencialmente sujeta al delito de corrupción de conformidad con el artículo 61 de la Ley contra la Corrupción venezolana ("LCC") y la FCPA de conformidad con lo estipulado en la sección §78dd-3 (a)²². En este ejemplo, tenemos dos

²¹ Véase, U.S. Department of State. En <https://bit.ly/3097BFn>

²² FCPA § 78dd-3 (a): "(a) Prohibition. It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director,

violaciones en dos jurisdicciones simultáneamente con una posible responsabilidad penal, civil y administrativa derivada del incumplimiento. Por supuesto, en este ejemplo, no estamos teniendo en cuenta la exigibilidad de dicha regulación, ni hemos adelantado la nacionalidad de la compañía infractora.

De hecho, el ámbito de aplicación de estos instrumentos normativos es clave para prever qué jurisdicción implica más daño potencial para la empresa. En la práctica, las autoridades administrativas de Venezuela han demostrado ser menos eficientes que las autoridades administrativas estadounidenses. Pero esta suposición no significa que los funcionarios venezolanos no hagan cumplir su propia legislación y que incumplir con la normativa venezolana sea algo positivo para la empresa. Como regla primordial, ningún incumplimiento corporativo puede ser aceptable, a menos que afecte la integridad física de sus empleados o sea producto de causas extrañas no imputables a su actuación corporativa. La legislación y la regulación existente, siempre será ejecutada y, de hecho, para ello existen las Administraciones Públicas, para ejecutar la ley en todo momento.

La suposición que, en general, los sistemas judiciales débiles son una excusa para sobornar, no es ni una buena estrategia de *compliance* –o carencia absoluta de ella– ni un buen asesoramiento legal básico. Aunque, *“el gobierno [venezolano] no implementa las leyes anticorrupción relevantes de manera efectiva, y los funcionarios del gobierno se involucran en la corrupción con impunidad”*, hay muchas otras regulaciones que prevén varias sanciones que solo esperan el momento para ser activadas por cualquier fiscal venezolano²³. Lamentablemente, la práctica del ejercicio profesional contrasta con la realidad que tienen escrita nuestras leyes. A veces desconocido por los prejuicios contra las naciones del tercer mundo, los países latinoamericanos tienen marcos normativos y regulatorios bien establecidos y más complejos de lo que cualquier abogado extranjero pueda imaginarse.

Utilizando el ejemplo de Venezuela, es justo decir que el marco regulatorio es complejo y con varias sanciones, que incluyen no solo multas administrativas sino también con penas privativas de libertad.

employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to // (1) any foreign official for purposes of // (A) (i) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, (ii) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or (iii) securing any improper advantage”.

²³ Véase, Risk & Compliance Portal (Mayo 2016), *Venezuela Corruption Report*, en <https://bit.ly/3C0SI5d>

Inclusive, participar en este tipo de actividades puede poner en peligro todo el negocio, ya que vemos que el impacto del soborno no es solo local sino internacional. La Ley Anticorrupción venezolana penaliza el soborno activo y pasivo, el abuso del cargo, la extorsión y la legitimación de capitales, y se castiga con penas de prisión de entre tres y diez años. Venezuela posee un amplio marco regulatorio que regula los sectores de banca y energía, con participación constante de autoridades administrativas. Como vemos, una simple violación puede tener un impacto colateral en múltiples jurisdicciones y estar sujeta a diferentes leyes y tribunales.

2. Corrupción como problema legal y de compliance empresarial

En este estudio, a los solos efectos de limitar su alcance, la corrupción es una situación compleja con consecuencias legales que genera riesgos para la empresa, su estabilidad y reputación comercial. Todo incumplimiento de la ley o regulación conlleva consecuencias legales o administrativas y la corrupción no escapa de esta precisión. Ahora bien, entendida la corrupción como fenómeno complejo: ¿es conveniente para la empresa obtener permisos con pagos dudosos? ¿es conveniente para la empresa ser indiciada por corrupción en su país y en el extranjero?

Ciertamente, no es conveniente para la empresa contemporánea involucrarse con proveedores, contratistas o distribuidores manifiestamente corruptos en sus operaciones comerciales. No sólo compromete el negocio propio, sino que pone en duda la debida transparencia comercial de la empresa, dando la posibilidad de que las autoridades competentes investiguen para constatar irregularidades. Una visión de *compliance* del fenómeno de la corrupción es identificar preventivamente aquellas situaciones de negocios que comprometen la operación comercial, ya sea por la ocurrencia de delitos, o por la posibilidad de ocurrir. La prevención no es exclusiva para evadir eventuales cargos penales, es para educar a la empresa que clase de negocios queremos y cómo se puede lograr siendo respetuosos de la ley.

Como vemos, la corrupción es un problema legal –pues la empresa puede ser o no acusada de la comisión o colaboración de un delito–, sancionada administrativamente por su ocurrencia –multas administrativas cuantiosas o suspensión de licencias de comercio o relación comercial con el Estado–, sino un verdadero problema reputacional ¿Quién quiere relacionarse comercialmente con una empresa que propicia actos contrarios a la ley y la ética empresarial? ¿Qué clase de trabajadores se prestan para tales fines? ¿Cómo es percibida la empresa luego de la ocurrencia de un hecho de corrupción por parte de los accionistas? La

volatilidad de las empresas puede verse a prueba en un escándalo de corrupción empresarial. Por ello, como regla general, la corrupción no puede ser tolerada por la empresa responsable, no solamente por sus efectos, sino porque no tiene sentido el ejercicio empresarial realizado con ventajas indebidas. Una empresa que apuesta a la corrupción como forma de impulsar sus actividades comerciales es simplemente un delincuente de cuello blanco con una gran chequera.

II. Derecho internacional contra la corrupción y el soborno

El marco del derecho internacional contra la corrupción es un complejo conjunto de legislación doméstica y tratados internacionales²⁴. Hasta 1990, la corrupción doméstica y la legislación contra la corrupción era en gran medida limitada a los delitos cometidos dentro de los límites reguladores de los Estados²⁵. En la actualidad existen múltiples tratados internacionales en la materia, entre los que destacan la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de 1997 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos²⁶, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003²⁷, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996²⁸, el *Criminal Law Convention on Corruption* de 1999 del Consejo de Europa²⁹, el Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los países miembros de 2005³⁰, entre otros.

El resultado de esta compleja regulación internacional es la coexistencia de varios instrumentos normativos internacionales con distintos grados de regulación de la corrupción doméstica y en el extranjero, con distintas definiciones sobre qué constituye delito y sus consecuencias, en múltiples regímenes normativos internacionales y domésticos³¹. En términos prácticos, la corrupción, si bien se encuentra regulada internacionalmente, tiende a ventilarse como un problema doméstico en los Estados donde se comete el hecho punible. En el marco del derecho

²⁴ Zerk, Jennifer, *Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas*, Harvard Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper N° 59, 2010, p. 30. En <https://bit.ly/3qmA6KS>

²⁵ *Id.*

²⁶ En <https://bit.ly/2Yu9R9A>

²⁷ En <https://bit.ly/3ouF1XB>

²⁸ En <https://bit.ly/3kiKSO4>

²⁹ En <https://rm.coe.int/168007f3f5>

³⁰ En <https://bit.ly/3wruOK4>

³¹ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 30.

venezolano, Venezuela es parte de la UNCAC³², la UNCDOT³³ y la CICC³⁴, más no es parte de la convención OEDC contra la corrupción ni de la Convención del Consejo de Europa.

Lo que afecta a las compañías en Venezuela, independientemente del derecho local, es la extraterritorialidad de disposiciones contra la corrupción del derecho extranjero aplicable a la casa matriz de la empresa en Venezuela y su relación con sus subsidiarias. La extraterritorialidad de las disposiciones contra la corrupción ha sido la verdadera fuerza que promueve la relevancia de la materia que nos ocupa. En la actualidad existe la marcada tendencia de aplicar la ley nacional y sus efectos a hechos cometidos fuera de sus límites territoriales. Una idea clave en materia de regulación aplicable a la corrupción, es que su afectación a la empresa es primordialmente doméstica al ser delitos establecidos en la legislación local.

Ciertamente, no queremos menospreciar la actual regulación internacional de la materia que nos ocupa, pero en efectos prácticos, la legislación local tiene verdaderos efectos ejecutorios frente a la empresa en sus operaciones diarias. El derecho internacional contra la corrupción provee lineamientos generales de punibilidad a los Estados. En cambio, el derecho penal doméstico es quién realmente define el alcance de los delitos de corrupción en todas sus variantes, y busca su *enforcement* de acuerdo con su sistema de administración de justicia. Ahora bien, grandes potencias mundiales buscan imponer sus legislaciones sobre sus pares. En este epígrafe nos enfocaremos en la regulación norteamericana de la legislación contra la corrupción en el extranjero. No cabe duda de que el *enforcement* realizado por los Estados Unidos de la FCPA ha generado un cambio radical en la forma en cómo las trasnacionales conducen sus negocios en el extranjero, cuando su casa matriz es de nacionalidad norteamericana. Este modelo, como tendremos la oportunidad de analizar superficialmente, es replicado por varios países, como Reino Unido, Canadá, entre otros, siguiendo precisamente las tendencias regulatorias y prácticas impuestas por los Estados Unidos.

III. Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

El combate contra la corrupción ha tenido su mayor impulso desde la década de los noventas con la red de tratados y convenciones internacionales anticorrupción. Sin embargo, una excepción notable fue la

³² Venezuela es parte del tratado desde el 10-12-2003 y ratificó completamente su contenido el 02-02-2009.

³³ Venezuela ratificó la convención el 13-05-2002, así como todos sus protocolos en 2005.

³⁴ Venezuela es parte del tratado desde el 29-03-1996 y ratificó el 22-05-1997.

promulgación de la FCPA en 1977³⁵, mucho antes de la discusión formal del fenómeno de la corrupción y sus consecuencias legales, éticas, y financieras que conocemos hoy en día. Como su nombre indica, esta legislación tenía como objetivo penalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros, incluido el soborno que se realizaba fuera de los Estados Unidos. Históricamente, la FCPA se describe comúnmente como una consecuencia del escándalo de Watergate y la investigación que el Senado estadounidense instruyera a tal efecto. Si bien tal referencia es relevante para los orígenes de la FCPA, describir la FCPA como una consecuencia singular de Watergate pasa por alto el hecho histórico de que el Congreso estaba investigando activamente las acusaciones de soborno y corrupción en el extranjero por separado y aparte del escándalo de Watergate³⁶.

Otra situación que contribuyó en el actual desarrollo de la práctica del FCPA es la globalización. Así como las economías planificadas alrededor del mundo pasaron a ser economías libres de mercado y se abrieron al comercio e inversión extranjera, existe un consenso global contra el uso ilegal de fondos privados para actividades de corrupción en economías emergentes³⁷. La FCPA fue modificada en 1998 precisamente para adecuarse a las múltiples obligaciones convencionales de los Estados Unidos de acuerdo con la Convención OECD³⁸. Esto ha generado el resurgimiento de la FCPA como práctica de *criminal compliance* empresarial y donde la regulación norteamericana ha llevado la batuta de la extraterritorialidad.

En el contexto de una aplicación agresiva, multas y sanciones multimillonarias resultantes, está el hecho innegable de que, en la mayoría de los casos, no existe un escrutinio judicial de las teorías de aplicación de la FCPA³⁹. El resultado final es que la FCPA a menudo significa lo que las agencias federales dicen que significa, sin previo control judicial de su accionar⁴⁰. La llamativa práctica en materia del FCPA ha sido bien documentada, al igual que las agresivas posiciones de aplicación del DOJ y SEC, las dos agencias federales responsables de hacer cumplir el estatuto federal norteamericano⁴¹. Como se describe habitualmente, la aplicación de la FCPA fue en gran parte (pero no del todo) inexistente desde

³⁵ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 30.

³⁶ Koehler, Mike, "The Facade of FCPA Enforcement", en: *Georgetown Journal of International Law*, 2010, p. 911.

³⁷ Boghraty, Babak, *Organizational Compliance and Ethics*, New York, Aspen Publishers, 2019, p. 136.

