

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**“NECESIDAD DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO  
NORMATIVO EN EMPRESAS PÚBLICAS DEL SECTOR FINANCIERO  
FRENTE A ACTOS DE CORRUPCIÓN. ANÁLISIS EN EL MARCO DE LA  
LEY N° 30424”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**AUTOR**

**Rodolfo Martín Talavera Díaz**

**ASESOR**

**Armando Sánchez Málaga Carrillo**

**LIMA - PERÚ**

**Enero, 2020**

## RESUMEN EJECUTIVO

Ante la situación actual que atraviesan las empresas a nivel nacional e internacional frente a la comisión de actos de corrupción vinculados a la actuación de sus trabajadores, adquiere relevancia el análisis acerca de la necesidad o no de implementar programas de cumplimiento normativo (*Compliance*), en los términos establecidos en la reciente Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, y sus modificatorias. A partir de ello, se desprende que las empresas públicas deberán analizar, considerando los beneficios o desventajas, si tal medida resulta eficiente. Asimismo, se analiza la naturaleza y alcances del *Compliance*, a fin de determinar si existe un posible conflicto de competencia con las funciones del Sistema Nacional de Control. Finalmente, se proponen recomendaciones e incentivos a fin que las empresas públicas implementen tal iniciativa, pese a que la normativa no lo regula como una obligación.

### ABSTRACT

*Given the current situation of companies at national and international level against the commission of acts of corruption linked to the performance of their workers, the analysis of the need or not to implement regulatory compliance programs becomes relevant, in the terms established in the recent Law N° 30424, Law that regulates the administrative responsibility or legal persons for the crime of transnational active bribery. From this, it follows that public companies must analyze, considering the benefits or disadvantages, if such a measure is efficient. Besides that, the nature and scope of Compliance is analyzed, in order to determine if there is a possible conflict of competence with functions of the National Control System. Finally, recommendations and incentives are proposed so that public companies implement such initiative, although the regulations do not regulate it as an obligation.*

## INDICE

Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE</b>	<b>10</b>
1.1. Actividad económica del Estado y marco constitucional	10
1.2. Actividad empresarial y el Estado como partícipe	15
1.3. Cumplimiento normativo	19
1.3.1. <i>Compliance</i> como mecanismo de autorregulación	19
1.3.2. Naturaleza del <i>Compliance</i> , sus alcances y responsable	24
1.4. Empresas públicas y ámbito de regulación	29
1.5. Cumplimiento normativo frente a actos de corrupción	32
1.5.1. Instrumentos de regulación	32
1.5.2. Funcionario público y comisión de actos de corrupción	37
<b>CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b>	<b>39</b>
2.1. Conflicto de competencia: Sistema Nacional de Control	43
2.2. Beneficios de la implementación de <i>compliance</i>	48
2.3. Desventajas frente a la implementación de <i>compliance</i>	51
<b>CAPÍTULO III: DISCUSIÓN</b>	<b>57</b>
3.1. Análisis del problema de investigación	62
3.2. Incentivos para la adopción del <i>Compliance</i>	78
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>81</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>85</b>

## INTRODUCCIÓN

Las áreas de investigación del presente trabajo son las siguientes: (i) *Compliance*; (ii) Derecho de la Empresa; (iii) Derecho Administrativo; y, (iii) Derecho Penal Económico.

Asimismo, el tema de investigación se centra en el ámbito del cumplimiento normativo (*compliance*) de las empresas. En ese sentido, se busca demostrar si resulta necesario implementar programas de cumplimiento normativo en empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE frente a actos de corrupción.

Así, en la actualidad los actos de corrupción, principalmente la ocurrencia de casos de soborno, se presentan con mayor habitualidad, produciendo efectos de tipo legal o económico, así como también, de índole reputacional. Dicha situación conlleva a las empresas a implementar programas de cumplimiento, en especial, cuando estas administran recursos económicos de los usuarios, como es el caso de las empresas públicas que pertenecen al sector financiero.

En esa línea, de acuerdo a las cifras del Fondo Monetario Internacional – FMI al año 2017, en el Perú se estima un monto anual producto de la corrupción ascendente a S/ 12,974 (doce millones novecientos setenta y cuatro mil soles) (FMI, 2017, recuperado). Ello, torna aún más importante la decisión que debe de adoptar una empresa pública, a fin de contar con mecanismos preventivos idóneos y eficientes que eviten tal ocurrencia y, con ello, la posibilidad de incurrir en responsabilidad por la actuación de sus trabajadores (funcionarios públicos).

A partir de ello, el contexto actual que se vive en el país muestra que los actos de corrupción, como el soborno, se producen con cotidianeidad, apareciendo en diversos medios de comunicación nacional e internacional, debiendo las empresas estar preparadas frente a las consecuencias legales o extra legales que se puedan generar.

Por eso, entonces, se evidencia que los propios agentes económicos vienen mostrando menos tolerancia a determinadas formas ilícitas de hacer los negocios, lo cual conlleva a que se reduzca progresivamente la incidencia de asumir responsabilidades por tales actuaciones, lo cual va en detrimento de su imagen y reputación.

De esta forma, cabe señalar que la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada el 23 de noviembre de 1988 y actualmente derogada, regulaba dicha actividad, entre otros, en lo relativo a su nivel de organización y estructura económica, a través del funcionamiento de sus sistemas administrativos.

Así, en la referida norma, se establecía las formas en las que el Estado actuaba en el ámbito empresarial, entre las cuales se encontraban: (i) empresas de derecho público, (ii) empresas del Estado de derecho privado, (iii) empresas de economía mixta y, (iv) accionariado del Estado. (Ley N° 24948, 1988, art.5). De esta manera, el Estado intervenía en el mercado, regulando sus actividades a través de este tipo de empresas.

Atendiendo a ello y, a fin de dotar de una mayor eficiencia a la actividad empresarial del Estado, a partir de la adopción de nuevos instrumentos de gestión, normativos y de una estructura que afiance la transparencia en las transacciones, en el año 2008 se aprobó el vigente Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.

De esta manera, el Estado realiza actividad empresarial de manera subsidiaria debiendo contar previamente con una norma con rango legal que la autorice y, supeditada a la existencia de un interés público; situación que no excluye la libre iniciativa de los agentes privados de participar e invertir en determinados sectores económicos (Decreto Legislativo N° 1031, 2008, art.3).

De esta forma, en el referido decreto legislativo, se establecen las maneras en las que actualmente se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado, entre las que se encuentran: (i) empresas del Estado con accionariado único, (ii) empresas del Estado con accionariado privado y, (iii) empresas del Estado con potestades públicas. (Decreto Legislativo N° 1031, 2008, art.4). De ello, se observa que, si bien los nombres han cambiado respecto a su antecesora, la Ley N° 24948, en el fondo, las características respecto al tipo de actividad empresarial que desarrollan las empresas del Estado resultan similares.

En esa línea, cabe precisar que las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1031 y su respectivo reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 176-2010-EF, resultan aplicables a las Empresas del Estado bajo el ámbito del FONAFE. (Decreto Legislativo N° 1031, 2008, art.2).

Así, el Decreto Legislativo N° 1031 dispone que “son empresas del *Estado con accionariado privado*, aquellas, organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por las que ejerce un control mayoritario de su Junta General de Accionistas”. (Decreto Legislativo N° 1031, 2008, art.4.2).

Al respecto y, a efectos del presente trabajo de investigación, deberá entenderse a las “empresas del Estado con accionariado privado” como “empresas públicas”, a fin de generar un contraste cuando se compare con las “empresas”, concebidas en sentido lato.

En ese sentido, considerando la naturaleza que poseen empresas del Estado, la presente investigación buscará demostrar que sí resulta necesario implementar programas de cumplimiento normativo en empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE frente a actos de corrupción, tales como el soborno, en tanto se comportan en el mercado como un agente económico más, generando con ello, resultados positivos.

Así, cabe indicar que si bien no se aborda el tema de la corrupción de forma directa, en términos de actos de soborno, en la Constitución Política de 1993, si se aprecia una mención indirecta a dicha problemática, tal como ocurre con el artículo 41, al regular que “los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos”.

De esta forma, se reconoce que los actos de corrupción generan un perjuicio a los valores y bienes jurídicos constitucionales, los mismos que se presentan tanto al interior como al exterior de una entidad. En esa línea, se tornaría necesario que las propias empresas públicas implementen programas de cumplimiento que prevengan la comisión de tales conductas.

Relacionado a lo anterior, desde el ámbito del Derecho Constitucional, resulta de relevancia, prevenir, identificar y sancionar actos de corrupción por parte de aquellos individuos que realizan función pública, incidiendo principalmente en la promoción y fortalecimiento de mecanismos que coadyuven a eliminar casos de impunidad. (Landa, 2008, p.27)

En ese contexto, el presente trabajo de investigación tomará en consideración las empresas públicas del sector financiero que forman parte del ámbito de regulación del FONAFE, en tanto, conforme se ha indicado, se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo N° 1031. Entre estas empresas cabe considerar al Banco Agropecuario - Agrobanco, el Banco de la Nación, la Corporación Financiera de Desarrollo - COFIDE y el Fondo Mivivienda, en la medida que actúan en el mercado como cualquier otro agente económico en semejantes condiciones de igualdad.

Así, para realizar el análisis se utilizará como marco normativo, la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional; el Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado; doctrina que regula la problemática de la corrupción en el aparato estatal; así como doctrina y dispositivos que aborden el tema del *Compliance*.

De esta forma, en caso las empresas públicas del sector financiero decidan adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo para prevenir actos de corrupción, estas podrán, de ser el caso, ver eximida su responsabilidad, si demuestran haber contado con dicho programa de forma previa, el cual responda a las características particulares de la propia entidad. (Ley N° 30424, 2016, art.17).

En este punto, cabe precisar que, si bien la Ley N° 30424 no establece una obligación o un deber para que las empresas incorporen dicho tipo de programas de prevención, tal situación podría ser beneficiosa si se considera que, dado el momento, puede significar eximirse de responsabilidad frente a la comisión de algún acto ilícito.

En esa línea, a nivel doctrinal se concibe a tal circunstancia como una incumbencia por parte de una empresa, en la medida que le generaría beneficios positivos frente a su observancia, pese a que no existe de por medio una obligación normativa o un deber para su cumplimiento.