³⁸ *Id.*, p. 137.

³⁹ Koehler, *The Facade of FCP Enforcement...*, *ob. cit.*, p. 907.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

1977 hasta el año 2002⁴². Ciertamente, la FCPA fue enmendada en 1988 y 1998 y el resumen a continuación proporciona una descripción general del estatuto de la FCPA posterior a 1998 (es decir, el estatuto referido a los libros contables, y cuando la FCPA resucitó de una casi extinción legal, generando la versión del estatuto aplicado actualmente)⁴³.

1. Prohibiciones y aplicación

La FCPA es parte de la *Securities Exchange Act* de 1934 y tiene dos disposiciones principales: las disposiciones contra el soborno propiamente y las disposiciones referentes a la regulación de libros contables y registros y control interno corporativo⁴⁴. Dicho en otros términos, la FCPA prohíbe dar o prometer algo de valor a un funcionario de un gobierno extranjero, partidos políticos o funcionarios del partido a cambio de obtener o mantener negocios, o de obtener alguna ventaja comercial inadecuada (esto puede catalogarse como las “disposiciones contra el soborno” de la FCPA)⁴⁵. Igualmente, la FCPA prohíbe mantener libros y registros inexactos y mantener controles internos inadecuados (que son catalogadas como las “disposiciones contables” de la FCPA)⁴⁶. Aun cuando nos encontramos analizando un instrumento legal de derecho norteamericano, tiene especial relevancia en el comercio internacional por su *amplísimo* alcance.

En general, la FCPA prohíbe ofrecer a pagar, pagar, prometer pagar o autorizar el pago de dinero o cualquier cosa de valor a un oficial extranjero con el fin de influir en cualquier acto o decisión del funcionario extranjero en su capacidad oficial o para asegurar cualquier otra ventaja indebida con el fin de obtener o retener negocios⁴⁷. La disposición anti-soborno de la FCPA se aplica ampliamente a emisores de valores registrados ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC), cualquier ciudadano americano, nacional, residente u organización empresarial cuyo lugar principal de negocios se encuentre en los Estados Unidos o que se haya constituido en los Estados Unidos, funcionarios, directores, empleados y agentes que actúen en nombre del emisor o empresa norteamericana, donde sea que se encuentren.

⁴² Véase *generalmente*, Searcey, Dionne, *US. Cracks Down on Corporate Bribes*, Wall Street Journal., 26-05-2009, en <https://on.wsj.com/3bXvVMS>; Shearman & Sterling LLP, *FCPA Digest: Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977*, 2014, en <https://bit.ly/31EzZvJ>

⁴³ Koehler, *The Facade of FCPA Enforcement...*, *ob. cit.*, p. 907.

⁴⁴ *Id.*, p. 913.

⁴⁵ 15 U.S.C. § 78dd-1(a).

⁴⁶ 15 U.S.C. § 78m (b)(2)(A).

⁴⁷ U.S Department of Justice, *FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2da. Ed., 2020, p. 9, en <https://bit.ly/30e8a0L>

El delito se consuma con la oferta corrupta: no es necesario realizar ningún pago, y de hecho, la ausencia de pago puede mantener abierto la posibilidad de prescripción. Por ello, no es requisito para el delito de soborno la obtención u otorgamiento de ningún beneficio propiamente dicho. Las acciones de aplicación de la FCPA se han centrado en pequeños pagos y obsequios solo cuando forman parte de un curso de conducta sistémico o de larga data que evidencia un plan para pagar corruptamente a funcionarios extranjeros para obtener o retener negocios⁴⁸.

En lugar de dedicar recursos de cumplimiento para evitar sobornos a funcionarios del gobierno para obtener o retener negocios, el propósito principal de la FCPA, las empresas se ven obligadas a gastar grandes cantidades de tiempo y dinero vigilando casi todas las interacciones, sin importar cuán insignificante sea: con funcionarios extranjeros, empleados de empresas estatales y prácticamente cualquier persona que de alguna manera pueda tener influencia con un gobierno extranjero. Las empresas estadounidenses también se ven obstaculizadas significativamente en su capacidad de confiar en agentes locales, como los agentes de aduanas, cuyos servicios pueden ser esenciales (o incluso exigidos por la ley local) para navegar en entornos regulatorios desconocidos, pero cuyo comportamiento no puede ser completamente controlado. Estos representantes de terceros son una gran fuente de responsabilidad potencial porque la FCPA hace explícitamente que las empresas sean responsables tanto por la conducta que autorizan como por la conducta que son deliberadamente ciegas o deliberadamente ignorantes⁴⁹.

Adicionalmente, las provisiones de la FCPA se aplican a la subsidiaria extranjera cuando la subsidiaria actúa como agente, a los socios de empresa en conjunto; y las personas que no sean emisores o inquietudes domésticas cuando la conducta que promueve la actividad ocurre en los Estados Unidos. Un riesgo para las compañías americanas es que pueden ser declaradas responsables por sobornos pagados por subsidiarias extranjeras o relaciones comerciales en las cuales se encuentre participando⁵⁰. Desde la perspectiva norteamericana, muchos proyectos en el extranjero son licitados por grupos transnacionales donde los participantes de otros países pueden no ser sujetos a la misma prohibición de realizar pagos a funcionarios públicos extranjeros, debido,

⁴⁸ *Id.*, p. 14.

⁴⁹ Ballenger, J. Scott / Greenburg, Douglas N. & Seltzer, Nathan H., "Reining in the Foreign Corrupt Practices Act: The Supreme Court Ignores a Perfect Opportunity", en *Criminal Law Bulletin*, 2010, Vol. 46, N° 4, 2010, pp. 625-637, especialmente p. 633, en <https://bit.ly/31z6pLZ>

⁵⁰ Keith Martin, *Foreign Corruption Practices Act en Corporate Legal Departments: Practicing Law in a Corporation*, apéndice A6, p. A6-8.

precisamente, a que la FCPA no es aplicable directamente a la compañía extranjera⁵¹.

Ahora bien, es importante advertir que la FCPA no prohíbe todos los pagos a funcionarios extranjeros, pues, en efecto, la compañía puede verse involucrada en pago legítimos con funcionarios públicos y que no persiguen los fines castigados por la ley. Esto se ha denominado *routine governmental action*, y es aplicable en aquellos casos donde la empresa busca rutinariamente, como obtener permisos o licencias para calificar a una persona para hacer negocios en el extranjero, trámite de documentos, servicios gubernamentales básicos, como protección policial, servicio de correo, telefónico, suministro de energía y agua, entre otras tareas de rutina que requieren interacción empresa y gobierno extranjero⁵².

En todo caso, es fundamental que el propósito del pago debe ser solicitar a un funcionario que haga lo que el funcionario ya tiene la obligación legal de hacer, y he allí la conducta penalmente reprochable. La FCPA prohíbe los pagos indirectos corruptos e impone responsabilidad si la empresa americana autoriza el pago o si tenía conocimiento que el pago ilícito sería realizado por un tercero, incluido su agente local, consultor, filial, abogado, entre otros. Por ello, “*conocimiento*” significa ser consciente o ignorar conscientemente una alta probabilidad de que se realice un pago u oferta corrupta.

*Kay v. United States*⁵³ representó una ampliación judicial de los términos del FCPA a través del *Business Purpose Test*. En *Kay*, los ex ejecutivos de American Rice, Inc. Douglas Murphy y David Kay, fueron acusados de violar la FCPA por conducta que surgió de las operaciones de American Rice en Haití durante la década de 1990, un período de corrupción desenfrenada e ilegalidad en ese país. En 1998 y 1999, Kay y Murphy autorizaron pagos a los funcionarios de aduanas haitianos para reducir los aranceles aduaneros y los impuestos a las ventas de la compañía para los envíos de arroz a Haití, y para poder llevar los barcos al puerto sin problemas. El tribunal de distrito inicialmente determinó que el soborno destinado a reducir los aranceles aduaneros no es un pago realizado “*para ayudar... en obtener o retener negocios,*” y desestimó la acusación⁵⁴.

Sin tener en cuenta la tradicional “regla de lenidad”, según la cual se supone que todas las ambigüedades en los estatutos penales se

⁵¹ *Id.*

⁵² Podgor, Henning, Israel & King, *White Collar Crime...*, *ob. cit.*, p. 264.

⁵³ *Kay v. United States*, 129 S. Ct. 42, 172 L. Ed. 2d 21 (2008).

⁵⁴ Ballenger, J. Scott / Greenburg, Douglas N. & Seltzer Nathan H., *Reining in the Foreign ...*, *ob. cit.*, p. 627.

resuelven a favor del acusado, la corte se basó en dudosos antecedentes legislativos para concluir que la FCPA alcanza pagos dirigidos a reducir las obligaciones tributarias si los demandados pretendían que el ahorro fiscal mejorara la posición competitiva de la empresa y, por lo tanto, mejorara el negocio en general⁵⁵. La decisión del quinto circuito en *Kay*⁵⁶ fue el primer caso que extendió el alcance de la FCPA para cubrir este tipo de pagos regulatorios a funcionarios extranjeros que no estaban directamente relacionados con la obtención o retención de negocios con ninguna persona. Por ello, de acuerdo con *Kay*, el pago para obtener un tratamiento fiscal favorable puede, en determinadas circunstancias, violar las disposiciones de la FCPA⁵⁷.

El *Business Purpose Test* establece entonces ampliamente:

...que se castiga el soborno pagado para generar asistencia para mejorar las oportunidades comerciales del pagador o su beneficiario, independientemente de si esa asistencia es directa o indirecta, e independientemente de si está relacionada con la administración de la ley, contratando, extendiendo o renovando de un contrato, o preservando un acuerdo comercial⁵⁸.

Algunos ejemplos de acciones tomadas para obtener o retener negocios de acuerdo con el *Business Purpose Test* pueden ser: **(i)** ganar un contrato; **(ii)** influir en el proceso de adquisiciones; **(iii)** eludir las reglas para la importación de productos; **(iv)** obtener acceso e información a licitaciones privadas; **(v)** evadir impuestos o multas; **(vi)** influir en la decisión de juicios o acciones de ejecución; **(vii)** obtener excepciones a la normativa legal vigente; **(viii)** vitar la rescisión del contrato públicos⁵⁹.

Un área en la que el gobierno se ha centrado intensamente desde *Kay*, y que puede ser el área más prometedora para probar la interpretación del estatuto por parte del gobierno, involucra pagos para reducir o evitar las cargas regulatorias. Las empresas estadounidenses enfrentan cargas regulatorias y operativas sustanciales en el extranjero constantemente. Al respecto:

La capacidad de una empresa para operar en un país anfitrión y el éxito de esas operaciones, a menudo se basa en decisiones discrecionales del gobierno, incluidas inversiones extranjeras o aprobaciones comerciales; la obtención de concesiones (como en el sector de minero y petrolero), franquicias, permisos o licencias (como en el sector de telecomunicaciones en muchos países o en otros sectores “sensibles”), decisiones fiscales o aduaneras, y otras acciones o beneficios regulatorios⁶⁰.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 267.

⁵⁸ *Kay v. United States...*, *Id.*

⁵⁹ FCPA: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 12.

⁶⁰ *Id.*, p. 631.

Como condición para las transacciones comerciales o de inversión, el gobierno puede exigir que el inversionista extranjero se asocie con una empresa local, subcontrate cierto trabajo a empresas locales, cumpla con estándares de empleo locales específicos, construya infraestructura o satisfaga otras condiciones de desempeño⁶¹. Por ello, se ha señalado que la FCPA prohíbe expresamente ofrecer, pagar o prometer pagar cualquier cosa de valor o *anything of value*⁶². Dentro de esta categoría entran situaciones grises que requieren un análisis fáctico *case-by-case*, como lo son: (i) las donaciones caritativas y (ii) los regalos corporativos, viajes y entretenimiento, que aunque no expresamente prohibidas pueden, de acuerdo con las circunstancias, violar la FCPA.

Las provisiones contables de la FCPA también son un motivo de preocupación importante. Si la SEC cree que será difícil probar una violación contra el soborno, puede presentar un caso basado en libros y registros inexactos. Por ejemplo, cuando los pagos a funcionarios gubernamentales se registran como entretenimiento, tarifas promocionales, publicidad, consultoría, comisiones o gastos diversos para ocultar la naturaleza de dichos pagos. A menudo se demuestra señalando que (i) no hubo contratos o documentación válidos para los servicios descritos o (ii) que se pagaron comisiones cuando no se proporcionaron servicios. Las provisiones contables de la FCPA aplican igualmente a los *issuers* o emisores de acciones, o como lo define el propio estatuto como cualquier empresa extranjera o doméstica cuyos valores se encuentren negociadas en el sistema de mercado de valores estadounidense o en los mercados extrabursátiles o *over-the-counter market* y que consignan periódicamente reportes ante la SEC⁶³.

Un ejemplo de *enforcement* en esta área es el caso de *BellSouth Corp*⁶⁴ que, como empresa constituida en Estados Unidos, se encontraba plenamente sujeta a la aplicación de la FCPA. Entre septiembre de 1997 y agosto de 2000, la ex alta gerencia de la subsidiaria venezolana de BellSouth, Telcel, C.A., autorizó pagos por un total de aproximadamente \$10,8 millones a seis empresas *offshore* y registró indebidamente los desembolsos en los libros y registros de Telcel, con base en facturas ficticias, como servicios de buena fe⁶⁵. Los controles internos de Telcel no lograron detectar los pagos sin fundamento durante un período de al menos dos años. Como consecuencia adicional de esta deficiencia de

⁶¹ Lucinda A. Low et al., "Enforcement of the FCPA in the United States: Trends and the Effects of International Standards", en *The Foreign Corrupt Practices Act: Coping with Heightened Enforcement Risks*, p. 72.

⁶² 15 U.S.C § 77dd-1.

⁶³ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, ob. cit., p. 206.

⁶⁴ *SEC v. BellSouth Corporation*, Civil Action N° 1:02-CV-0113 (N. D. Ga.)

⁶⁵ SEC, "*Sec Settles Case Against Bellsouth Corporation*", Press Release, 15-01-2002. En <https://bit.ly/3CZFtTH>

control, BellSouth no pudo reconstruir las circunstancias o el propósito de los pagos de Telcel, o determinar la identidad de sus destinatarios finales⁶⁶.

Aunque la §13 (b) del *Securities Exchange Act* solo aplica a los *issuers* y sus subsidiarias, el DOJ y SEC han interpretado ampliamente el estatuto para incluir el concepto *affiliates* o afiliadas⁶⁷. Así, los libros y registros de un emisor incluyen los de sus subsidiarias y afiliadas consolidadas. De esta forma, la responsabilidad de un emisor se extiende a asegurar que las subsidiarias o afiliadas bajo su control, incluidas las subsidiarias extranjeras y las empresas conjuntas, cumplan con las disposiciones contables⁶⁸. Por ejemplo, el DOJ y la SEC entablaron acciones de ejecución contra una empresa de California por violar las disposiciones contables de la FCPA cuando dos empresas conjuntas chinas en las que era socio pagaron más de 400.000 dólares en sobornos durante un período de cuatro años para obtener negocios en China⁶⁹.

Empresas multinacionales usualmente mantienen fuertes lazos comerciales con sus colaboradores alrededor del mundo –*joint venture partners*, distribuidores, licenciarios, franquiciados, entre muchos otros– de quienes dependen para realizar negocios⁷⁰. A diferencia de los propietarios de acciones que cotizan en la bolsa de valores, esa relación comercial no es susceptible de medición, haciendo difícil para los emisores en su determinación si un colaborador extranjero pueda o no calificar como una afiliada de acuerdo con la definición sostenida por la SEC⁷¹.

Finalmente, una peculiaridad de la regulación y criterios actuales sobre la FCPA es la teoría del *successor liability*. Un comprador de una empresa norteamericana a través de una fusión societaria o adquisición de acciones será tratado como el sucesor del transferente⁷², y será señalado como responsable por todas las deudas de éste, sin importar su conocimiento ante potenciales violaciones ocurridas anteriores a la realización de la transacción. Tanto en el derecho norteamericano como el derecho venezolano, las empresas adquieren una serie de responsabilidades cuando se fusionan o adquieren otra empresa, incluidas las que surgen de contratos, demandas judiciales, regulaciones y estatutos.

Como asunto legal general, cuando una empresa se fusiona con otra empresa o la adquiere, la empresa sucesora asume las

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 211.

⁶⁸ FCPA: *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 43.

⁶⁹ *SEC v. RAE Sys. Inc.*, N° 10-cv-2093, 2010. En <https://bit.ly/3wuk2a1>

⁷⁰ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.* p. 211.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*, p. 346.

responsabilidades de la empresa predecesora⁷³. La responsabilidad del sucesor es un componente integral del derecho corporativo y, entre otras cosas, evita que las empresas eludan la responsabilidad mediante la reorganización⁷⁴. El DOJ y la SEC alientan a las empresas a realizar la debida diligencia previa a la adquisición y a mejorar los programas de cumplimiento y los controles internos después de la adquisición por una variedad de razones, entre ellas, el riesgo de corrupción⁷⁵.

2. Extraterritorialidad y aplicación

Como hemos adelantado, la FCPA tiene alcance extraterritorial de sus disposiciones a los emisores extranjeros que negocien acciones en el mercado de valores, ya sea personas naturales o jurídicas, incluyendo a subsidiarias y afiliadas bajo el control de empresas norteamericanas. Algunos Estados proclaman su jurisdicción más allá de sus fronteras cuando existe expresa habilitación legislativa al respecto. Esto se ha denominado *jurisdicción extraterritorial*. El ejercicio de esta clase de jurisdicción es bastante controversial bajo los estándares del derecho internacional público contemporáneo, pero es “justificable” cuando el Estado en cuestión tenga suficientes vínculos con el sujeto en concreto o exista un detrimento sustancial en su territorio. El caso de la FCPA es un perfecto ejemplo de extraterritorialidad. El alcance jurisdiccional de la FCPA se ha expandido significativamente con el tiempo desde su promulgación y práctica inicial. De esta manera, algunos de esos cambios se produjeron mediante enmiendas estatutarias en respuesta a brechas problemáticas en la ley, mientras otros han surgido en la práctica del DOJ y la SEC y la presentación de cargos que han sido resueltos con la inclusión de bases jurisdiccionales ampliadas⁷⁶.

Ahora bien, teóricamente, los emisores extranjeros y los agentes de empresas norteamericanas solo pueden ser “halados” por la jurisdicción norteamericana en el uso de instrumentos de comercio interestatal como forma de conexión jurisdiccional. Así, por ejemplo, antes de que un emisor extranjero pueda ser enjuiciado por una conducta ocurrida fuera de los Estados Unidos, la fiscalía debe probar el nexo entre la conducta del emisor extranjero y el comercio en Estados Unidos⁷⁷. En este orden de ideas, si se establece una relación de agencia, la jurisdicción sobre la parte estadounidense puede extenderse para que la

⁷³ FCPA: A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act..., *ob. cit.*, p. 29.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Wilson, Natasha, “Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foreign Corrupt Practices Act”, en: *Washington University Law Review*, Vol. 91, N° 4, p. 1063, en <https://bit.ly/3ogbeld>

⁷⁷ Boghraty, *Organizational Compliance and Ethics...*, *ob. cit.*, p. 357.

jurisdicción sobre la parte extranjera también sea apropiada⁷⁸. De acuerdo con la FCPA, Estados Unidos tiene jurisdicción sobre los actores extranjeros que operan como agentes autorizados de una empresa estadounidense, incluidas las subsidiarias extranjeras de las matrices estadounidenses⁷⁹.

Las bases más invocadas para la jurisdicción extraterritorial en este campo son (i) el principio de territorialidad subjetiva (por ejemplo, cuando un curso de conducta ha tenido lugar en parte en el Estado A y en parte en el Estado B) y (ii) el principio de nacionalidad (es decir, cuando el la persona o empresa que comete el delito extraterritorial es nacional del Estado A)⁸⁰. Las autoridades estadounidenses tienen una visión amplia de la territorialidad subjetiva y de los tipos de conexiones territoriales necesarias para enjuiciar a ciudadanos no estadounidenses en virtud de la FCPA⁸¹. No obstante, esta precisión legal se ha desdibujado en la práctica. La proliferación de DPA y NPA ha excluido significativamente el rol del poder judicial en las acusaciones fiscales corporativas, y como resultado, la pregunta sobre la extraterritorialidad de la FCPA ha sido principalmente establecida por la DOJ y la SEC⁸².

3. Comentarios sobre el UK Bribery Act (UKBA) y tendencias

Al igual que Estados Unidos, el Reino Unido está intensificando la aplicación de la ley anticorrupción de acuerdo con la UKBA como estatuto principal en materia anticorrupción. La UKBA es un estatuto de reciente data, apenas promulgado en el 2010, y con un enfoque actualizado de las disposiciones en materia contra la corrupción en general. Su promulgación no es casual. El Reino Unido sigue siendo el principal centro de servicios financieros del mundo, y representa el 17 % del valor global total de los préstamos bancarios internacionales y el 41 % del comercio mundial de divisas⁸³. El atractivo de su sector financiero, combinado con vínculos estrechos con centros extraterritoriales, expone al Reino Unido a riesgos significativos de corrupción y legitimación de capitales relacionado con sobornos extranjeros, como lo reconocen tanto el gobierno como las agencias gubernamentales británicas⁸⁴.

En este sentido, por una parte, la UKBA recoge los avances del derecho anticorrupción desde la perspectiva internacional y,

⁷⁸ Wilson, Natasha, *Pushing the Limits of Jurisdiction Over Foreign Actors Under the Foregoing Corrupt Practices Act...*, *ob. cit.*, p. 1081.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 37.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.*

⁸³ OECD, *Implementing The Oecd Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: United Kingdom*, 2018, p. 9, en <https://bit.ly/3qpPm9A>.

⁸⁴ *Id.*

adicionalmente, establece regímenes penales altamente sofisticados y técnicos para las empresas transnacionales de origen británico. Las empresas deberían analizar ciertas áreas para asegurar el cumplimiento de UKBA, incluyendo (i) gastos promocionales, (ii) facilitación de pagos y (iii) procedimientos adecuados y *compliance programs* robustos en materia anticorrupción. La UKBA otorga a los tribunales del Reino Unido jurisdicción sobre el soborno cometido en el extranjero cuando la persona que comete el delito es un ciudadano británico, residente habitual en el Reino Unido, un organismo constituido en el Reino Unido o una sociedad escocesa⁸⁵. El alcance extraterritorial de la ley se expresa además en la sección que regula a las empresas que llevan a cabo negocios en el Reino Unido y permite que se les impongan multas ilimitadas si no existen procedimientos adecuados para prevenir los delitos de soborno⁸⁶.

Adicionalmente, la UKBA ha creado el delito de “incumplimiento de una organización comercial para prevenir el soborno” como parte de una revisión de las leyes anticorrupción del Reino Unido. Según la sección 7 de la UKBA, una empresa puede ser culpable de un delito de corrupción si un empleado o un tercero intermediario (incluida una filial extranjera) paga un soborno con la intención de obtener un trato comercial o ventajoso para esa empresa⁸⁷. Adicionalmente, la UKBA establece dentro de sus disposiciones el delito de “supervisión negligente”, un término que se utiliza cada vez más en el contexto de delitos corporativos, con la idea de que, si bien una empresa matriz puede no ser directamente responsable del incumplimiento de una obligación legal, debería ser considerada responsable sobre la base de que no había tomado las medidas necesarias para evitar que un tercero (sobre el cual la empresa matriz ejercía algún control) cometiera delitos⁸⁸.