Así, cabe traer a colación el término "*Obliegenheiten*", de la ciencia jurídica penal alemana que consiste en un comportamiento o mandato de menor intensidad que un deber propiamente dicho; sin embargo, no existe una traducción exacta en el idioma castellano a fin de entender a cabalidad su definición. De esta manera, el término "incumbencia" resultaría menos impreciso cuando a un menor grado de deber se refiere,

respecto al hecho de implementar programas de cumplimiento normativo. (Montiel, 2014, p.3-4)

Al respecto, se debe señalar que, conforme lo dispone la Ley N° 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, un programa de cumplimiento consiste en “(...) medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la futura comisión de delitos o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”. (Ley N° 30737, 2018, art. 13).

Asimismo, en los términos de la Ley N° 30424, se entiende como modelo de prevención, aquellas “(...) medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”. (Ley 30424, 2016, art.17.1)

Así, como se puede observar, esta norma ha sido emitida recientemente lo que demostraría que en diversos sectores de la sociedad resulta necesaria la expedición de una normativa que sirva para coadyuvar en la prevención o desincentivo de conductas ilícitas vinculadas a actos de corrupción, como el soborno, en especial, en el actuar de funcionarios en empresas públicas. En esa línea, es el abuso del cargo público lo que conlleva la comisión de actos de corrupción, el mismo que se configura partir del involucramiento de un funcionario público. (Kaufmann, 2000, p. 368)

Asimismo, respecto a los programas de cumplimiento, cabe indicar que estos son concebidos como protocolos que son integrados voluntariamente por personas jurídicas a fin de ejercer controles idóneos y, con ello, evitar conductas ilícitas por parte de su personal y de la plana directiva, buscando que no se produzca, la ocurrencia de responsabilidad. (Rayón, 2018, p.210).

No obstante, hay que indicar que parte de la doctrina no sólo hace referencia a la denominación de programa de cumplimiento sino también utiliza otra terminología, tales como, protocolos de minimización de riesgos delictivos, códigos de conducta empresariales, entre otros. (Magro, 2011, p.1).

Con base en ello, se desprende que, independientemente de la denominación que se emplee respecto a la adopción de programas de cumplimiento al interior de entidades, el concepto que trasciende finalmente, es la adopción de procedimientos o



mecanismos a partir de los cuales, se prevenga la comisión de actos de corrupción, como son los actos de soborno por parte de los órganos o funcionarios de la empresa.

A partir de ello, es que resulta relevante determinar si, para las empresas públicas resulta necesaria la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo, en tanto, la propia Ley N° 30424, no establece tal situación como una obligación o un deber, sino al contrario, constituirá una decisión del propio agente económico, en ejercicio de su autonomía.

Para ello, resultará relevante considerar que tal decisión de implementación podría resultar poco eficiente o carecerá de incentivos si es que se considera que ya existe una entidad pública que se encarga supervisar el correcto uso de los bienes y recursos en el marco del Sistema Nacional de Control, como es la Contraloría General de la República; situación que podría resultar suficiente a fin de prevenir la comisión de conductas ilícitas como son los actos de corrupción.

En esa medida, se hace necesario que el presente trabajo de investigación logre desarrollar y determinar cuáles serían las ventajas que tendría una empresa pública de decidir adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo, o si, por el contrario, tal situación podría conllevar desventajas frente a tal decisión empresarial; además de determinar si se generan los incentivos suficientes para su implementación.

Así, entonces, el problema que busca analizar mi investigación, es demostrar si resulta necesario que las empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE implementen programas de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, atendiendo a que dicho tipo de empresas actúan en el mercado como un agente económico más, realizando actividad empresarial y, recibiendo el mismo tratamiento legal (Const. 1993, art.60).

Al respecto, debe indicarse que la Constitución Política de 1993 establece en su artículo 60, cuando hace referencia al pluralismo económico, que “la actividad empresarial pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”. A partir de ello, se desprende que los programas de cumplimiento normativo podrían implementarse en empresas públicas, buscando con ello, prevenir la comisión de actos de corrupción en sus actividades económicas.

En esa línea, la hipótesis del presente trabajo de investigación está referida a determinar si resulta necesario que las empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE implementen programas de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 30424.

Ello, considerando que existirían beneficios en caso decidan implementarlo, desde la exoneración de responsabilidad, hasta la consolidación de la imagen o reputación en el sector financiero donde se desarrollan, máxime si es un sector altamente competitivo y con un importante nivel de exigencia de parte de los usuarios.

Sin perjuicio de ello, también se buscará dar una mirada respecto a determinar si existen incentivos suficientes para la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo, en la medida que la propia Ley N° 30424, no la establece como una obligación o un deber para las empresas públicas, además de tener que incurrir en costos para llevar a cabo tal actividad.

De acuerdo a lo antes mencionado, los objetivos que se trazan para dar respuesta a la hipótesis planteada, están referidos principalmente a lo siguiente: (i) establecer cuál es el marco constitucional en el que el Estado desarrolla su actividad económica; (ii) determinar la actuación del Estado como partícipe de la actividad empresarial que realiza; (iii) conocer que significa el cumplimiento normativo en las empresas; (iv) estudiar el ámbito en el que las empresas públicas realizan sus actividades; y, (v) analizar el cumplimiento normativo de las empresas públicas frente a actos de corrupción.

En ese contexto, deberá considerarse que las empresas públicas poseen una estructura como sociedad anónima y con propiedad de acciones del Estado; contando con habilitación constitucional; y, que existe normativa y acuerdos internacionales que incentivan las políticas de prevención de actos de corrupción.

Finalmente, para realizar el análisis antes mencionado, citaré doctrina y la legislación pertinente que permita determinar que, si resulta necesaria la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo en las empresas públicas, en el marco de la Ley N° 30424, entre otra normativa conexas, considerando los beneficios, así como las desventajas que podrían generarse ante tal decisión.

## CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

### 1.1. Actividad económica del Estado y marco constitucional

En el presente trabajo de investigación se procederá a brindar alcances respecto a lo establecido por la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución de 1993), especialmente en lo referido a la parte de regulación económica. Ello, en la medida que, sobre dicho articulado se realizará un análisis vinculado a la actividad que desarrollan las empresas del Estado en el mercado, en condiciones similares a la del resto de agentes económicos.

Así, resulta importante determinar en este apartado, la regulación que otorga la Constitución de 1993 al Estado a fin de participar en las actividades del mercado, a partir de la ejecución de una actividad empresarial subsidiaria y en las mismas condiciones que las empresas en sentido lato.

En este caso, desde una concepción económica y social de la Constitución, esta es concebida como aquel conjunto de normas a partir de las cuales se regula la participación de los individuos y del Estado, en tanto, delimita las potestades, derechos, obligaciones y responsabilidades frente a la actividad que desarrollan en el mercado. (Font, 1987, p.131-132).

En esa misma línea, la constitución económica se constituye como el marco normativo que establece las reglas para que las empresas puedan desenvolverse en el mercado realizando actividad económica a partir del ordenamiento adoptado por el Estado, situación que resulta relevante para la actividad y el desarrollo económico del país. (García, 1998, p.116).

Al respecto, a decir de Blume, no existe aún para el Derecho Constitucional una definición exacta y universalmente aceptada de Constitución Económica, sin perjuicio de lo cual, se advierten dos dimensiones. Por un lado, una vista como *contenido*, denominada como Constitución Económica Material, que hace referencia a un ordenamiento real de la economía en un espacio determinado; y, por otro lado, una vista como *norma jurídica suprema*, denominada Constitución Económica Formal, que hace alusión a la manera como se regula una realidad específica. (Blume, 1997, p. 31)

Con base en ello, en el artículo 58 del Capítulo III del Régimen Económico de la Constitución de 1993, se establece que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Asimismo, a fin de conocer que se entiende por actividad empresarial del Estado, cabe señalar que esta se encuentra vinculada a lo que la Constitución de 1993 define como pluralismo económico. Así, bajo esta concepción, la economía nacional del país se fundamenta en la existencia simultánea de formas distintas de empresa y de propiedad. (Const.93, art. 60).

De acuerdo a lo anterior, entonces, se observa que la actividad empresarial del Estado a partir de lo establecido en la Constitución encuentra reconocimiento cuando está autorizada por ley y, con respecto a áreas o sectores económicos donde no existe una iniciativa privada o resulta insuficiente. Ello, en la medida que dicha actividad presenta un alto interés público o un gran interés nacional, siendo la intervención del Estado mínima o excepcional a la regulación que se produce por el propio mercado.

Atendiendo a lo señalado precedentemente, cabe indicar que la Constitución de 1993 se aparta del marco económico establecido en la Constitución Política del Perú de 1979 (en adelante, Constitución de 1979), en tanto, esta última, privilegiaba un régimen económico basado principalmente en el principio de justicia social y donde el Estado mantenía un mayor nivel de injerencia en las actividades económicas de los agentes privados.

Dicha situación se desprende a partir de la redacción de la referida norma, cuando refiere que “El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio”. (Const. 1979, art.111).

En el mismo sentido, corresponde indicar que la Constitución de 1979 fue el primer texto constitucional en desarrollar una constitución económica formal, donde se describía de manera articulada una serie de reglas aplicables a la actividad económica (Blume, 1997, p. 30-31), situación que evidencia una participación del Estado más activa a partir de la implementación de planes para el desarrollo en la actividad económica.

De esta forma, el papel que asumía el Estado en la década de finales de los años setenta estaba enmarcada en una participación más activa y social con respecto a sus ciudadanos, además de evidenciar un mayor grado de intervención en relación a la participación en el mercado de los agentes económicos.

A diferencia de ello, en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución de 1993, se desarrolla la noción de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, estableciendo que: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”.

En esa línea, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, respecto a la subsidiariedad de la actuación del Estado en el mercado señala lo siguiente: “(...) la Actividad Empresarial del Estado solo puede desarrollarse a condición de cumplirse tres requisitos concurrentes, que son tanto de carácter subjetivo cuanto objetivo: a) legalidad habilitante, b) subsidiariedad y c) alto interés público o manifiesta conveniencia nacional”.

De acuerdo a ello, y conforme a lo ha señalado por el Tribunal Constitucional, el Estado es garante final del interés general, actuando subsidiariamente, cuando los agentes del mercado no están en condiciones de brindar oportunidades a la sociedad para que satisfagan sus necesidades, conforme se señala a continuación:

*“(...) Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo”. (Tribunal Constitucional, 2003, St. 0008-2006-AI/TC).*

En esa misma línea, la subsidiariedad también se concibe como aquel principio de tipo constitucional a través del cual se reserva al Estado una tarea de vigilancia frente a la actuación en libre competencia que realiza en el mercado, sin participar directamente, en la medida que solo su participación es residual y de promoción de la libre competencia. (Kresalja, 2015, p. 104-105).

De acuerdo a ello, para el Tribunal Constitucional, la subsidiaridad se plantea en dos sentidos, uno *vertical*, relacionado a la existencia de dos ordenamientos de diferente jerarquía (uno general sobre uno específico); y, uno *horizontal*, relacionado al vínculo establecido entre la ciudadanía y el Estado, donde este último solo participe en las actividades básicas o esenciales. (Exp. TC N° 008008-2003-AI/TC, consid. 19).

Atendiendo a lo anterior, la doctrina señala que la subsidiaridad implica tres tipos de actividades; una en *sentido estricto*, que puede resumirse en que lo realizable por una entidad menor no debe ser efectuada por una entidad mayor; una en *sentido supletorio*, referida a que las agrupaciones de mayor tamaño cooperan con las menores para un mejor desempeño y para suplir deficiencias de estas últimas; y, una en *sentido de coordinación*, que asigna a núcleos sociales más grandes la organización de sectores con capacidades reducidas para su atención. (Cabanellas, 2009, p.471).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando algunas ideas en torno al principio de subsidiaridad, principalmente, en lo referido a que la Constitución de 1993, la recoge expresamente a diferencia de lo planteado en la Constitución de 1979. Asimismo, plantea dos límites en su actuación, una referida a su participación en la actividad económica (función supervisora del mercado) y la otra que reconoce que el mercado no puede solucionar algunos problemas de la sociedad (función reguladora del mercado) (Resolución TC N° 7339-2006-PA/TC, 2006, p.7-11)

Por ello, se concibe que la actividad empresarial del Estado presenta objetivos vinculados, entre otros, con la redistribución equitativa de ingresos, eficiencia de los competidores en el mercado, intervención estatal en sectores que no resultan de interés para la inversión de la actividad privada; los mismos que no necesariamente poseen un carácter subsidiario.

Sin embargo, se basan en lo dispuesto por la propia Constitución de 1993, en tanto señala que la participación del Estado resulta subordinada al “(...) alto interés público o manifiesta conveniencia nacional (...)” y autorizada por norma de rango legal. (Const.93, art. 60).

En ese marco de subsidiaridad por parte del Estado, es que a mediados del mes de noviembre de 1988 se publicó la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, actualmente derogada y, cuya finalidad estuvo destinada a regular la actividad empresarial del Estado, guiada por determinados principios, entre los que se encuentran

el de utilizar de manera eficiente y responsable los recursos explotados; y, neutralizar las practicas inconvenientes de las empresas. Así, a través de la referida norma se creó la Corporación Nacional Financiera – CONAFI, como ente rector de las empresas financieras del Estado.

Por su parte y, atendiendo al contexto económico social de la década de los años ochenta, es que el Estado, a través de la referida normativa, procedió a regular los campos en que debía desarrollarse la actividad empresarial, incidiendo fundamentalmente en todo el proceso de transformación de los recursos a partir del requerimiento de inversiones; en la prestación de servicios públicos y, en la comercialización de alimentos de consumo básico.

Así, el artículo 5 de la Ley N° 24948 establecía, respecto a las formas empresariales en que actúa el Estado, lo siguiente: “empresas de derecho público, empresas del Estado de derecho privado, empresas de economía mixta y Accionariado del Estado”. De esta forma, en el mes de junio del 2008 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado (en adelante, Decreto Legislativo N° 1031) y, cuyo contexto de emisión se encuentra detallado en su exposición de motivos, conforme a lo siguiente:

“Esta variación de enfoque en el manejo de las empresas públicas forma parte del cambio de orientación de la política económica desde inicios de los noventa, cuyos rasgos básicos han sido las políticas macroeconómicas disciplinadas (que suponen, entre otras cosas, no subsidiar empresas públicas); la liberalización de mercados (precios determinados por las fuerzas del mercado) y la apertura internacional de la economía (que provee una mayor competencia)”. (Exposición de Motivos, 2008, p.1).

De esta manera, considerando los alcances de la referida exposición de motivos, con la emisión de la referida norma se buscó que las empresas públicas incorporen mejores condiciones para actuar y competir en el mercado. Asimismo, más allá de resultar eficiente, a partir del cumplimiento de sus objetivos; transparente; y, sin incurrir en riesgos para el aparato estatal, la finalidad era lograr paulatinamente el bienestar de la ciudadanía y, con ello, dotar de bienes y servicios a precios competitivos.

En esa línea, la regulación establecida en el referido dispositivo legal tiene como finalidad que la actividad empresarial, sea pública o privada, reciba un tratamiento

igualitario, en los términos del artículo 60 de la Constitución de 1993. Así, la regulación que establece el Decreto Legislativo N° 1031, está dirigida a simplificar o agilizar el marco normativo aplicable para las empresas del Estado, a fin de que puedan competir en calidad y eficiencia con el resto de agentes económicos del mercado.

No obstante, para poder entender si efectivamente las empresas del Estado pueden comportarse en el mercado con eficiencia como el resto de agentes económicos, a partir de la regulación que plantea el referido decreto legislativo, es necesario delimitar qué se entiende por empresa. Así, esta debe concebirse como aquel ente que transa y participa en el mercado, en el marco de las normas del libre mercado establecidas en la propia Constitución de 1993.

## **1.2. Actividad empresarial y el Estado como partícipe**

En el presente apartado, se procederá a conocer que se entiende por empresa en sentido lato, así como determinar la participación del Estado en la actividad económica empresarial, considerando la normativa pertinente. En esa línea, se determinará los alcances del Decreto Legislativo N° 1031 que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, norma vigente que regula, entre otras, las empresas del Estado con accionariado privado, estudiadas en el presente trabajo de investigación.

Así, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, con relación a la definición de empresa, señala que la misma se encuentra referida, en el ámbito jurídico, a aquella "(...) unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos". (DRAE, recuperado, 2019)

En el mismo sentido, desde el punto de vista del Derecho, una empresa es concebida como una unidad conformada por elementos, tales como, derechos, obligaciones y bienes, los mismos que se constituyen como unidades independientes y, poseyendo un estatus jurídico propio (Arteaga, 2002, p. 605).

Por su parte, desde un punto de vista económico, se concibe a una empresa como una organización integrada por capital, naturaleza y trabajo, como factores de producción, que tiene como finalidad obtener un beneficio ilimitado (ganancia). (Garrigues, 1987, p.162). De esta forma, se aprecia la existencia de elementos constitutivos que conforman una empresa, los cuales están alineados para la



consecución de un fin común, el mismo que consiste en la maximización de utilidad a partir de la eficiencia en la producción de bienes y servicios.

Atendiendo a ello, a decir de Sánchez Calero, desde el punto de vista económico, una empresa es una organización que actúa en libertad a fin de llevar a cabo en el mercado acciones de producción e intermediación de bienes y servicios. De esta forma, se la concibe como una unidad de producción que reúne los elementos de capital y de trabajo a fin de cumplir con su finalidad. (Sánchez Calero, 2007, p.97)

En la misma línea, Martínez concibe a la Empresa como una organización compuesta por personas físicas o jurídicas, que cuenta con capital para llevar a cabo sus actividades y que se encuentra sujeta a la existencia de riesgos. (Martínez, 2015, p. 85).

Atendiendo a ello, se desprende que las empresas buscan minimizar riesgos vinculados a su actividad económica, pero de manera transversal a toda la organización a fin que resulte eficiente, considerando que aquellos no se configuran por áreas o órganos independientes, sino que su desarrollo e implicancia genera un perjuicio a toda la organización.

Del mismo modo, para que una empresa pueda actuar en el mercado requiere de un marco de libertad de actuación, que la habilite a desarrollarse en el mercado y sin la cual no podría existir, contraponiéndose, por ende, a una organización estatal caracterizada por un gran componente de burocracia. (Ariño, 1999, p. 212)

En ese sentido, es a través de la constitución de una empresa que se sustenta el ejercicio de la libertad empresarial, desprendiéndose con su definición, la inclusión a todo de tipo de asociación económica que integra el derecho privado, así como cualquier otra forma de organización comercial que tenga como finalidad participar en el mercado.

De acuerdo con ello, "(...) ante la multiplicidad de situaciones de orden subjetivo y objetivo que la actividad empresarial pueda representar, se entiende que se encuentran todas amparadas bajo el mismo concepto, independientemente que su efectividad radique en un individuo o en cualquier otra forma asociativa". (Correa, 2009, p. 405)

Por su parte, respecto a la noción de empresa del Estado, cabe indicar que el carácter público de la misma, alude a quien ejerza su titularidad, constituyendo un

criterio tradicional cuando es creada por poderes públicos o cuando ostenten la propiedad del capital. (Rodríguez, 1995, p.53).

Atendiendo a ello, es que se desprende que, en tanto sea el Estado quien desempeñe el encargo, la administración o el control, se entenderá que la empresa posee un carácter público, situación distinta a la que ocurre con el tratamiento del resto de agentes económicos de diferente naturaleza en el mercado. (Fernández, p. 43-45).

Conforme a lo anterior, la creación de empresas públicas tiene como origen o base, el interés general, en tanto para estas, como sujetos públicos, todas las actuaciones encuentran sustento frente a la conjunción de intereses públicos concurrentes. (Bassols, 1985, p.171-172).

De esta forma, entonces, se aprecia que las empresas públicas que participan en el mercado atienden a la satisfacción del interés general, actuando en el mismo, en condiciones similares a aquellos entes privados.

En esta idea concuerda De la Quadra-Salcedo, cuando se refiere a que "(...) la intervención de los poderes públicos y sus Administraciones está siempre vinculada a la satisfacción de intereses generales a los que debe servir y que al mismo tiempo las explica". (De la Quadra-Salcedo, 1978, p.243)

Por su parte, para García, una empresa pública tiene como origen a la misma empresa, siendo por ello, el resultado de la existencia de factores de producción para la prestación de bienes y servicios y, del carácter público que se le atribuye en tanto atiende al interés general, con base a la dirección que ejerce la misma Administración Pública. (De Miguel García, 1974, p. 297).