Si bien la FCPA ofrece de manera controversial una exención con respecto a los “pagos de facilitación”, esta exención no existe en virtud de la UKBA, aunque los lineamientos generales emitidos por el Secretario de Estado sobre la UKBA otorga a los fiscales de la corona un poder discrecional a la hora de considerar la posibilidad de enjuiciar en virtud

⁸⁵ Belch, Gordon, *An Analysis of the Efficacy of the Bribery Act 2010*, 2014, p. 5, en <https://bit.ly/3mYqrlf>

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ UKBA, §7. “*Failure of commercial organisations to prevent bribery (1) A relevant commercial organisation (“C”) is guilty of an offence under this section if a person (“A”) associated with C bribes another person intending– (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.*”.

⁸⁸ Zerk, *Extraterritorial Jurisdiction...*, *ob. cit.*, p. 52.

de esta posibilidad procesal⁸⁹. La UKBA proporciona un modelo legislativo importante para tratar con un amplio rango de acción actividades de soborno corporativo y, al hacerlo, se ha basado en la literatura sobre gobierno corporativo para crear nuevas herramientas y tratar de manera más flexible este tipo de conducta corporativa reprochable⁹⁰.

La multa civil impuesta por la *Financial Services Authority* del Reino Unido (FSA) contra *Aon Ltd.*⁹¹ es un ejemplo de caso en el que una empresa matriz ha sido considerada responsable, no por la comisión de delitos de soborno propios, sino por permitir que surgiera una situación en la que fuera posible el soborno de funcionarios extranjeros y no tomar las medidas correctivas suficientes⁹². Específicamente, *Aon Ltd.* fue acusada por no emplear la debida diligencia necesaria en sus procedimientos de pago a proveedores y de no aplicar adecuadamente un sistema de seguimiento continuo de las relaciones con “terceros en el extranjero”⁹³. Otro ejemplo ilustrativo es el caso de *Sweett Group*. La investigación de la *Serious Fraud Office* descubrió que, de 2012 a 2014, *Sweett Group* pagó sobornos por valor de 5.00.000 libras esterlinas a un funcionario de los Emiratos Árabes Unidos para obtener un contrato valorado en 1.500.000 libras esterlinas para gestionar el proyecto de construcción de un hotel en Dubái. La compañía fue acusada bajo la sección 7 de la UKBA y se declaró culpable. El tribunal impuso sanciones económicas por valor de 22.250.000 GBP. El aspecto de soborno extranjero del caso fue detectado a través de un informe regulatorio de la empresa⁹⁴.

IV. Legislación contra la corrupción en Venezuela

En Venezuela, la corrupción es un delito y acarrea, por consecuencia, responsabilidad penal, incluso empresarial. Ahora bien, el derecho venezolano tipifica el hecho delictual de la corrupción de diversas formas que estudiaremos brevemente en este epígrafe. Aunque el derecho contra la corrupción no es nuevo en Venezuela, es certero afirmar que su tipificación es compleja y diversa entre distintos instrumentos normativos y

⁸⁹ United Kingdom Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 – Guidance, 2011*, en <https://bit.ly/3ocQYkj>

⁹⁰ Tomasic, Roman, “Global Corporations, Bribery and Corrupt Practices - Anti-Bribery Laws and the Limits of State Action”, en: *Law and Financial Markets Review*, 2018, p. 11, en <https://bit.ly/3mYqunp>.

⁹¹ Financial Conduct Authority, *FSA fines Aon Limited £5.25m for failings in its anti-bribery and corruption systems and controls*. Press Release, 08-01-2009, en <https://bit.ly/3og7YpO>

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*

⁹⁴ Véase, United Kingdom, SFO, “Sweett Group PLC sentenced and ordered to pay £2.25 million after Bribery Act conviction”, *Press Release*, 19-02-2016, en <https://bit.ly/3oaa6PT>

se remonta a la aún vigente Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público⁹⁵ aunque derogada parcialmente por múltiples leyes posteriores. En particular, nos enfocaremos en lo dispuesto en la LCC, la LOCTF, la Ley Orgánica de Precios Justos (LOPJ) y otras disposiciones en específico que generan una regulación sofisticada en la materia desde la perspectiva pública y privada.

Venezuela presenta particularidades importantes frente a otras regulaciones en materia anticorrupción. Por una parte, posee una regulación muy sofisticada que busca recoger los estándares internacionales en la materia y establecer un sistema de normas de derecho públicamente punitivas tanto penal como administrativamente. Por otra parte, existe un tratamiento severo a la figura del funcionario público, razón por la cual, la regulación se enfoca principalmente en la penalización de los actos contra el Estado propiamente dicho. Así, por ejemplo, no prescribe la acción penal de los delitos contra el patrimonio público, ni los relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁹⁶.

Adicionalmente, también resulta importante destacar el sistema de control fiscal existente en Venezuela para el correcto manejo de los fondos públicos. Un ejemplo de ello es el derecho de las contrataciones públicas, el manejo directo e indirecto de dinero proveniente del Estado (en el caso empresarial por la vía contractual con la Administración Pública u entes del Estado) se encontrará sometido al control y fiscalización de la Contraloría General de la República porque se encuentran involucrados fondos públicos. Esto deriva del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal⁹⁷ ("Ley de Contraloría") y por disposiciones en específico, que someten su aplicación a o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o

⁹⁵ Gaceta Oficial N° 3.077 del 23-12-1982.

⁹⁶ LOCTF, art. 30. LCC, art. 125.

⁹⁷ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en Gaceta Oficial N° 37.347 del 17-12-2001, artículo 2: *"La Contraloría General de la República, en los términos de la Constitución de la República y de esta Ley, es un órgano del Poder Ciudadano, al que corresponde el control, la vigilancia y la fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos, así como de las operaciones relativas a los mismos, cuyas actuaciones se orientarán a la realización de auditorías, inspecciones y cualquier tipo de revisiones fiscales en los organismos y entidades sujetos a su control. // La Contraloría, en el ejercicio de sus funciones, verificará la legalidad, exactitud y sinceridad, así como la eficacia, economía, eficiencia, calidad e impacto de las operaciones y de los resultados de la gestión de los organismos y entidades sujetos a su control. // Corresponde a la Contraloría ejercer sobre los contribuyentes y responsables, previstos en el Código Orgánico Tributario, así como sobre los demás particulares, las potestades que específicamente le atribuye esta Ley".*

entidades conformantes del Estado venezolano⁹⁸. Los funcionarios públicos venezolanos y sus relaciones con privados se encuentran altamente regulados por normas de derecho público, precisamente para garantizar el ejercicio de las funciones que les confiere la ley⁹⁹. En este sentido, la empresa puede ser objeto de investigaciones por parte de la Contraloría General de encontrarse incurso en el manejo de fondos públicos. En todo caso, estudiaremos en este epígrafe la corrupción desde la perspectiva empresarial y las disposiciones clave en la materia como asunto de derecho penal y la eventual responsabilidad derivada por las comisiones de estos delitos.

1. La Ley contra la Corrupción

La LCC, como marco general, establece las normas que rigen las conductas que deben asumir las personas a los fines de salvaguardar el patrimonio público, garantizar el manejo adecuado y transparente de los bienes y recursos públicos; así como, la tipificación de los delitos contra el patrimonio público y las sanciones que deberán aplicarse a

⁹⁸ *Id.* Artículo 9, numeral 12: “Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República: [...] 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos”.

⁹⁹ Véase en este sentido, Orlando, Freddy, *La Potestad Inquisitiva de los órganos de control fiscal y la determinación administrativa de los funcionarios públicos*, Caracas, UCAB, 2011, 3° ed. Señala Orlando, “el criterio del legislador fue el de establecer un universo lo más extenso posible [...] por ello, se puede afirmar que no existe un ente público o funcionario que esté excluido de alguna de las diversas modalidades de control que puede llevar a cabo la Contraloría General de la República [...] En cuanto a las personas, jurídicas o naturales, las posibilidades de excepción son casi ninguna, pues bastaría con ser contribuyente de algún tributo para quedar comprendido dentro de los eventuales destinatarios de un acto de control de dicho organismo” (Id. p. 42). Ciertamente, poco se ha escrito sobre la aplicabilidad de los mandatos de la Ley de Contraloría a las empresas y sus relaciones con el Estado venezolano. Cabe preguntarse en este contexto: ¿Puede una empresa estar sujeta al procedimiento administrativo instruido la Contraloría General de la República por irregularidades administrativas? Esta es, en nuestra opinión, una pregunta polémica dado el estado actual de la regulación y los potenciales argumentos a favor y en contra a su respuesta. No obstante a lo anterior, existen fuerte argumentos para sostener que todo manejo de fondos públicos puede estar sujeto potencialmente a la aplicación de la Ley de Contraloría, con lo cual empresas privadas que han tenido acceso y manejo de fondos públicos en su interacción con entes del Estado pueden ser investigadas y sancionadas por uso inadecuado de fondos otorgados por el Estado. Esto puede resultar un riesgo especialmente importante en materia de contrataciones públicas con el Estado venezolano regidas por la Ley de Contrataciones Públicas y sus regulaciones complementarias.

quienes infrinjan estas disposiciones¹⁰⁰. De este objeto amplio, se puede concluir que (i) el objetivo de la legislación venezolana es procurar el adecuado manejo de los recursos públicos, como un asunto de patrimonio público¹⁰¹ y (ii) la corrupción es un delito contra el patrimonio público, es decir, contra el Estado. Esto presenta, si se quiere, un problema teleológico: la ley castiga al funcionario corrupto por afectar directa o indirectamente al patrimonio público que debe proteger, más que expresamente por la falta de ética en su actuación. Ciertamente, la ley define los conceptos de moral administrativa¹⁰² y ética pública¹⁰³, pero limitándose al necesario apego que debe existir entre el funcionario y la ley que ejecuta.

En esta visión simplista del fenómeno de la corrupción, realmente la ley no define sus implicaciones, sino que, más bien, se limita a tipificar

¹⁰⁰ LCC, art. 1.

¹⁰¹ *Id.*, art. 4 “Se considera patrimonio público aquel que corresponde por cualquier título a: 1. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional. 2. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estatal. 3. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los distritos y distritos metropolitanos. 4. Los órganos a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y los demás entes locales previstos en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. 5. Los órganos y entes a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los territorios y dependencias federales. 6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales. 7. El Banco Central de Venezuela. 8. Las universidades públicas. Las demás personas de Derecho Público nacional, estatales, distritales y municipales. 10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social; así como, las que se constituyen con la participación de estas. 11. Las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas, cajas de ahorro, fondos y demás instituciones constituidas con recursos públicos, o que sean dirigidas por las personas a que se refieren los numerales anteriores, o en las cuales tales personas designen sus autoridades; o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuadas en un ejercicio presupuestario, por una o varias de las personas a que se refieren los numerales anteriores representen el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto. Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares, consejos comunales, comunas o cualquier otra forma asociativa, por los órganos o entes del sector público mencionados en los numerales anteriores, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones, créditos o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de las mismas. Las personas que administren tales recursos estarán sometidas a lo establecido en esta Ley y a las demás leyes que rijan la materia”.

¹⁰² *Id.* art. 5 “Moral administrativa: A la obligación de quienes estén investidos de funciones públicas, de mantener en el desempeño de sus funciones, preeminencia del interés público sobre el interés personal o de grupos dirigidos a la satisfacción de las necesidades colectivas”.

¹⁰³ *Id.* art. 5. “Ética pública: Al apego a los principios constitucionales y legales que rigen la Administración Pública de las personas señaladas en el artículo 3 de esta Ley”.

todo aquello que atenta al patrimonio público *ampliamente* considerado. Por ello, puede afirmarse que la LCC tiene una visión desde la perspectiva estatal de la corrupción y sus consecuencias, y que, colateralmente, castiga al sujeto privado que propicia el acto corrupto. ¿Es acaso el bien jurídico protegido en los tipos penales sobre la corrupción la protección del patrimonio público?

De acuerdo con la legislación venezolana actual, puede argumentarse que el espíritu de la ley es precisamente la protección del Estado frente la corrupción y no la prevención de sus consecuencias o disuasión a los potenciales actores corruptos. En la concepción tradicional, el legislador protege el normal funcionamiento y el prestigio de la administración pública, en sentido amplio, por la necesidad de resguardar el ejercicio de las funciones públicas de los peligros y tentaciones consiguientes a las dádivas o regalos de los particulares a los funcionarios públicos por cumplir actos que le competen y que sean de carácter gratuito o por retardar esos actos y realizar otros que sean contrarios al deber que el cargo que ostentan les impone¹⁰⁴. La LCC bajo el título de la corrupción, recoge una pluralidad de tipos delictivos de difícil reducción a una naturaleza común desde la dogmática penal¹⁰⁵.