Asimismo, a decir de Sánchez Morón, para definir a una empresa pública es necesario entender los criterios esenciales que la definen, por un lado, como una unidad organizativa que realiza actividades económicas orientadas al mercado; y, que se encuentra vinculada a la Administración Pública, encontrándose bajo su ámbito de control. (Sánchez, 1980, p.92-93)

Por su parte, para Laguna de Paz, se puede concebir a la empresa pública como una forma en la que se realiza una intervención de tipo público, orientada a llevar a cabo

una actividad económica, comúnmente para aplicación del derecho privado. (Laguna de Paz, 1991, p.186)

Asimismo, un rasgo característico de las empresas públicas está relacionado con el control que es ejercido por parte del Estado; es decir, desde una propiedad total de las acciones, hasta un control mayoritario por parte de estas. A *contrario sensu*, debe entenderse, que la participación del Estado en el accionariado de empresas que no le permitan un control de las decisiones, no convertirá a dicha entidad en una empresa pública, debiendo comportarse ante ello, como un accionista de tipo minoritario.

En ese sentido, la norma que rige actualmente la actividad empresarial del Estado procura brindar soporte a dicha regulación, a partir de nuevos mecanismos de gestión y el establecimiento de principios de índole económico empresarial, entre los que se encuentran, la eficiencia y la transparencia en las operaciones.

Finalmente, entonces, el Decreto Legislativo N° 1031, plantea que el Estado realice actividad empresarial en cualquiera de las siguientes formas: empresas del Estado con accionariado único; empresas del Estado con accionariado privado; y, empresas del Estado con potestades públicas. Así, como se ha señalado, para el presente trabajo de investigación, se tomará en consideración, aquel tipo de empresas organizadas como sociedades anónimas con una participación del Estado en acciones de forma mayoritaria.

De esta forma, resultará de mayor utilidad el tratar de equiparar el comportamiento y naturaleza de las empresas en sentido lato con aquellas empresas públicas, considerando su estructura, su libertad de actuación en el mercado y, el marco normativo bajo las cuales se rigen.

Ello, a fin de que se constate o desvirtúe el planteamiento de la hipótesis, consistente en determinar si resulta necesario que las empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE implementen programas de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (en adelante, Ley N° 30424).

Por lo expuesto, se observa que el Estado realiza actividad empresarial, estableciendo el marco de actuación de los agentes económicos en el mercado,

conforme al principio de subsidiaridad y en sectores o áreas estratégicas, siendo su participación excepcional. Así, las empresas del Estado creadas por poderes públicos actúan en el mercado sin ninguna diferencia de trato, optando por alcanzar la eficiencia y el bienestar de la sociedad.

### **1.3. Cumplimiento normativo**

#### **1.3.1. *Compliance* como mecanismo de autorregulación**

En el presente apartado se estudiarán los alcances del término *Compliance*, como una forma de autorregulación que efectúan las empresas a fin de contar con un mecanismo de prevención de riesgos que pueda servir, en su oportunidad, como exigente de responsabilidad, tomando como marco normativo, los alcances establecidos en la Ley N° 30424 y su reglamento.

Así, en el marco de actuación de los agentes económicos en el mercado se debe entender el significado del término *compliance*, resultando necesario primero, recurrir a su concepción básica, es decir, la que se establece en el idioma inglés y, a partir de ello, dar contenido a lo que en la doctrina y legislación nacional e internacional se concibe como una forma de autorregulación de las empresas.

Respecto a lo anterior, el *compliance* está relacionado a la expresión “*to be in compliance with the law*”, que quiere decir actuar en cumplimiento del derecho o la ley (Rotsch, 2015, p.14); sin embargo, este cumplimiento, para los términos de la presente investigación, estará circunscrito al cumplimiento normativo que efectúen las propias empresas a fin de evitar la comisión de ilícitos en su actuación en el mercado.

Considerando lo anterior, se puede evidenciar que los nombres que recibe este tipo de cumplimiento normativo en la doctrina son variados, empezando por ejemplo con el *risk management, compliance program, corporate governance*, entre otros. (Sieber, 2013, p.64). Así, todas estas denominaciones son aplicadas a diferentes disciplinas, incluyendo a aquellas situaciones que generen responsabilidad en materia administrativa, tal como sucede con la regulación nacional contenida en la Ley N° 30424.

De esta forma, la actividad desarrollada por parte de las propias empresas vinculadas con la prevención de comisión de conductas ilícitas, consiste en una forma de regulación, pero propuesta por ellas mismas, o, en otras palabras, lo que se conoce

como autorregulación, en tanto pueden generar resultados positivos, como la exoneración de responsabilidad o una mejor imagen reputacional en el mercado.

Así, cabe entender que esta forma en que la empresa se autovigila es un concepto que da sustento a un programa de cumplimiento, en la medida que permite que sea ella misma la que establezca los mecanismos que eviten la comisión de ilícitos. (Silva Sánchez, 2013, p.79-405).

Sobre el particular, respecto a la definición de autorregulación, corresponde traer a colación lo expresado por Black, cuando indica que dicho término hace referencia al control que se ejerce por parte de las empresas o los individuos para con sus propios integrantes y con relación a su misma conducta o comportamiento. (Black, 1996, p.27).

Por su parte, para otros autores como Baldwin, la autorregulación se encuentra constreñida al planteamiento o diseño de un conjunto de reglas formuladas por un propio ente, pudiendo encargarse la evaluación de su cumplimiento y exigibilidad a una agencia pública. (Baldwin, 1999, p.126).

Atendiendo a ello, entonces, se desprende que el concepto de autorregulación estará vinculado a la descripción de una autoevaluación que permita medir comportamientos o conductas, además de cualquier circunstancia que puedan producir las empresas, sean públicas o no. Así, a decir de Alza, "(...) En nuestro entorno, el término autorregulación es usado para describir cómo uno mismo disciplina su conducta, cómo se regulan las circunstancias de empresas particulares, así como la regulación por un grupo colectivo de sus propios miembros". (Alza, 2011, p. 75)

Pero, si bien una empresa puede autorregularse, cabe preguntarse, bajo que parámetros tendrá que hacerlo o, si resulta necesario que, tanto a través de la emisión de normativa o de estándares internacionales se establezcan las reglas a fin que las propias empresas implementen programas que eviten la comisión de ilícitos, tales como los actos de corrupción.

En ese sentido, a nivel internacional se han adoptado estándares comúnmente aceptados que coadyuvan a eliminar riesgos en la actuación de los agentes económicos en el mercado, a partir de la emisión de normas internacionales ISO (*International Organization for Standardization*), por ejemplo, aquellas que establecen la Gestión del Compliance (ISO 19600:2014).

Al respecto, estas normas de estandarización son concebidas como sistemas que no se limitan a incorporar buenas prácticas, sino que se constituyen como sistemas de gestión de riesgos, no dirigidos necesariamente a prevenir el incumplimiento normativo sino también de tipo organizativo en su conjunto. (Norma ISO, Recuperado, 2019).

Con relación a lo anterior, a nivel nacional, se debe considerar la aprobación de la Norma Técnica Peruana (NTP) ISO 37001 que regula los sistemas de gestión antisoborno a fin de prevenir, gestionar y detectar riesgos de soborno en el ámbito público o privado. Respecto a ello, estos sistemas nacionales pueden ser independientes o estar integrados en un sistema más grande a nivel internacional. (Norma ISO, recuperado, 2019).

Así, respecto a la NTP ISO 37001, cabe indicar que esta ha sido elaborada por el Comité Técnico de Normalización de Sistema de gestión de calidad, a fin de incentivar la integridad, utilizando para ello como antecedente la norma ISO 37001:2016 *Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*. (NTP, 2017, p. 5-6)

De esta forma, el Perú, a través del Instituto Nacional de Calidad - INACAL, adoptó como Norma Técnica Peruana dicho Sistema de Gestión Antisoborno, con la finalidad de detectar, entre otros, lo siguiente: (i) a la persona o personas de la organización que actúan para su beneficio; (ii) a los socios que actúan en detrimento a los intereses de la organización; y, (iii) los sobornos que se ofrezcan a través de terceros.

En esa línea, dicha norma técnica constituye una guía para las empresas públicas o privadas a fin que puedan implementarla en sus respectivas estructuras organizativas. (INACAL, recuperado 2019).

En ese marco, se define al programa de cumplimiento como un sistema de gestión que busca prevenir, detectar y sancionar incumplimientos a la normativa, que incluye leyes, códigos o procedimientos dentro de una organización. (Nieto, 2015, p.26).

De ello, se desprende que un programa de cumplimiento incorpora diversos procedimientos o mecanismos que facilitan la prevención, detección y sanción frente a incumplimientos a la normativa que regula el sector del mercado donde se desarrolla la empresa.

Así, uno de esos aspectos estaría referido al tratamiento frente al riesgo producido por conductas ilícitas, como es el soborno, el mismo que puede ser evaluado por un sistema de gestión especializado.

En esa línea, la implementación de programas de cumplimiento coadyuva a que se reduzca la probabilidad de que sea sancionada penalmente una empresa en la medida que aminora la cantidad de veces en que pueda realizar actos ilícitos. (Artaza, 2013, p.206).

De igual forma, a nivel doctrinal se concibe el cumplimiento normativo por parte de las empresas desde dos puntos de vista, uno en el que se prioriza el respeto a la legalidad y los valores éticos y, por otro lado, uno que da relevancia a la vigilancia y determinación de riesgos. (Treviño, 2002, p.89).

Así, respecto al primero de estos, cabe indicar que la empresa determina un tipo de prevención en su interior, enfocado al cumplimiento de las normas internas, procesos y códigos de ética; mientras que el segundo, se fundamenta en acciones de vigilancia al interior de la empresa y para con sus dependientes.

Con base en ello, de la evaluación de ambos modelos, debería primar una posición que opte por dar relevancia a la formación de valores dentro de la empresa, considerando que, al contar con personal con fortalezas y principios se evitaría en gran medida la existencia de riesgos que la comprometan, sobre todo aquellos que se produzcan por actos de soborno.

En contraposición, privilegiar la vigilancia y monitoreo de los integrantes de la empresa, podría denotar la existencia de medidas invasivas que atenten contra el derecho a la intimidad. (Nieto, 2013, p.33).

En esa línea, con relación al riesgo, puede definírselo como una posibilidad de perder o de sufrir una lesión a partir de la actuación de una persona o producto de una actividad; las mismas que se buscan mitigar o minimizar por medio de la realización de acciones de identificación, evaluación y mediación. (Tarantino, 2008, 51-52).

En esa línea, las empresas que deciden implementar programas de cumplimiento a fin de evitar la ocurrencia de ilícitos en el marco de sus actividades en

el mercado, destinan grandes esfuerzos en evaluar los riesgos y a partir de ellos, constituir un mapa de los mismos.

Así, analizar los riesgos inherentes a las actividades de las empresas, se constituye como un elemento básico e imprescindible de los programas de cumplimiento, en tanto, dicho análisis permite distribuir recursos de manera anticipada a aquellos riesgos que acarrearán una mayor relevancia e impacto.

En esa línea, para realizar un análisis de riesgos debe de llevarse a cabo una serie de pasos (Nieto, 2015, p. 152-153). Entre estos se encuentran los siguientes:

- (i) Fijación del objeto: Se debe definir el ámbito o sector de la actividad donde se desarrolla la empresa a fin de analizar los riesgos potenciales a ocurrir. Así, dicho análisis debe resultar conciso e incluir la forma en que la empresa desarrolla una actividad.
- (ii) Identificación de las posibles infracciones: Se debe determinar las infracciones pasibles de incurrir por parte de la empresa, atendiendo a la actividad que desarrolla o el sector donde se desenvuelve.
- (iii) Probabilidad del riesgo: Se debe fijar el grado o probabilidad de que se produzca un ilícito, pudiendo utilizarse diversas fuentes de información, tales como, historial de infracciones, controles previos frente a la incidencia de riesgos, entre otros.
- (iv) Evaluación del riesgo: Se debe determinar el grado de relevancia que presenta un riesgo frente a otro, a fin que la empresa priorice uno en lugar de otro.
- (v) Tratamiento del riesgo: Tras haber identificado y evaluado los riesgos, se deben adoptar criterios para su reducción, lo que puede implicar la eventual prohibición de la actividad o, la implantación de un control efectivo.
- (vi) Revisión: La evaluación de riesgos implica una actividad constante a fin de que resulte eficaz para los propósitos de la empresa de buscar prevenir la ocurrencia de ilícitos.

De esta forma, el objetivo implicaría evaluar si resultaría necesario implementar un programa de cumplimiento normativo que fortalezca la ética y los valores como pilares de la empresa, en tanto, podría asegurar que tanto los órganos como el personal opten por el respeto de la normativa y directivas internas frente a la eventual ocurrencia



de un ilícito y, de esta manera, se evite la posibilidad de incurrir en algún tipo de responsabilidad.

Así, como parte de ello, se debe considerar que una forma de asegurar la eficacia del programa, es a través de la información que proporcionen los mismos integrantes de la empresa, a través de mecanismos idóneos y confiables, que eviten represalias en su contra. (Ragués, 2013, p.468).

En el mismo sentido, a fin de asegurar el éxito en la prevención, se debe determinar el alcance que posee un programa de cumplimiento normativo, en tanto, resultará relevante para lograr entender si la problemática que pretende resolver tiene solo injerencia a nivel empresarial, como parte de su control de riesgos o, si tal planteamiento preventivo comparte alguna función que también ejerce el Estado, en su rol de salvaguardar los intereses de la ciudadanía.

Respecto a lo anterior, hay que mencionar que el cumplimiento normativo incorporado por las empresas posee una naturaleza público – privada, en tanto la acción de estas repercute no sólo en su propio beneficio, al alcanzar eficiencia y con ello, utilidad; sino, también que genera bienestar a la sociedad, realizando, por ende, también una función pública. (Goñi, 2014, p. 383).

### **1.3.2. Naturaleza del *Compliance*, sus alcances y responsable**

En el presente apartado se procederá a analizar los elementos que debe contener un programa de cumplimiento normativo, así como el funcionario a cargo, considerando para tal efecto, la regulación nacional sobre el particular; es decir, el desarrollo que realiza la Ley N° 30424 y su respectivo reglamento que, como innovación en la normativa nacional ha delimitado la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

De esta forma, cabe indicar que conforme al numeral 17.1 del artículo 17 de la referida norma “La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de delitos (...), si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características (...)”

En esa línea, es que resulta necesario analizar la naturaleza que posee un programa de cumplimiento, es decir, más allá de que pueda resultar beneficioso para una empresa que la decida implementar, corresponde determinar cuál es el tratamiento que le otorga la normativa, así como la doctrina, considerando que el artículo 17 de la Ley N° 30424 no lo plantea como una obligación o un deber por parte de las empresas.

Así, resulta oportuno traer a colación lo que la doctrina internacional denomina como “incumbencia” y, la implicancia que presenta con relación a la actuación de los agentes económicos en el mercado.

Al respecto, en la doctrina alemana se la concibe con el término “*obliegenheit*” que hace referencia a “una entidad deóntica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber”. Así, haciendo una diferencia con un deber, para Montiel, las “*obliegenheit*” se caracterizan por implicar una restricción menor a la que corresponde a un “deber”, además de conllevar la emisión de una consecuencia jurídica de menor significado (Montiel, 2014, p.3)

En esa línea, respecto a la implementación de un programa de cumplimiento, en el marco de lo dispuesto en la Ley N° 30424, se podría afirmar que posee una naturaleza que se acerca conceptualmente a lo que la doctrina alemana denomina “*obliegenheit*”, en tanto no existe por parte de la empresa una “obligación” para implementar un programa de cumplimiento, así como tampoco constituye un “deber” propiamente dicho; sin embargo, ante la comisión de una conducta ilícita podría significar, de haberla implementado, la posibilidad de ver eximida su responsabilidad o atenuarla de ser el caso.

En ese ámbito, las “*obliegenheit*” se caracterizan por constituir una especie de cargas procesales, que se distancian de lo que se conoce por el término de “deberes”, conforme a lo siguiente: “en el caso de estas meras cargas procesales, su destinatario está facultado a elegir entre acatarlas o no y en este último caso simplemente deberá soportar un perjuicio o la pérdida de una ventaja, sin que por ello corresponda la imposición de una coerción o pena alguna (Montiel, 2014, p.8)

Por su parte, para Sánchez – Ostiz, quien también se pronuncia sobre “incumbencias”, las obligaciones pueden presentarse en tres niveles, empezando desde el plano más abstracto hasta el más concreto. Así, en un extremo considera que se encuentra la *norma*, la misma que puede ser prohibitiva, prescriptiva o permisiva; por

otro lado, el *deber*, que involucra una prohibición o mandato; y, finalmente, la *incumbencia*. (Sánchez-Ostiz, 2015, p. 14)

Sobre el particular, respecto a las consecuencias frente a la ocurrencia de una infracción, establece una diferencia entre la adopción de una decisión respecto a un deber que frente a una incumbencia. Así, considera que la consecuencia respecto a una infracción de un deber es la sanción; mientras que, en el caso de una incumbencia, la consecuencia será el restablecimiento de la imputación. (Sánchez-Ostiz, 2015, p.22).

Atendiendo a ello, un tema a desarrollar en el marco del desarrollo de esta investigación será el determinar si la decisión de adoptar un programa de cumplimiento normativo por parte de las empresas públicas puede concebirse como una “incumbencia” en tanto la Ley N° 30424 no la establece como consecuencia de la imposición de una obligación o un deber.

Finalmente, además de constituir un eximente o atenuante de responsabilidad, se deberán considerar aquellos beneficios de tipo económico, como son la reducción de costos frente a la ocurrencia de riesgos, cobertura ante primas de seguros, posicionamiento y valorización de la imagen, solvencia del valor de las acciones; y, otros aquellos aspectos positivos relacionados con la consolidación de una cultura de cumplimiento normativo para la empresa, la misma que debe ser interiorizada por sus propios trabajadores.

De igual forma, en el numeral 17.2 del artículo 17 de la referida norma, se establecen elementos mínimos con los que debe contar un “modelo de prevención”, los cuales, se utilizan para la formulación e implementación de programas de prevención específicos en cada empresa. Entre estos, debería considerarse, “(...) un encargado de prevención (...), identificación, evaluación y mitigación de riesgos (...) implementación de procedimientos de denuncia, difusión y capacitación periódica (...) y evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención”.

Respecto al encargado de la prevención, el artículo 17.2.1 de la Ley N° 30424 señala que, este es “(...) designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía”. Asimismo, conforme a la Segunda Disposición Complementaria Final de la referida norma, la función del encargado de prevención puede ser asumida por el “Oficial de Cumplimiento” designado por la Unidad de Inteligencia Financiera -

Perú (UIF - Perú); precisando además que, aquel oficial tiene como única función adicional a dedicación exclusiva, el desempeñarse como encargado de prevención.

Con relación a lo anterior, el Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2017-JUS (en adelante, Reglamento de la Ley N° 27693) define al Oficial de Cumplimiento como la “persona natural designada por el sujeto obligado, responsable de vigilar la adecuada implementación y funcionamiento del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, de acuerdo con las funciones que le corresponden (...). Es la persona de contacto del sujeto obligado con el organismo supervisor y la UIF –Perú, y un agente en el cual se apoya el organismo supervisor para el ejercicio de la labor de supervisión del mencionado sistema”. (Reglamento Ley N° 27693, art. 14.1)

En esa línea, si bien el Encargado de Prevención como el Oficial de Cumplimiento presentan similitudes respecto a las funciones que realizan y los objetivos que persiguen en el marco de las entidades donde actúan, presentando ambos como trasfondo el implementar medidas preventivas para evitar la comisión de ilícitos, también presentan diferencias respecto a la naturaleza voluntaria de su existencia dentro de la entidad, voluntaria en el caso del primero y obligatoria en el caso del segundo. (Ley N° 27693, art. 13.3)

Así, conforme, al Reglamento de la Ley N° 27693, entre las funciones a cargo del Oficial de Cumplimiento, se encuentran: (i) proponer estrategias para la prevención y gestión de riesgos; (ii) vigilar la implementación y funcionamiento del sistema; (iii) monitorear el funcionamiento de los procedimientos de prevención. (Reglamento Ley N° 27693, art. 16)

De acuerdo a ello, como se ha indicado, existe similitud entre las características y funciones del Encargado de Prevención, en el marco de la implementación de un programa de cumplimiento en una persona jurídica y, el Oficial de Cumplimiento, conforme a la regulación sobre prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. En ese sentido, se desprende la finalidad de su existencia, destinada a garantizar la aplicación, cumplimiento y mejora del sistema de prevención en una empresa.