Conforme a nuestro derecho, la corrupción puede ser activa o pasiva según se contemple la conducta del funcionario público que recibe la retribución indebida o la del particular que paga la banalidad de aquél; y tanto la una como la otra comprenden dos especies: la *impropia*, cuando el acto que es objeto de la negociación inmoral corresponde legalmente a las atribuciones del funcionario; y la *propia*, cuando dicho funcionario actúa contra las normas que regulan sus funciones¹⁰⁶. La LCC dedica gran cantidad de su articulado a la tipificación de delitos donde el funcionario público es el sujeto activo del delito. Así, el peculado en todas sus variantes, el delito de malversación, evasión de controles, conculsión, uso indebido de la información, abuso de funciones, lucro indebido, entre otros delitos, requieren la participación necesaria de un funcionario público, en los términos definidos en la ley¹⁰⁷, como requisito

¹⁰⁴ Grisanti Franceschi, Andrés, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2012, p. 834.

¹⁰⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 1003.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 828.

¹⁰⁷ *Id.*, art. 3. "Sin perjuicio de lo que establezca la Ley del Estatuto de la Función Pública, y a los solos efectos de las regulaciones y sanciones previstas en esta Ley, se consideran funcionarias y funcionarios públicos a: 1. Quienes estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o no, originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de los estados, de los territorios y dependencias federales, de los distritos, de los distritos metropolitanos, de los municipios, de las comunas u otras formas de organización político territorial, así como de los

sine qua non de aplicación del tipo penal en específico. ¿Qué ocurre entonces con el castigo privado de la corrupción? ¿puede la empresa cometer un acto de corrupción de acuerdo con la LCC?

El contenido de los tipos penales sobre la corrupción establecidos en la LCC es aplicable para personas naturales y jurídicas sin distinción por la misma ley¹⁰⁸. Aunque no expresamente señalado en la LCC, las empresas tienen responsabilidad penal de acuerdo con el derecho venezolano, y si la comisión de un delito es determinada por un tribunal penal, la persona jurídica puede estar sujeta a sanciones penales de confiscación, multas, entre otras, de acuerdo con las circunstancias del caso de que se trate. A los efectos de este ensayo, sabemos que los funcionarios públicos son responsables penalmente por sus actos de corrupción.

Ahora bien, las empresas pueden ser el sujeto activo del delito de corrupción en supuestos expresamente establecidos en la LCC. A modo de esquematizar la importancia de esta afirmación, de acuerdo con la LCC, los delitos clave que pueden ser objeto de investigación contra la empresa son: (i) la corrupción impropia; (ii) la corrupción propia; (iii) inducción sin éxito a la corrupción, (iv) concierto con interesados o intermediarios y (v) el soborno activo transnacional. Por lo anterior, y de forma genérica, nos referimos a estos delitos como “delitos de corrupción” ya que todos, en común, tipifican como antijurídico el soborno, influencia o promesa a un funcionario público para el provecho propio. En otras palabras, la corrupción implica una multiplicidad de delitos relacionados. No pretendemos estudiar dogmáticamente cada tipo penal en concreto, si no entender que (i) la corrupción en todas sus formas es un delito de acuerdo con la LCC, y (ii) independientemente las particularidades de hecho de cada tipo penal y sus requisitos establecidos en la ley, el fenómeno de la corrupción empresarial afecta desde el primer momento en que se plantea la idea de cometer un potencial acto corrupto.

institutos autónomos nacionales, estatales, distritales o municipales, de las universidades públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público. 2. Las directoras y directores, administradoras y administradores, empleadas y empleados, obreras y obreros y demás personas de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas, cajas de ahorro, consejos comunales y demás formas asociativas e instituciones, constituidas con recursos públicos, o dirigidas o que reciban aportes o contribuciones, por alguno de los órganos o entes señalados en el artículo 4 de esta Ley. 3. Cualquier otra persona en los casos previstos en esta Ley”.

¹⁰⁸ Esta precisión debe apreciarse de acuerdo con lo establecido en la LOCFT como delito de obstrucción a la administración de justicia que comentaremos en un epígrafe aparte.

En términos generales, todos los delitos contenidos en la LCC tienen como elementos comunes el ofrecimiento u otorgamiento de algo de valor, la promesa de un pago, dinero o utilidad. Sobre los elementos comunes de los delitos de corrupción se ha escrito considerablemente, resumiéndolos en las acciones de *ofrecer*, *prometer* y *dar*, aunque ciertamente hay diferencias entre ellos y el acto corrupto que se comenta. Por ejemplo, "*ofrecer*" y "*dar*" un soborno no requieren un acuerdo entre quien soborna y el funcionario¹⁰⁹. En otras palabras, ofrecer y dar no requiere que el funcionario público acepte la oferta o el obsequio, o incluso que él o ella tenga conocimiento o haya recibido la oferta o el obsequio (por ejemplo, la oferta o el obsequio es interceptado por autoridades policiales, antes de su entrega al funcionario público)¹¹⁰. Pero independientemente de sus particularidades fácticas en cada tipo penal, los delitos discutidos anteriormente son todos delitos intencionales, es decir, dolosos¹¹¹. Para los delitos de corrupción, quien procura el acto corrupto debe *ofrecer*, *prometer* o *dar* el soborno u otro acto corrupto con la intención de que el funcionario sobornado actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones u obligaciones¹¹².

2. La Ley Orgánica de Precios Justos

Tradicionalmente se ha argumentado que el delito de la corrupción es un delito exclusivamente frente al Estado. Es decir, la corrupción como hecho punible sólo puede existir por la ocurrencia del acto corrupto entre los particulares y la Administración Pública con la que se relacionan. Esta vieja tesis ha sido superada al entender la corrupción con un problema amplio, pues, en efecto, los particulares pueden entre ellos cometer actos de corrupción, entendido éste como ese beneficio propio y desleal de acuerdo con las circunstancias. Así las cosas, la corrupción como delito puede ocurrir frente al Estado, como también puede ocurrir frente a otro particular siempre que exista una ventaja indebida o un aprovechamiento comercial desleal. En el derecho venezolano es reconocido como una circunstancia ilegal la promesa u ofrecimiento entre privados con la finalidad de la obtención de ventajas irregulares en el comercio o negociaciones comerciales.

A título de ejemplo, puede existir corrupción entre privados en las licitaciones comerciales de empresas privadas frente a sus proveedores o en el manejo de los contratos de la empresa frente a sus distribuidores o contratistas siempre que exista un incentivo doloso que perjudique a otros agentes económicos. Así, el ofrecimiento de cualquier ventaja o beneficio frente a otros actores económicos corporativos puede

¹⁰⁹ OECD, *Corruption a glossary of international standards ...*, ob. cit., p. 27.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 30.

consumar un delito de acuerdo con las circunstancias comerciales del caso en concreto. Por esta razón, la LOPJ establece en el artículo 63 el delito de corrupción entre particulares que establece expresamente como una conducta punible a:

Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de empresas, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza, para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la prestación de servicios, será castigado con la pena de prisión de cuatro (04) a seis (06) años.

Con la misma pena será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador, que por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte dicho beneficio o ventaja.

Adicionalmente, la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, podrá imponer la sanción de suspensión del Registro Único, en los términos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y desarrollados en su Reglamento.

El delito de corrupción entre particulares debe entenderse en el contexto de lo prescrito por la Ley Antimonopolio y el concepto legal de prácticas comerciales desleales por su afectación al mercado en su conjunto¹¹³. La competencia desleal se encuentra prohibida en Venezuela¹¹⁴ y un soborno comercial puede tener graves consecuencias legales por constituir una violación a la normativa de protección de la competencia venezolana, e implicar, la imposición de sanciones administrativas por las autoridades la Superintendencia Antimonopolio.

¹¹³ Ley Antimonopolio. Prácticas desleales. "Art. 17. Se entenderá como prácticas desleales, las siguientes: [...] 3. El soborno comercial: Se considera soborno comercial cuando un agente económico induce a una persona que trabaja en una empresa competidora para que realice actividades o tome decisiones contrarias a los intereses de la empresa en la que labora, o bien no cumpla sus deberes contractuales, a cambio de una contraprestación; con la finalidad de obtener beneficios para su empresa, que en ausencia de dicha práctica no lograría. 4. Violación de normas: Se considera desleal, el prevalecer en el mercado mediante una ventaja adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica o reglamentaciones técnicas, tales como ambientales, publicitarias, tributarias, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida".

¹¹⁴ Ley Antimonopolio. Prohibiciones. Art. 16. "Se prohíben las prácticas desleales, engañosas y fraudulentas en la producción, distribución y comercialización, en cualquiera de sus fases, por ser contrarias a la democratización económica y por ser capaces de desplazar en forma real o potencial, total o parcial, a los sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que realicen una misma actividad económica, en perjuicio de éstos, o de los ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio de su derecho al acceso oportuno y justo a bienes y servicios [...]".

En efecto, el soborno comercial no sólo es punible por su carácter antiético (por la desventaja concedida e injusta) sino por su afectación a los consumidores y el mercado como un todo, lo que convierte a este tipo penal en una situación de alto riesgo legal por su doble análisis desde la perspectiva anticorrupción y antimonopolio. Por una parte, el hecho ilícito puede evidenciar malas prácticas empresariales respecto a la ética de los trabajadores de la compañía frente a sus socios comerciales, distribuidores, franquiciados, contratistas, proveedores, o empresas pares. Por otra parte, también puede revelar problemas de competencia del negocio como agente económico en el mercado susceptible de investigación administrativa por conductas prohibidas por atentar contra el mercado y la protección de la competencia.

3. La Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo

La LOCFT establece en su regulación el delito de obstrucción a la administración de justicia el cual pena, expresamente, la promesa de dinero a un funcionario público cuya finalidad es la obstaculización de un juicio, cualquiera sea su naturaleza, o una investigación penal en cualquier etapa de su procedimiento. En particular, la LOCFT establece en su artículo 45 que:

Quien obstruya la administración de justicia o la investigación penal en beneficio de un grupo de delincuencia organizada o de algunos de sus miembros, será penado o penada de la manera siguiente: [...]

3. Si es prometiéndolo o dando dinero u otra utilidad para lograr su propósito, con pena de doce a dieciocho años de prisión, igual pena se aplicará al funcionario público o funcionaria pública, o auxiliar de la justicia que lo acepte o reciba.

Aunque parezca obvio, el delito de obstrucción a la administración de justicia consiste en *obstruir*¹¹⁵ la labor de los órganos jurisdiccionales y/o investigación penal, y dicha acción debe estar dirigida a beneficiar a un grupo de delincuencia organizada o alguno de sus miembros¹¹⁶. Ciertamente, el contenido de este tipo penal se yuxtapone al contenido del delito de corrupción impropia contenido en el Art. 88 de la LLC, pero su finalidad es penalizar la obstrucción del sistema de justicia. Por ello, de acuerdo con los hechos, la representación fiscal pudieras acusar por ambos delitos simultáneamente en su acusación fiscal por encontrarse dos bienes jurídicos lesionados: por una parte, la Administración de Justicia, y por la otra, el Estado como afectado en su función pública.

¹¹⁵ RAE, "1. tr. Estorbar el paso, cerrar un conducto o camino. [...] 3. tr. Impedir la operación de un agente, sea en lo físico, sea en lo inmaterial".