Con base en ello, se observa que el *compliance* aplicado a las empresas públicas tendría una estructura similar a la que se presenta en el resto de empresas, máxime si la finalidad que persiguen es la misma, consistente en implementar programas de cumplimiento normativo que permitan evitar la comisión de ilícitos, tal como es el caso de soborno, tanto en su interior como en la interrelación de otros agentes económicos.

Tanto es así, que la propia Ley N° 30424 ya regula tal supuesto en el numeral 17.3 del artículo 17 cuando señala que, “En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control”.

Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 2 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece como objeto, entre otros, el garantizar el apropiado y efectivo control gubernamental, mediante la utilización adecuada de los recursos y bienes del Estado, así como transparencia de las actuaciones de funcionarios y servidores públicos.

En esa línea, la referida norma en su artículo 3, establece como su ámbito de aplicación, a todas aquellas entidades sujetas a control por el sistema, entre las que se encuentran, “(...) las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación”. (Ley N° 27785, 2002, art. 3)

De esta forma, entonces, se observa que las normas que regulan las acciones de control incluyen aquellas actividades llevadas a cabo en el mercado por parte de las empresas del Estado, incluyendo los actos realizados por sus órganos y trabajadores.

Por su parte, para el numeral 13 del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 30424, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS (en adelante, el Reglamento de la Ley N° 30424) el modelo de prevención consiste en un “sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de la comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas”.

Así, podría evidenciarse una diferencia en el tratamiento legal que establece Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (en adelante, Ley N° 27785) respecto a lo dispuesto en la Ley N° 30424, en tanto la primera tiene como objeto, el prevenir la correcta utilización de recursos y bienes del Estado, así como el desarrollo honesto de sus trabajadores, producto de una obligación de índole legal; mientras que la segunda, al ser de naturaleza voluntaria, busca implementar programas de cumplimiento de forma preventiva para evitar la ocurrencia de conductas ilícitas.

Lo anterior resultará relevante para el análisis del presente trabajo de investigación, en tanto permitirá determinar si resulta necesario que tales empresas públicas implementen este tipo de programas de cumplimiento normativo a fin de prevenir incumplimientos frente a la ocurrencia de ilícitos, como son los actos de soborno, en el sector financiero.

Al respecto, la Ley N° 30424 regula una responsabilidad de tipo administrativa ante la ocurrencia de actos ilícitos, en tanto estos hayan sido cometidos en nombre de una persona jurídica, por cuenta de esta o, en su beneficio, directo o indirecto. Así, se establece en el literal a) del artículo 3, cuales son los órganos que pueden generar responsabilidad administrativa a la empresa, encontrándose entre estos, a "(...) socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias".

#### **1.4. Empresas públicas y ámbito de regulación**

Una vez desarrollado el marco en el que se establece la actividad empresarial del Estado, y los elementos mínimos que conforman un programa de cumplimiento normativo y sus responsables, habrá que determinar cuál es el sector sobre el que se desarrollará el presente trabajo de investigación, a fin de que se evalúe la necesidad de implementar dicho tipo de programa frente a la ocurrencia de actos de corrupción, como es el soborno.

Así, en el presente apartado se procederá analizar el marco normativo sobre el cual se desarrolla el FONAFE y, cual es el grupo de empresas públicas, bajo su ámbito de aplicación, en específico las que pertenecen al sector financiero, en la medida que permitirá identificar y evaluar la existencia de riesgos propios a las actividades que realizan en el mercado.

Al respecto, la Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, aprobada por la Ley N° 27170 del 8 de setiembre de 1999, (en adelante, Ley N° 27170) señala que el FONAFE se constituye como una empresa de derecho público adscrita al Sector Economía y Finanzas, encargada de dirigir la actividad empresarial del Estado y de establecer la normativa correspondiente. Así, con referencia a ello, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1031, con relación a la actuación del FONAFE, señala lo siguiente:

“(…) ha tenido un efecto significativamente positivo sobre el desempeño de las empresas del Estado al haber creado y mejorado continuamente su marco regulatorio y haber emitido recientemente un Código Marco de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas del Estado y un Código Marco de Ética de los trabajadores de las empresas del Estado, entre otras normas”.

Asimismo, en el numeral 1.2 del artículo 1 de la Ley N° 27170 se establece, quienes no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de dicha entidad, entre los que se encuentran: (i) las empresas municipales, (ii) las Empresas y Centros de Producción y de Prestación de Servicios de las Universidades Públicas, (iii) el Seguro Social de Salud – Essalud y, (iv) la Empresa Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A.

Por su parte, respecto a los principales objetivos del FONAFE, se señalan, entre otros, administrar los recursos producto de la titularidad de las acciones que ejerce el Estado, así como encargarse de la gestión de las empresas que se encuentran bajo su ámbito, de acuerdo a la normativa que resulte aplicable. De acuerdo a ello, y como se indicó previamente, con posterioridad a la emisión de la Ley N° 27170 y, con la finalidad de tornar más eficiente la actividad empresarial del Estado, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1031.

Sobre el particular, a través del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, Reglamento que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 176-2010-EF (en adelante, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031) se establecieron algunas definiciones acerca del ámbito de la promoción de la eficiencia en la actividad empresarial del Estado. Así, con relación a la definición de “Empresa del Estado o Empresa”, incluye al FONAFE y a las Empresas del Estado que se encuentran sujetas al ámbito de esta; precisando que a ellas le resultan de cumplimiento obligatorio sus normas y demás disposiciones, así como la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, en todo lo que le resulte aplicable.

De acuerdo a ello, cabe indicar que el FONAFE cuenta con diversas empresas bajo su ámbito de competencia, encontrándose estas, divididas en diversos sectores del mercado, tales como, electricidad, finanzas, hidrocarburos y remediación, saneamiento, infraestructura y transporte, servicios y producción y, otros. (FONAFE, recuperado, 2019). En ese sentido, se evidencia que la actividad empresarial del Estado no se encuentra circunscrita a un sector determinado, sino que abarca una serie de escenarios en los que participa en el mercado en igualdad de condiciones, considerando que se sujeta al marco normativo constitucional que garantiza una leal competencia con respeto de sus competidores.

Con relación a ello, y para fines del presente trabajo de investigación, se considerará a las empresas bajo el ámbito de competencia de FONAFE que pertenecen al sector financiero, atendiendo a que es un sector económico relevante para el desarrollo del país y de la sociedad en general, encontrándose además altamente regulado por un conjunto de normas que aseguran que estas empresas del Estado actúen en cumplimiento de una leal competencia.

En ese sentido, como se ha señalado, no formará parte de la presente investigación, las empresas municipales; las Empresas y Centros de Producción y de Prestación de Servicios de las Universidades Públicas; Essalud; y, PETROPERÚ S.A., en los términos que establece la Ley N° 27170.

En ese sentido, de la verificación de las empresas que se encuentran bajo la competencia del FONAFE, cabe indicar que estas, solamente se reducen a cuatro, las mismas que realizan actividades económicas como cualquier otro agente económico, es decir, que cuentan con una participación accionaria mayoritaria y poseen una estructura como una sociedad anónima. Así, entre estas, se encuentran, Agrobanco, el Banco de la Nación, COFIDE y el Fondo Mivivienda.

Atendiendo a ello, en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, se establecen disposiciones generales para mejorar la eficiencia de las empresas del Estado, entre las que encuentran, el Buen Gobierno Corporativo y la Ética. Asimismo, se establece que la gestión en las empresas del Estado está orientada al cumplimiento de los principios de Buen Gobierno Corporativo aprobados por el FONAFE, la misma que se sustenta en el respeto a los deberes éticos que los trabajadores deben de cumplir.



En esa línea, resulta una exigencia para las empresas del Estado contar con Códigos de Ética y de Gobierno Corporativo aprobados por los órganos correspondientes, las mismas que deben implementar a fin de que en su interior se establezcan reglas claras que los trabajadores y directivos deben de cumplir. Al respecto, cabe indicar que estos códigos se constituyen como herramientas que sirven para generar valor a la entidad, tanto para modificar la cultura negativa que pueda existir, como para mantenerla, de resultar positiva. (Nieto, 2015, p.138).

Por su parte, en la norma también se hace un desarrollo acerca de los sistemas de prevención que deben incorporar las empresas, en el marco de la detección anticipada de riesgos de incumplimiento normativo, principalmente, frente a actos de corrupción, como es el soborno. Así, en el numeral 34.1 del artículo 34 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031 se señala que: “El Sistema Interno de Prevención tiene por objeto permitir la identificación oportuna de los distintos riesgos que enfrenta la empresa, así como medir los potenciales efectos que los mismos pudieran tener sobre su funcionamiento y situación financiera”.

## **1.5. Cumplimiento normativo frente a actos de corrupción**

### **1.5.1 Instrumentos de regulación**

En el presente apartado se conocerá los alcances del concepto de corrupción, así como del soborno, en la medida que son figuras sobre las que subyace el análisis de la necesidad de implementar programas de cumplimiento normativo. Asimismo, se trae a colación los alcances de los principales instrumentos de regulación del *Compliance* a nivel internacional, de organizaciones y de países, que han servido para su desarrollo y mejora en la gestión anticorrupción.

Con relación a ello, hay que indicar que en la actividad que desarrollan las empresas existen diversas formas en las que pueden verse inmersas en actos ilícitos, siendo la más recurrente actualmente aquellas vinculadas con actos de corrupción, tal como sucede con el soborno. Sobre el particular, cabe traer a colación la definición que plantea la Real Academia Española de la Lengua respecto a la definición de corrupción, que la define, respecto a las organizaciones de índole público, como una práctica en la que se utilizan las funciones y medios de estas, con la finalidad de que sus gestores obtengan un beneficio económico. (DRAE, recuperado, 2019)

Aunado a ello, a decir de Villoría y Jiménez, la corrupción está definida como “(...) el abuso de posición ejercitado por un servidor o funcionario público, con un beneficio extraposicional directo o indirecto (para el corrupto o de los grupos del que forma parte este), con incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos” (Villoría y Jiménez, 2012, p. 114).