¹¹⁶ Granadillo, Delincuencia Organizada..., *ob. cit.*, p. 71.

v. Elementos de un compliance program contra la corrupción y el soborno

En materia anticorrupción se ha escrito profundamente manuales de evaluación del riesgo, establecimiento de programas de cumplimiento, así como formas de entendimiento del fenómeno socioeconómico de la corrupción en la actividad empresarial. Un ejemplo de ello es la Guía Práctica sobre Anticorrupción, ética y programas de cumplimiento para negocios publicado por las Naciones Unidas¹¹⁷, y el Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento de la OECD¹¹⁸, ambos ampliamente citados en estas palabras por ser, en nuestra opinión, la mejor compilación de *best practices* y estándares internacionales en el combate contra la corrupción como fenómeno sociopolítico. Un *Anti-corruption Compliance Program* (ACA) basa su eficacia en sus elementos fundamentales, que discutiremos a continuación como presupuesto de un programa de cumplimiento. Nos centraremos en esos elementos claves, asumiendo, que debe existir un programa flexible que incorpore, por una parte, los valores de la empresa como organización y, por otra parte, la necesaria adopción de los estándares internacionales que deben imperar en el mundo corporativo contemporáneo. Muy acertadamente se ha señalado que:

La ley por sí sola no es suficiente para resolver el problema de la corrupción. Las organizaciones tienen la responsabilidad de contribuir de manera proactiva a combatir el soborno. Esto puede lograrse mediante un sistema de gestión antisoborno y mediante el compromiso de los líderes empresariales de establecer una cultura de integridad, transparencia, apertura y cumplimiento. La naturaleza de la cultura de una organización es fundamental para el éxito o el fracaso de un sistema de gestión contra el soborno¹¹⁹.

El combate contra la corrupción es legal pero también es cultural. Aunque no domésticamente exigibles por múltiples consideraciones¹²⁰,

¹¹⁷ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*, 2013, en <https://bit.ly/3D1Y8Ou>

¹¹⁸ OECD y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual para Empresas sobre Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento*, 2013, en <https://bit.ly/3H31Gm5>

¹¹⁹ International Organization for Standardization, *ISO 37001: 2016 Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*, 2016, en <https://bit.ly/3H81TEL>

¹²⁰ En muy pocas ocasiones el derecho internacional es aplicado domésticamente salvo puntuales expresiones y prácticas. Fácticamente, existe una preferencia a la aplicación local del derecho frente a los mandatos del derecho internacional convencional o consuetudinario. No obstante, a efectos del derecho regulatorio contemporáneo poco importa la ejecución de la regulación sino la existencia de la norma que prescribe la conducta. La obediencia a la regulación ya sea interna o externa, es la esencia de toda la idea de *compliance* expresada en este ensayo.

el derecho internacional contra la corrupción es un gran aliado al momento de establecer las bases del programa local contra la corrupción. Inclusive, puede afirmarse que las iniciativas internacionales contra la corrupción cada vez más cuentan con la validez del derecho internacional consuetudinario al ser una práctica comercial *business as usual*. Esto implica que no es opcional para la empresa tener o no programas de cumplimiento contra la corrupción, sino que más bien, es una obligación de acuerdo con el derecho internacional.

Ante esta situación, adicionalmente, hay que ubicar los potenciales riesgos extraterritoriales de la aplicación de la ley extranjera al negocio local, pues, la posibilidad de aplicación de la FCPA y la UKBA es plausible al constatar actos de corrupción en el extranjero que obligan a las casas matrices de las empresas venezolanas como subsidiarias, afiliadas o relacionadas. En todo caso, cabe reiterar, que no existe una fórmula perfecta de elementos para la elaboración de un *compliance program*, sino que más bien, responderá a las necesidades del negocio en concreto y la flexibilidad que se requiera dependiendo de la industria de que se trate.

La materia que nos ocupa no escapa de las consideraciones básicas de todo *compliance program*. Para el propósito de este ensayo, *compliance* debe entenderse como un sistema corporativo de controles internos cuyo objetivo es la mitigación del riesgo legal y regulatorio en las operaciones de una empresa. Por ello, se ha señalado que la función que cumple *compliance* es ser una forma normativa internalizada dentro de las organizaciones¹²¹. 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 nuestro programa de cumplimiento pueda tener.

¹²¹ Miller, Geoffrey P., *The law of Governance, Risk Management, and Compliance*, New York, Aspen Casebook series, 2014, p. 137.

1. Presupuestos fundamentales

La noción de *compliance* que esbozamos y defendemos en estas palabras, supone: (i) que el actor en cuestión sea una organización empresarial compleja, no una persona individualmente considerada y (ii) que además de referirse al comportamiento empresarial de la organización respecto a su adecuación a las normas, más importante aún, se refiere a las acciones que toma la empresa en asegurarse que las normas son cumplidas y obedecidas¹²². Creemos en este ensayo que *compliance* es una noción flexible y aplicable a muchas formas de regulación. En esta forma de ver las cosas, *compliance* engloba indistintamente el derecho regulatorio y el derecho penal en beneficio de la prevención de un riesgo existente que puede ser potencial y puede tener impactos empresariales considerables. Ahora bien, ¿qué debe pasar tras bastidores? O dicho en otros términos ¿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 o controlada; (iii) un análisis constante del riesgo del incumplimiento de las regulaciones locales; (iv) canales efectivos de comunicación con los integrantes de una organización, y (v) monitoreo constante de la actuación empresarial de acuerdo con los controles previamente establecidos. Teniendo esto claro, el trabajo en la elaboración y construcción de controles y normativas internas puede ser mucho más óptimo. Estos aspectos por considerar son fundamentales por las razones que veremos a continuación.

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

En segundo lugar, para que existan esos controles, debe haber una serie de actividades económicas, financieras, o de otra índole que sean supervisadas o controladas adicionalmente por el Estado a través de agencias gubernamentales o entes integrantes de la organización administrativa del Estado, que requieren especial atención para el ejercicio del comercio en general y los objetivos del negocio. No solo basta que

¹²² *Id.*

exista un ambiente normativo, debe coincidir con una actividad sometida a ciertos controles, aunque estos no siempre deben ser de la misma magnitud.

En tercer lugar, es necesario un equipo dentro de la empresa con la capacidad de realizar un análisis de los riesgos derivados del incumplimiento de la normativa legal y sublegal vigente (en particular el análisis económico de su quebrantamiento, v.g. la cuantía de las sanciones pecuniarias a imponer, o demás sanciones administrativas o penales para la empresa y sus empleados, así como su impacto para el negocio y su sustentabilidad). Es fundamental, que existan recursos humanos en la organización (preferiblemente) capaces de evaluar una multiplicidad de aspectos que les permita la detección de los riesgos asociados a su negocio contemplando un escenario lo suficientemente amplio.

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

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

Por supuesto, cada empresa tiene su propio programa de cumplimiento siguiendo a las características propias de su industria. Evidentemente, no es lo mismo la regulación y legislación aplicable a la industria farmacéutica, que a la industria de la tecnología o a las instituciones financieras. Cada empresa, dependiendo de su giro comercial, tendrá un programa de cumplimiento establecido de acuerdo con sus necesidades naturales y potenciales riesgos en su sector en específico, pues no todos los sectores económicos tienen las mismas regulaciones, ni las mismas necesidades, ni los mismos riesgos legales. Sin embargo, justamente, de eso se trata la construcción de controles internos de una organización.

2. El riesgo de corrupción

En este ensayo hemos señalado la importancia de la identificación del riesgo y su categorización para la toma de decisiones de negocio. En ese sentido: (i) se requiere un procedimiento para identificar potenciales riesgos; (ii) debe ser categorizado para saber su impacto en el negocio y sus operaciones; (iii) debe ser evaluado considerando todos los factores (jurisdicción, riesgos legales asociados, comerciales o reputacionales, situación geográfica) para tomar decisiones de negocio con base en lo evaluado y analizado previamente. No obstante, existen ciertos particulares en lo que concierne al riesgo residual que se representa en jurisdicciones legales múltiples. Por riesgo residual, nos referimos al riesgo que, aunque mapeado por los equipos de *compliance*, puede ocurrir independientemente de las proyecciones o planes de riesgos realizados. El riesgo residual es particular en materia anticorrupción, es muy importante porque requiere apreciaciones adicionales sobre su alcance e impacto, y que se sostiene en el criterio y juicio del evaluador del riesgo. Tal como sucede con el riesgo inherente, hay un elemento de juicio al evaluar el riesgo residual de cada riesgo o esquema de corrupción¹²³.

Las empresas que operan en ambientes internacionales pueden enfrentar el desafío de tener que cumplir las disposiciones de múltiples jurisdicciones legales al establecer una política que prohíba la corrupción¹²⁴. Un ejemplo práctico donde ese desafío se manifiesta es el distinto tratamiento legal que reciben los pagos de facilitación. Una empresa puede operar en un país donde los pagos de facilitación estén estrictamente prohibidos y en otro país en donde estén permitidos bajo ciertas circunstancias¹²⁵. Políticas tanto locales como internacionales son recomendables para empresas transnacionales que operan en múltiples jurisdicciones, pues de esta manera se puede regular individualizadamente las situaciones propias de los derechos de cada país en cuestión. Por ello, se ha recomendado un análisis macro del mercado donde se realizan negocios con los siguientes pasos de análisis del riesgo de corrupción: Un primer paso consistente en comprender la economía política nacional; segundo, la identificación de factores internacionales que influyen el fenómeno de corrupción; tercero, el seguimiento de los efectos de tales factores internacionales, y finalmente, cuarto, definir conclusiones y evaluar el alcance de la acción en el mercado a hacer negocios en específico¹²⁶.

Un entendimiento de los riesgos, esquemas y consecuencias legales potenciales de la corrupción es prerequisite para una evaluación

¹²³ OECD y UNODC, Manual para Empresas sobre Ética..., *ob. cit.*, p. 13.

¹²⁴ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, *ob. cit.*, p. 37.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ OECD, *International Drivers of Corruption: a tool for...*, *ob. cit.*, p. 21.

efectiva del riesgo¹²⁷. Ahora bien, la evaluación del riesgo estrictamente supone la consideración de una gama de factores complejos al momento de ingresar en una relación comercial con socios comerciales, proveedores, contratistas, distribuidores, alianzas comerciales, entre otros. Antes de efectuar una evaluación de riesgos, se aconseja a las empresas que definan las funciones y responsabilidades operativas, los procesos operativos y la responsabilidad de supervisar esas actividades¹²⁸. Poner en práctica una evaluación de riesgos puede ser más efectivo y eficiente cuando se incorpora a los procesos existentes, como la proyección financiera u otros ejercicios de evaluación de riesgos dentro de la empresa (v.g., salud y seguridad). Este enfoque también ayuda a reconocer la relación entre las actividades de cumplimiento de las normas y las operativas¹²⁹. En todo caso, el proceso de análisis del riesgo es fundamental para entender en que supuestos la compañía se encuentra más propensa a cometer una falta al programa, y cómo implementar decisiones de negocio para la mitigación de riesgos potenciales.

Habiendo identificado y evaluado los riesgos inherentes relacionados con la corrupción, las empresas tienen que determinar el mejor curso de acción para afrontar, e idealmente minimizar, esos riesgos¹³⁰. La empresa cuando busca mitigar riesgos contra la corrupción tiene múltiples opciones que pueden variar de acuerdo con las situaciones en concreto que nos encontremos. Así, esta puede (i) establecer controles internos para el relacionamiento comercial con proveedores, contratistas o en el curso de sus propias actividades comerciales; (ii) romper relaciones comerciales con empresas, socios, contratistas, proveedores incursos en situaciones irregulares relativas a la corrupción, (iii) supervisión de la gestión del negocio en áreas tradicionalmente propensas a ese riesgo y acompañamiento a sectores de la empresa en específico, entre muchos otros. Lo importante es entender que existen muchas formas de mitigar los riesgos inherentes en cada país con el entrenamiento y acompañamiento debido a las distintas áreas del negocio.

3. Entrenamiento a los empleados y speech corporativo

En materia anticorrupción, el principal reto para las empresas en Venezuela es el entrenamiento a sus empleados y la creación de conciencia colectiva sobre el problema y sus consecuencias. Sorpresivamente, la mayoría de los empleados tiende a desconocer las implicaciones reales y el grave daño que la corrupción genera al país, la economía y mucho menos a la empresa como ente comercial. Precisamente, el trabajo del establecimiento de una cultura contra la corrupción es muy

¹²⁷ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit. p. 11.

¹²⁸ *Id.* p. 10.

¹²⁹ *Id.* p. 11.

¹³⁰ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, ob. cit., p. 15.

complicado en un país donde esta es parte de la vida misma de los empleados y se ha vulgarizado y normalizado como una situación corriente. Por ello, el núcleo del ACA debe nacer del entrenamiento efectivo a todos los empleados sin importar su jerarquía dentro de la organización. Solo el entrenamiento efectivo puede lograr un ACA robusto pues se sustenta en el conocimiento preciso por parte de los empleados de la empresa y en su capacidad de distinguir entre lo moralmente aceptable y lo reprochable. De nada sirven entrenamientos monótonos con conceptos meramente legales o económicos sobre el porqué es mala la corrupción para la empresa.

La comunicación y accesibilidad a materiales de apoyo y políticas claras contra la corrupción y soborno por parte de los empleados es fundamental. Lo ideal, es que el empleado sepa a quién acudir y dónde encontrar la información necesaria ante una situación dudosa o irregularidad y sepa, evidentemente, identificarlas. La empresa debe implementar medidas diseñadas para asegurar una comunicación periódica y una capacitación documentada para todos los niveles de la compañía y, cuando corresponda, para todas sus subsidiarias, sobre la ética y el programa o medidas de cumplimiento en relación con el soborno transnacional¹³¹. La mera creación de manuales y guías de cumplimiento es insuficiente para la creación de un ACA eficaz. Aunque ciertamente se necesitan protocolos, políticas y procedimientos claros, la verdadera esencia del programa se encontrará en (i) entender el problema y sus consecuencias, (ii) claridad sobre la negativa empresarial y tolerancia cero frente a la corrupción como parte de la cultura corporativa y (iii) comunicación efectiva y entrenamiento supervisado. Por ello, se hace necesario un discurso empresarial que ejemplifique la importancia de las políticas corporativas contra la corrupción.

El discurso de la empresa debe manejarse de manera tal que el mensaje pueda ser transmitido y entendido correctamente. Es fundamental que su lenguaje sea lo suficientemente determinante para que puedan entenderse la importancia que gira en torno a este tema. Este, adicionalmente, debe estar orientado a la necesaria transparencia que deben tener los empleados como ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, la integridad de las acciones en su ambiente laboral, y el necesario reporte de actividades dudosas o irregulares. De esta forma, un discurso sobre la importancia de actuar bien y ser respetuosos con la ley, es clave. No en vano, el *speech* corporativo al empleado es sumamente crítico en el establecimiento del ACA corporativo adecuado. Acertadamente se ha señalado que el discurso empresarial contra la corrupción debe establecerse desde lo más alto de la organización, no siendo un discurso único de las gerencias legales y *compliance*, sino una

¹³¹ *Id.*, p. 61.

instrucción directa de la junta directiva. El personal directivo debe declarar abiertamente una tolerancia cero a la corrupción, respaldada por políticas y procedimientos de la empresa que reafirmen ese compromiso¹³².

Indudablemente, el compromiso tiene un papel crítico en el establecimiento de una cultura que esté basada en valores fundamentales como la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas¹³³. En efecto, la corrupción, además de ser una situación ética intolerable, representa altos riesgos legales a la empresa traducidos en cuantiosas multas monetarias que pueden desestabilizar el negocio y su generación de riqueza, sin contar, el impacto reputacional y valor de la acción en el mercado bursátil. De esta manera, el tono del discurso debe venir precisamente por el cuerpo de liderazgo de la organización, como un asunto moral y financiero. Por ello, es el equipo de liderazgo el encargado de expresar un apoyo y un compromiso fuerte, explícito y evidente con el programa corporativo de cumplimiento por parte de la Junta Directiva u otro órgano con facultad de decisión en la empresa y por parte de la alta gerencia¹³⁴.

Íntimamente ligado con las razones del discurso a difundir a todos los empleados, tiene particular relevancia el carácter apolítico que este debe tener. Aunque el fenómeno de la corrupción tiene fuertes vinculaciones políticas a las autoridades y sus malas prácticas, no es conveniente el manejo de un *speech* corporativo politizado o que tome ejemplos de gobiernos actuales. De hecho, el discurso empresarial contra la corrupción deber ser apolítico en el sentido que señala genéricamente las implicaciones negativas de la corrupción y el soborno para el Estado ambiguamente considerado, pero sin señalar a autoridades incursas en tales prácticas. En este caso, es importante recordar que la idea de estos programas es que sean verdaderamente efectivos, que puedan tener un impacto en todos los que forman parte de una organización y la mejor manera de hacerlo es que los mismos empleados de la compañía sientan libertad, confianza y compromiso con él. Para poder lograr este objetivo, el programa debe estar formulado de tal manera que las personas no se sientan en una posición donde perciban algún tipo de ataque o de crítica respecto a posiciones o condiciones particulares vinculadas a su inclinación política, creencias religiosas, preferencias sexuales, etc.

¹³² United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...*, ob. cit., p. 21.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ International Chamber of Commerce, *Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción*, 2011, p. 10, en <https://bit.ly/3GYvqR0>

4. Corrupción como problema financiero

Como hemos señalado, la corrupción es un problema ético y legal, pero también un problema que tiene sus matices desde el punto de vista financiero. ¿Es justificable para el negocio tener asientos contables que justifiquen sus regalos a funcionarios públicos? La corrupción también se combate desde un punto de vista financiero, ya que existe una íntima vinculación entre la regulación AML y la regulación contra la corrupción, pues pueden darse situaciones en simultáneo de ambas violaciones. Quien provee o propulsa la corrupción y el soborno, tiene como contraparte alguien que probablemente legitime capitales o malverse fondos públicos.

Las empresas deben asegurarse de que todas las transacciones financieras se identifiquen de manera adecuada y se registren apropiada y claramente en los libros de contabilidad correspondientes, y que estén disponibles para ser inspeccionados por auditores internos y externos, por el organismo del más alto nivel dentro de la empresa y que no existan cuentas “fuera de libros” o secretas, ni emitirse documentos que no reflejen de manera clara y precisa las transacciones a las que se refieren¹³⁵. En efecto, y sobre todo en los casos de empresas formalmente constituidas o transnacionales, la corrupción tiene un efecto en la contabilidad de la empresa que puede ser señalado como un quiebre de controles en un auditoría interna o externa.

La empresa y su ACA debe cerciorarse que los pagos en efectivo o pagos en especie sean monitoreados para evitar que los mismos sean utilizados para sobornos, solo deben de ser permitidos pequeños pagos hechos de la caja chica o en países o lugares en donde no exista un sistema bancario. En definitiva, diseñar procedimientos financieros y contables a fin de asegurar el mantenimiento claro y preciso de los libros, registros y cuentas, para asegurar que no puedan utilizarse para propósitos de soborno o encubrimiento de actividades irregulares¹³⁶. Desde un punto de vista legal, una experticia contable puede probar la comisión de un acto de corrupción por maquillaje financiero a la contabilidad de la empresa para encubrir pagos en efectivo de sobornos, regalos, y otras formas materiales de sobornar.

La FCPA sanciona precisamente las inconsistencias contables como una forma de penalizar globalmente los delitos relacionados a la corrupción. Por lo anterior, una capacitación personalizada a los equipos financieros de la empresa es una buena forma de reforzar las implicaciones de la corrupción inclusive en áreas donde tradicionalmente no se

¹³⁵ *Id.* Art. 9, a) y b).

¹³⁶ *Id.* Art. 10, h).

relacionan, y reafirman mandatos internacionales aceptado por los Estados¹³⁷.

5. Denuncia interna de irregularidades

Si bien el ACA debe ser preventivo –lograr concientizar a los empleados sobre la importancia de la integridad empresarial y buenas prácticas comerciales– pueden ocurrir irregularidades relacionadas con soborno y corrupción en el curso de las operaciones de la empresa. Ahora bien, no es un argumento de defensa que la empresa se desentienda e ignore la situación ilegal. De ocurrir un hecho de corrupción, ya sea que el involucrado sea empleado o socio comercial, la empresa se encuentra comprometida y puede ser objeto de acciones penales directamente contra ella y los involucrados. En esta situación, el plan preventivo cambia abruptamente a considerarse un plan de mitigación de daños. Por ello, la compañía debe establecer una estructura interna y confidencial de reporte para identificar los riesgos de corrupción percibidos por los empleados. Este canal de comunicación debe ser confidencial para el mejor trabajo por parte del equipo de legal y *compliance* de la compañía, y debe investigarse internamente las denuncias de buena fe. Esto conlleva consigo varios matices de análisis.

Por una parte, debe protegerse al empleado-denunciante de las irregularidades. El ACA debe animar a los empleados y a otros a exponer preocupaciones y denunciar, tan pronto como sea posible, circunstancias sospechosas a funcionarios responsables de la empresa¹³⁸. Para este fin, la empresa debe proporcionar canales seguros y accesibles a través de los cuales los empleados y otros puedan hacerlo confidencialmente y sin riesgo de represalias¹³⁹. Estos canales también deben estar disponibles para que empleados y otros soliciten asesoría o sugieran mejoras para el programa. Como parte de este proceso, la empresa debe brindar orientación a los empleados y a otros en cuanto a la aplicación de las reglas y requisitos del programa a casos individuales¹⁴⁰.

Lo anterior implica el manejo de conversaciones transparentes entre la persona que busca asesoría y quien asesora, pues éste último representa a la empresa en el marco de la denuncia, pero debe ser lo suficientemente hábil para manejar una conversación difícil que requiere

¹³⁷ UNCAC, Art. 12.1 – Sector privado. “1. Cada estado parte debe tomar medidas, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para evitar la corrupción en el sector privado, mejorar las normas contables y de auditoría del mismo, y cuando sea necesario, disponer sanciones civiles, administrativas o penales efectivas, proporcionales y disuasivas por incumplimiento de dichas medidas”.

¹³⁸ APEC, *Anti-corruption Code of Conduct for Business*, 2007, p. 6.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

un apoyo más allá de lo estrictamente legal, en lo que debe ser considerado ético de acuerdo con las circunstancias en concreto del caso planteado. Esto tiene una contra partida desde el punto de vista de recursos humanos de la empresa, ya que no puede degradar o sancionar al empleado que ha decidido voluntariamente denunciar. No en vano, la empresa debe dejar claro que el cumplimiento del programa es obligatorio y que ningún empleado será degradado, sancionado ni enfrentará otras consecuencias adversas por rehusarse a pagar sobornos, incluso si ello implica que la empresa pierda un negocio¹⁴¹. Tiene que existir un ambiente de confianza en el cual los empleados puedan libremente conversar con el equipo calificado que indagará en las denuncias realizadas.

Por otra parte, la comunicación entre el denunciante y el equipo de investigación debe ser confidencial y no repercutir, en ninguna circunstancia, en el trabajador. La compañía debe ofrecer canales confiables para exponer preocupaciones, buscar consejo o reportar violaciones sin temor a represalias, discriminación o acciones disciplinarias, así como todos los reportes levantados de buena fe deben de ser investigados¹⁴². La investigación interna a realizar debe ser fundamentada y llevada de la mano del equipo legal de la compañía, ya sea por el resguardo de las comunicaciones que pueden ser confidenciales, así como para la elaboración de la estrategia penal de defensa de ser el caso (colaboración con las autoridades, *self-disclosure*, entre otros). Para este efecto, la empresa debe proporcionar canales seguros y accesibles a través de los cuales los empleados y otros puedan cumplirla confidencialmente y sin riesgo de represalias¹⁴³. El proceso de investigación también debe basarse en los buenos principios consagrados dentro del Estado de derecho, que incluyen, por ejemplo, la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado y la preservación de la integridad de una investigación¹⁴⁴.

6. Manejo y estrategia frente a violaciones al programa

En primer lugar, la posibilidad de violación tanto de políticas internas como de normas legales siempre existe independientemente de la jurisdicción en la que nos encontremos operando. Ahora bien, este riesgo puede incrementarse en jurisdicciones de alto riesgo o por el tipo de industria de la que se trate (v.g no es el mismo riesgo el existente a para una multinacional de la tecnología como para una empresa extractiva de recursos minerales, ya que sus interacciones con funcionarios de gobierno son distintas y afectan su operación de formas particulares). El

¹⁴¹ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit., p. 64.