Así, más allá de la existencia de medidas de prevención y control frente a las conductas propiamente dichas; existen situaciones que se generan principalmente por la forma en que se han estructurado u organizado internamente las empresas, lo cual se evidencia, por ejemplo, a partir de la falta de rendición de cuentas o explicaciones de las decisiones empresariales, entre otras. (Pastor, 2006, p.1-17)

En ese contexto, cabe ahora referirnos a la norma internacional a la que se refiere la mayoría de normativa que desarrolla las políticas de prevención contra el soborno, las mismas que incluyen las desarrolladas en el Perú. Este es el caso de la *Bribery Act* 2010 emitida en el Reino Unido en el año 2010, a través de la cual se estableció una regulación frente al delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos, tanto para organizaciones que operan en su país como en el extranjero, así como para sus funcionarios.

Así, en el artículo 7 de dicha norma, se tipifica el delito que sanciona a una organización empresarial que, producto de la actuación de una persona relacionada a ella, cometa un acto ilícito de soborno para el beneficio de aquella, en la medida que no se haya implementado una medida de prevención. Cabe precisar, que este incumplimiento se podría configurar, tanto si no se implementó un programa o bien porque su articulación resulta defectuosa (*Bribery Act*, recuperado, 2010).

De acuerdo a ello, el bien jurídico penal protegido consiste en “(...) el normal desenvolvimiento de las transacciones comerciales nacionales o internacionales por las empresas, de acuerdo a las reglas de la leal competencia o el desenvolvimiento ético en la práctica de los negocios.” (Santana, 2015, p.5)

Asimismo, en la *Bribery Act* 2010 se establece que existirá un eximente de responsabilidad, en tanto la empresa haya logrado acreditar la implementación de procedimientos adecuados para prever los actos de soborno. Así, en el artículo 6 se establecen una serie de principios que permiten determinar a que se refieren con “procedimiento adecuados”, entre los que se encuentran:

- (i) Proporcionalidad (*proportionality*): Frente al nivel de riesgo que corresponde a la naturaleza del negocio de la empresa.
- (ii) Compromiso de Alto Nivel (*Top Level Commitment*): Respecto a las personas asociadas a la empresa.
- (iii) Valoración de Riesgo (*Risk Assessment*): La organización debe de evaluar el nivel de exposición al riesgo al que se encuentra expuesta.
- (iv) Debida Diligencia (*Due Diligence*): La empresa deberá determinar el nivel de riesgo considerando a las personas que actúan o desarrollan servicios en su nombre.
- (v) Comunicación (*Communication*): La empresa debe asegurar que las políticas frente al soborno sean conocidas, tanto interna como externamente.
- (vi) Monitoreo y Revisión (*Monitoring and Review*): Los procedimientos y los riesgos que se buscan eliminar deben ser actualizados y medidos periódicamente.

En esa misma línea, una regulación que ha tomado en consideración los alcances establecidos en la *Bribery Act* inglesa, es la que ha establecido la Organización Internacional de Estandarización (ISO por sus siglas en inglés), a través de sus diversas regulaciones. Una de ellas, es el caso de la Norma ISO 37001-2016 que regula el Sistema de Gestión Antisoborno que tiene la finalidad de hacer de conocimiento general las buenas prácticas internacionales en diferentes jurisdicciones, tanto en el ámbito público o privado.

Así, para dicho sistema, factores como la dimensión, alcance de operaciones y los sectores donde se desarrolla la organización conllevan a que se generen una menor o mayor incidencia de riesgos. De igual modo, una organización podrá implementar procedimientos ante la posibilidad de ocurrencia de actos de soborno en la medida que resulten razonables y proporcionales al tipo de riesgo a los que se ve expuesta.

Asimismo, en la Norma ISO 37001-2016, se establece una lista de ámbitos donde se busca implementar procedimientos para prevenir actos de soborno, entre los que se pueden encontrar, actos de soborno en el ámbito público, al interior de una organización y, por integrantes de esta que actúan para su beneficio, entre otros.

De igual modo, la Norma ISO 37001-2016, define al soborno como el “acto de oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier naturaleza, realizada, directa o indirectamente, en contravención a la normativa vigente

sobre la materia”, la misma que sirva como incentivo para que una persona cumpla o incumpla con las obligaciones encomendadas.

Por su parte, también se debe tener en consideración el tratamiento respecto a actos de soborno que desarrolla Código Penal Peruano, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635 y que se encuentran relacionados al ámbito de aplicación que tiene la Ley N° 30424.

Así, en el artículo 397 de la Sección IV del Código Penal, referida a la Corrupción de Funcionarios, se regula el cohecho activo genérico, el mismo que se produce cuando “El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público, donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones”.

Asimismo, en el artículo 397-A se tipifica el cohecho activo transnacional que se configura cuando (...) se ofrezca, otorgue o prometa (...) a un funcionario o servidor público de otro Estado (...) ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho (...) para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación (...)

Del mismo modo, el artículo 398, regula el cohecho activo específico, el mismo que es llevado a cabo por parte de una autoridad en específico con la finalidad de influir en una decisión de su competencia.

Asimismo, a nivel doctrinal, se define al cohecho como “un trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos”. (Valeije, 1995, p.47)

Del mismo modo, para Oliver, el cohecho es definido como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”. (Oliver, 2004, p.87)

Con relación a las distintas modalidades del cohecho que se regulan en el Código Penal, cabe tener en consideración que la posibilidad de ver exonerada o atenuada la responsabilidad frente a actos ilícitos por parte de una empresa, conforme al numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley N° 30424, será únicamente respecto a aquellos vinculados con el cohecho activo genérico, transnacional y específico.

Lo anterior resulta relevante, en la medida que, las empresas no podrán exonerar o atenuar su responsabilidad frente a una generalidad de actos ilícitos (delitos), sino únicamente a determinados de ellos, tal como se ha detallado en el párrafo anterior, respecto a actos de corrupción como el cohecho, en los términos de la Ley N° 30424.

Por su parte, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como organismo de cooperación internacional, se ha suscrito una Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, en cuyo artículo 1, se regula el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, en los siguientes términos:

“(…) es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales”.

A partir de lo anterior, se observa que existe un tratamiento normativo e iniciativas similares tanto por el aparato estatal como por organismos internacionales, respecto a la prevención a actos de soborno por parte de funcionarios públicos en diversas entidades públicas y privadas, a nivel nacional e internacional, que se sustentan en la adopción de procedimientos o programas de cumplimiento que pueden conllevar a exonerarse de responsabilidad frente a la ocurrencia de un ilícito.

De esta manera, nuevamente adquiere importancia la determinación de conocer si la implementación de un programa obedece a una incumbencia por parte de la propia empresa, en la medida que, de no hacerlo, podría configurar la determinación de una responsabilidad frente a la comisión de un acto de corrupción, como es el soborno.

### **1.5.2 El funcionario público y la comisión de actos de corrupción**

En el presente apartado, se determinará la persona que podría generar responsabilidad en la empresa pública, en la medida que actúa en su representación, realizando diversos tipos de actos tanto internos como externos. Así, la actuación del funcionario público en las entidades del Estado resulta importante, más aún, en las empresas públicas que compiten con otros agentes económicos, buscando eficiencia.

Con relación a ello, a fin de entender qué sujetos podrían verse inmersos en actos de corrupción al interior de empresas públicas, resulta relevante definir el término de funcionario público, en la medida que, respecto a ellos, se podrán aplicar los programas de prevención. Así, se define como funcionario público, a aquella persona que ocupa una condición especial en la Administración y que tiene atribuida una función específica para con la sociedad, salvaguardando el interés general. (Rojas, 2001, p.92).

Asimismo, para la norma ISO 37001-2016, un funcionario público, es toda aquella persona que ejerza un cargo público en unos de los poderes del Estado, independientemente de la forma en que asuma el cargo o función, siempre que realice o ejerza función pública, incluso para una empresa pública, pudiendo incluirse a aquella persona que resulte candidata a un cargo público.

En ese sentido, respecto a la noción de funcionario público, se plantea la existencia de dos elementos que lo definen, haciendo referencia, por un lado, a un elemento de tipo subjetivo, que se materializa a partir de la existencia de un título; mientras que el otro elemento es uno de naturaleza objetiva, el mismo que se encuentra referido a la participación efectiva en la función pública. (Yaleije, 1997, p. 441).

Atendiendo a ello, entonces, se deben conjugar ambos elementos, tanto el subjetivo (título), como el objetivo (participación efectiva en la función pública), en la medida que solamente con ambos se entiende que el funcionario público puede contravenir en algún sentido el funcionamiento de la Administración Pública.

De ahí que, corresponda evaluar el alcance y eficacia que posee un programa de cumplimiento normativo para prevenir la ocurrencia de conductas ilícitas como la comisión de actos de corrupción, a fin de evitar la imposición de sanciones penales o administrativas. Con base en lo anterior, se debe considerar los bienes jurídicos que pueden ser afectados por la ocurrencia de actos ilícitos y, su incidencia para la propia

empresa y el mercado frente a las transacciones comerciales y su repercusión económica en el desarrollo del país.

Finalmente, a fin de asegurar que un programa de cumplimiento normativo tenga un nivel de éxito que permita la exoneración de responsabilidad, deberá incidir en determinar previamente el mapa de riesgos de la empresa, para con posterioridad, implementar las medidas con un suficiente respaldo económico previsto para ello. En esa línea, la siguiente tarea estará destinada a que el programa pueda ser evaluado periódicamente a fin de realizar los ajustes correspondientes y con ello pueda cumplir con su finalidad. (Escudero, 2015, p. 533).



## CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Conforme se ha señalado precedentemente, lo que se busca determinar en el presente trabajo de investigación es demostrar que para las empresas públicas sí resulta necesaria la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, situación que no resulta de fácil decisión, si se tiene en cuenta que la propia Ley N° 30424, no la establece como una obligación o un deber, pasible de sanción.

Así, las empresas públicas deberán determinar si existen beneficios respecto a su implementación o si, por el contrario, tal situación conllevaría a desventajas; en la constante búsqueda de optimizar recursos y dotar de mejores servicios a sus usuarios, más si se trata de un sector competitivo como es el financiero.

En ese contexto, como se ha indicado, el programa de cumplimiento normativo constituye un mecanismo o sistema regulado a nivel nacional por una norma de rango legal, como es la Ley N° 30424, que puede ser implementada por empresas, incluidas las empresas públicas, con la finalidad de prevenir la comisión de actos ilícitos, pudiendo eximir o atenuar algún tipo de responsabilidad ante su ocurrencia.