¹⁴² ICC, *Reglas de la ICC...*, ob. cit., p. 11, literal m).

¹⁴³ OECD y UNODC, *Manual para Empresas sobre Ética...*, ob. cit., p. 67.

¹⁴⁴ United Nations, *An Anti-Corruption Ethics...* ob. cit., p. 89.

manejo de la irregularidad, cuando es un hecho en nuestras manos, puede manejarse de manera *interna* o *externa* con las autoridades.

Un manejo interno de un hecho irregular debe necesariamente desembocar en el inicio de una investigación interna por violaciones al código de ética empresarial de la compañía y establecer planes de mitigación de riesgos para que la situación no vuelva a ocurrir. Es recomendable que la empresa diseñe y ejecute medidas disciplinarias apropiadas (incluyendo terminación de la relación laboral) contra todas las personas involucradas en una conducta indebida u otra violación del ACA, en todos los niveles de la parte, incluyendo directores y altos oficiales corporativos¹⁴⁵. Esto, claramente de acuerdo con el tipo de irregularidad que se trate. En general, el objetivo del ACA es preventivo. Pero de ocurrir un hecho irregular que active los planes de mitigación, la empresa debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para combatir la corrupción y que ha tomado las decisiones correctivas correctas de acuerdo con sus protocolos, políticas y, en general, en beneficio de un ambiente de trabajo íntegro.

7. Autonomía del programa y recursos adecuados

El ACA debe ser plenamente autónomo y contar con los recursos necesarios y suficientes para realizar las investigaciones internas necesarias y ejecutar, de ser necesario, las políticas anticorrupción de la compañía. De nada sirve un programa escrito en papel, guardado y olvidado en una oficina. Al contrario, el ACA debe ser celosamente aplicado y ejecutado ante la sospecha de situaciones irregulares relativas a la corrupción que pueden potencialmente comprometer el negocio. Por ello, para la implementación del ACA se debe contar con un equipo técnico calificado sobre la normativa aplicable y los procedimientos corporativos especialmente diseñados para resolver esta clase de problemas. Para que el ACA sea eficaz requiere de la colaboración de todos los departamentos de la compañía y no depender jerárquicamente de gerencias o departamentos distintos a su función. En otras palabras, el ACA debe permitir plena libertad al equipo de *compliance* para investigar, recomendar, o incluso sancionar a las personas involucradas en hechos irregulares.

8. Monitoreo de los regalos corporativos y donaciones caritativas

Finalmente, aunque los delitos de corrupción requieran intencionalidad en el acto corrupto, es decir, que el delito se concreta en la intención dolosa y la manifiesta contradicción al mandato establecido por la

¹⁴⁵ World Bank, *Lineamientos para el cumplimiento de la integridad*, 2010, punto 8.2, en <https://bit.ly/3oaaldL>

ley, regalar o donar a autoridades del Estado entra en un área de indeterminación muy difícil de controlar a los ojos de terceros ajenos a la empresa. El mero hecho de regalar o donar levanta alarmas sin necesidad de estudiar el fondo del asunto en cuestión. Legalmente, si bien no es expresamente un delito la realización de un regalo o una donación, existe una delgada línea entre lo lícito e ilícito que la empresa debe monitorear con cautela. Es altamente recomendable, por regla general, que los regalos a funcionarios públicos no deben ser permitidos por la empresa salvo puntuales excepciones comerciales propias del negocio en concreto. Y, por tal motivo, es fundamental el establecimiento de límites para los mismos y el *due record* de todas las contribuciones aceptables que se puedan hacer. Como hemos señalado, es importante que este tipo de actividades estén bien documentadas a los fines de potenciales auditorías.

Así, por ejemplo, los regalos simbólicos están permitidos siempre y cuando no sigan fines ilícitos y no sean exorbitantes u ostentosos. Debido a que la ley penaliza el ofrecimiento de dinero y su entrega a funcionarios, las entregas de dinero efectivo a funcionarios no pueden ser tolerados en un ACA empresarial por contrariar expresamente lo establecido en los delitos de corrupción. Por ello, la compañía debe establecer protocolos, procedimientos y políticas que regulen los regalos, donaciones y entretenimiento en situaciones referentes al relacionamiento con funcionarios público y pares comerciales.

La política corporativa de regalos y donaciones debe ser lo suficientemente flexible para reconocer ciertas situaciones de negocios donde los regalos corporativos pueden fomentar relaciones comerciales de buena fe y sin intenciones dolosas ni corruptas, ya que puede darse el caso y ser válido y plenamente legal. Ahora bien, en materia de regalos, donaciones y entretenimiento no hay reglas escritas en piedra (más allá de las que pueda establecer el negocio). En Venezuela particularmente, no existe una regulación clara sobre la legalidad de los regalos corporativos, entretenimiento o donaciones caritativas, ni establecimiento de límites a su cuantía. Por ello, el análisis debe realizarse *case-by-case* y con el debido apoyo del equipo legal y *compliance* de la compañía para verificar las intenciones empresariales perseguidas con la entrega de la cortesía empresarial.

En efecto, una forma de diferenciar los actos empresariales aceptables de los reprochables es a través del *test de la cortesía* y el *test del salario mínimo*. Por *test de la cortesía*, nos referimos a la siguiente pregunta: ¿es el regalo, donación o entretenimiento una cortesía que no recibe contraprestación o beneficio comercial? Si la respuesta es afirmativa, probablemente el regalo, donación o entretenimiento es un acto válido y legal. Por otra parte, el *test del salario mínimo* se refiere al valor

del objeto entregado al funcionario público o al distribuidor, proveedor o socio comercial: ¿es el regalo, donación o entretenimiento superior a un salario mínimo? Si la respuesta es afirmativa ¿cuántos? Las respuestas a estas preguntas pueden ayudarnos a valorar lo regalado o donado y diferenciarlo de aquello que puede ser ostentoso para un ciudadano común en su día a día¹⁴⁶. Si la respuesta es algo fuera de lo común, probablemente el regalo no es válido y puede interpretarse en contrario como un acto de corrupción, independientemente de la intención corporativa, por su impresión frente a terceros.

En ambos casos, nos encontramos en un análisis casuístico del regalo o donación en concreto. Por ello, las políticas corporativas de regalos pueden establecer límites de cuantía de qué regalos son aceptables y cuáles no, y en que supuestos se puede donar al Estado en cualquiera de sus formas (v.g el establecimiento de lineamientos para la realización de donaciones a la Administración Pública como entidad legal y nunca a un funcionario en específico; e.g. una compañía hace una donación en colaboración al ministerio de salud por una alerta sanitaria decretada, contentiva de una dotación de material médico quirúrgico ante la pandemia, en el marco de su programa de responsabilidad social).

Adicionalmente, es muy importante aclarar que en materia de regalos corporativos y donaciones caritativas: **(i)** los regalos empresariales propios por la costumbre local son permitidos, siempre y cuando no sean ostentosos y no representen algo propiamente de valor (e.g cesta navideñas como cortesía a ciertos funcionarios públicos o para socios, distribuidores y aliados comerciales); y **(ii)** la cortesía de alimentación a funcionarios públicos no puede considerarse como un acto doloso, pues al contrario, se trata de una liberalidad y demostración que exclusivamente manifiesta la atención, respeto que tiene alguien a esa persona (e.g una empresa que proporciona transporte y desayuno a un funcionario público que debe fiscalizar las operaciones de la compañía en sus instalaciones).

Consideraciones distintas merecen las contribuciones políticas a partidos políticos. En materia de contribuciones políticas es recomendable su prohibición en todo sentido, ya que la empresa no debe participar en procesos políticos ajenos a su operatividad y negocio. En Venezuela, la Ley de Partidos Políticos, Reuniones Públicas y Manifestaciones¹⁴⁷ prohíbe expresamente a los partidos políticos la aceptación de

¹⁴⁶ Evidentemente, el salario mínimo en Venezuela es irreal frente a otros países. De igual forma sirve como parámetro de medición. Podemos preguntarnos: ¿Cuánto gana un funcionario público frente al obsequio que se le quiere dar? Y la respuesta a esta pregunta puede orientarnos sobre la validez o no del acto en cuestión.

¹⁴⁷ Gaceta Oficial N° 6.013 Extraordinario del 23-12-2010.

donaciones o subsidios por parte de compañías extranjeras, Estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras¹⁴⁸.

Conclusiones

En la forma que hemos analizado el fenómeno de la corrupción, hemos advertido el inmenso impacto empresarial que puede tener esta mala práctica corporativa. Más allá de su concepción como delito o ilícito, puede destruir la empresa u organización donde se promueva o se fomenta. El abuso de poder, en todas sus formas, no debe ser tolerado. *Compliance* no solo implica prevención: empresas con problemas públicos y notorios en sus asuntos regulatorios se ven obligadas a realizar un análisis de riesgos y elegir la opción menos mala cuando los controles internos fallan.

La corrupción es un fenómeno que trasciende fronteras por su extraterritorialidad. Así, los hechos de un país, sin aparente conexión jurisdiccional, son suficiente para el juicio penal de otro. Este es el caso de *Siemens AG* y tres de sus subsidiarias cuando se declararon culpables de violaciones al FCPA y acordaron pagar 450 millones de dólares en multas combinadas¹⁴⁹. El caso Siemens, es sin lugar a duda, la cúspide de un verdadero escándalo de corrupción transnacional. Antes de que el escándalo saliera a la luz pública, la reputación de Siemens era extremadamente buena en el mundo de los negocios como una transnacional de primer nivel.

Siemens era reconocido por sus productos tecnológicos y servicios confiables en telecomunicaciones, energía, transporte y equipos médicos¹⁵⁰. Por esta razón, el mundo se tomó por sorpresa cuando la policía allanó la sede de la compañía en Múnich y otras subsidiarias el 15-11-2006¹⁵¹. La primera reacción de la compañía fue reclamar inocencia y culpar a una pequeña "banda criminal" de los hechos¹⁵².

En realidad, durante años, la compañía había fingido hacer negocios de acuerdo con los más altos estándares éticos y legales. Desde al

¹⁴⁸ Ley de Partidos Políticos, Art. 24. "[...] 4) *No aceptar donaciones o subsidios de las entidades públicas, tengan o no carácter autónomo; de las compañías extranjeras o con casa matriz en el extranjero; de empresas concesionarias de obras públicas o de cualquier servicio de bienes propiedad del Estado; de estados extranjeros y de organizaciones políticas extranjeras*".

¹⁴⁹ Véase: Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines, 15-12-2008, en <https://bit.ly/3H8Wjle>

¹⁵⁰ Véase, *The conversation, Lessons from the massive Siemens corruption scandal one decade later*, en <https://bit.ly/3wuMWHE>

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.*

menos 1991, Siemens había desarrollado normas corporativas anticorrupción, códigos de conducta sofisticados y pautas comerciales estrictas. Incluso fue seleccionado para convertirse en miembro corporativo del capítulo alemán de Transparencia Internacional en 1998. Sin embargo, la realidad era completamente diferente¹⁵³.

Una de las lecciones del caso Siemens es que existen Estados donde las acusaciones de corrupción por parte de empresas transnacionales son seriamente consideradas. El impacto empresarial de la corrupción no solo es catastrófico para cualquier empresa, es también inexcusable. Experiencias como la de Siemens son las que verdaderamente permiten entender el mundo actual de los negocios y la legitimidad de su necesaria regulación en materia anticorrupción. La empresa debe acoger y ser respetuosa frente a una regulación cada vez más internacional y menos doméstica. Hemos analizado que la empresa requiere una tolerancia cero a la corrupción por sus implicaciones éticas y por entorpecer el trabajo de los Estados alrededor del mundo. No en vano, hace mucho tiempo la corrupción ha dejado de ser un problema exclusivo de la Administración Pública, para pasar a ser una responsabilidad compartida entre el sector público y privado. ■

¹⁵³ *Id.*