Atendiendo a ello, a partir de su actuación en el mercado los agentes económicos buscan optimizar sus recursos a fin de obtener utilidad y con ello, generar satisfacción a los consumidores y usuarios, sin embargo, se aprecia que en la actualidad la optimización de las ganancias no resulta lo único relevante a fin de buscar un crecimiento económico, en tanto existen otros factores de igual importancia relacionados con la imagen y reputación de la empresa.

De esta forma, a nivel nacional e internacional se aprecia con mayor nivel de incidencia la existencia de actos ilícitos vinculados con la comisión de actos de corrupción en los que se encuentran involucrados tanto la plana directiva de la empresa como los mismos trabajadores que, por diversos motivos buscan obtener beneficios personales o a nombre de la empresa, a partir de actos que contravienen el marco jurídico vigente.

En ese sentido, el fenómeno de la corrupción, en especial la ocurrencia de actos de soborno viene produciendo un efecto perjudicial tanto para el mercado como para la propia existencia de una empresa en la medida que una vez identificada tal ocurrencia,



no solamente sería pasible de una sanción de índole administrativa, sino que inclusive el funcionario que comete la misma podría ser responsable penalmente.

De este modo, tanto a nivel normativo como por iniciativa de organizaciones internacionales es que se vienen constituyendo sistemas o mecanismos de prevención que coadyuven a que se reduzca la incidencia de actos ilícitos de soborno que contravengan el normal desarrollo del mercado y generen la pérdida de recursos con la posibilidad de ser responsables frente a tales actuaciones.

Así, con la *Bribery Act* del Reino Unido del año 2010 se realiza un tratamiento para regular las transacciones económicas a fin de prevenir que los funcionarios de organizaciones o empresas se encuentren inmersos en la comisión de actos de soborno tanto al interior del Reino Unido, como para cualquier otro agente con los que realice transacciones comerciales.

En el mismo sentido, desde la OCDE también se han suscrito convenios a partir de los cuales se busca determinar la responsabilidad de los servidores públicos extranjeros frente a la comisión de actos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales; iniciativas que refuerzan el marco jurídico que cada país establezca frente a tal accionar ilícito.

En esa línea, teniendo como marco la *Bribery Act* inglesa, se emitió la norma ISO 37001-2016 que regula el Sistema de Gestión Antisoborno, que tiene como finalidad el hacer de conocimiento de las organizaciones y empresas las buenas prácticas comerciales, así como identificar los principales riesgos que presentan las mismas frente a la ocurrencia de actos de soborno.

De acuerdo a ello, un tema relevante para la prevención de actos de corrupción al interior de las empresas es la identificación oportuna de los principales riesgos a los que se encuentra expuesta, en la medida que podrán identificarse con antelación y con ello, plantear sistemas de prevención que eviten su ocurrencia, en especial con un impacto directo en las labores de los propios funcionarios.

Por su parte, en el ámbito nacional, también se han expedido normas técnicas que buscan regular los sistemas de gestión antisoborno, a fin de prevenir la comisión de actos ilícitos tanto en el ámbito público como en el privado, siendo este el caso de la Norma Técnica Peruana ISO 37001.

En dicho caso, a través del Instituto Nacional de Calidad – INACAL, se ha buscado identificar a la persona o personas de una organización que puedan menoscabar los intereses de la propia organización e inclusive a los terceros ajenos a la organización que, a través actos de soborno, pueden hacer incurrir en responsabilidad a la empresa.

Por su parte, en el Código Penal se tipifican los actos de corrupción respecto a la responsabilidad de funcionarios públicos, imponiendo penas frente a la figura de cohecho, el mismo que puede clasificarse de diversas formas atendiendo a si el autor es el sujeto activo o sujeto pasivo de la relación ilícita que se establezca.

De esta forma, se configurará el supuesto de *cohecho activo genérico* cuando un tercero ofrezca a un funcionario público un beneficio con la finalidad que este incumpla sus obligaciones; mientras que será *cohecho activo específico* cuando el sujeto activo de la relación es un funcionario público que ejerza un cargo de relevancia atendiendo al grado de influencia en las decisiones que pueda adoptar.

En ese contexto, a partir del tratamiento que se realiza al soborno en el ámbito nacional e internacional es que cobra importancia el determinar el alcance de lo dispuesto en la Ley N° 30424, en lo que respecta a la decisión de adoptar e implementar al interior de las empresas, un programa de cumplimiento normativo. Así, el texto del numeral 17.1 del artículo 17 de la referida ley dispone lo siguiente:

“Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención  
17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”.

A partir de ello, se aprecia que el enunciado establecido en la norma no constituye en sí una obligación o un deber, en la medida que se otorga libertad a la propia empresa de la decisión de implementar o no, un programa de prevención con el consecuente efecto de poder exonerar, de ser el caso, la eventual responsabilidad que pueda producirse a futuro frente a la comisión de un acto ilícito.

Respecto a ello, el artículo 17 de la Ley N° 30424 hace una remisión a los delitos comprendidos en el artículo 1 de la misma norma legal, que incluyen aquellos vinculados con los actos de corrupción que se están estudiando en el presente trabajo de investigación, entre los que se encuentran: el cohecho activo genérico y el específico.

En esa medida, podría resultar beneficioso para cualquier empresa, incluyendo la pública, el implementar un programa de cumplimiento normativo con la finalidad de poder, de ser el caso, ver eximida o atenuada su responsabilidad, si logra demostrar que esta fue adoptada previamente, atendiendo a su naturaleza, riesgos, necesidades y características.

Así, en la medida que tal disposición contenida en la Ley N° 30424 no constituye una obligación ni un deber propiamente dicho, es que se plantea que su naturaleza responda a lo que la doctrina alemana ha denominado "*obliegenheit*" que en su traducción al idioma castellano se denomina "incumbencia", al hacer referencia a una situación que no consiste en un mandato (obligación) pero tampoco un mero deber.

Por ello, la decisión para que una empresa implemente un programa de prevención estaría dentro del ámbito de su "incumbencia" toda vez que, si no lo hace, no será pasible de sanción alguna en tanto la regulación no la concibe como una obligación ni como un deber. Sin embargo, en caso de implementarla, la empresa tendrá la posibilidad de ver eximida o atenuada su responsabilidad si es que acredita que ha contado con un sistema de prevención eficiente y sostenible antes de la ocurrencia de un acto ilícito.

En ese ámbito, cabe traer a colación en específico lo dispuesto por la Ley N° 30424 respecto a la implementación de programas de cumplimiento normativo en el caso de empresas públicas, en tanto, su actuación en el mercado se rige por las mismas reglas que aquellas empresas en sentido lato, compitiendo y actuando en el mercado bajo las reglas de la oferta y la demanda. Así, el numeral 17.3 del artículo 17 de la referida norma señala lo siguiente:

"En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

A partir de ello, en el caso de las empresas públicas, resultaría viable la implementación de programas de cumplimiento normativo, en tanto no entre en conflicto con las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional. En ese sentido, en la medida que podría constituir un beneficio la implementación de un programa de cumplimiento, aplicable también a una empresa pública, resultaría de su “incumbencia” adoptar tal decisión en la medida que puede verse exonerada de responsabilidad frente a la comisión de un acto de corrupción como es el caso del soborno.

De acuerdo a lo anterior, ante la situación actual referida a casos de corrupción, la problemática del presente trabajo de investigación está dirigida a determinar si resulta necesario implementar programas de cumplimiento normativo en empresas públicas del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE frente a actos de corrupción.

Así, a fin de dilucidar el contexto en el que se desarrolla el cumplimiento normativo en el caso de las empresas públicas, cabe analizar tres problemas que podrían suscitarse al momento en que dichas entidades decidan adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, como el soborno, entre los que se encuentran: (i) si existiría algún conflicto de competencia respecto a las potestades atribuidas a la Contraloría General de la República; (ii) cuales serían los beneficios tras implementar un programa de cumplimiento normativo en una empresa pública; y, (iii) si existirían desventajas frente a la decisión de la implementación de un programa de cumplimiento normativo en una empresa pública.

## **2.1. Conflicto de competencia: Sistema Nacional de Control**

Como se ha señalado previamente, la Ley N° 30424 regula la posibilidad que una empresa, incluida una pública, puede ser eximida de responsabilidad en tanto decida adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo de forma previa a la comisión de ilícito.

Así, una consecuencia frente a la adopción de tal decisión es que dicha actuación pueda significar un conflicto respecto a las competencias que corresponden a los órganos de control institucional, encargados de velar por el cumplimiento de las normas del Sistema Nacional de Control.

En esa línea, un tema importante en toda Administración Pública está vinculada con la administración, resguardo y gestión de los recursos públicos en la medida que los mismos pertenecen a cada uno de los ciudadanos, quienes, a través del pago de sus impuestos u otros conceptos, dotan al Estado de la posibilidad de prestar un servicio público y con ello, atender las demandas y necesidades que requiere la ciudadanía.

En ese sentido, todas las actuaciones llevadas a cabo por parte de funcionarios públicos deben realizarse en el marco de lo establecido en las normas correspondientes al Sistema Nacional de Control, no sólo respecto a los recursos sino también a los bienes que les resulten asignados, en tanto realicen sus actividades ejerciendo función pública.

Al respecto, el artículo 3 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, define a la función pública, como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

En ese contexto, a través de la Ley N° 27785, se centraliza el control gubernamental que se ejerce sobre las entidades por parte de la Contraloría General de la República, constituyendo el ente rector del Sistema Nacional de Control.

De esta forma, a decir de la referida norma, el “control gubernamental” consiste en la “(...) supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, (...) evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”. (Subrayado añadido)

Debe tenerse en consideración que la función atribuida a la Contraloría General de la República nace a partir de lo dispuesto en la misma Constitución de 1993, cuando señala en el artículo 82 que es el “(...) órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”.

De esta forma, la referida norma regula la actuación del Estado a través del sistema nacional de control a fin de ejercer un control gubernamental respecto al uso de los recursos y bienes por parte de las entidades a través del manejo por parte de funcionarios públicos, con la finalidad de adoptar acciones de manera preventiva y

correctiva que permitan eficiencia en sus actividades. En ese sentido, debe tenerse en consideración que las entidades se encuentran sometidas al marco jurídico del Estado, situación que garantiza evitar actuaciones discrecionales al momento de adoptar decisiones.

Así, el literal f) del artículo 3 de la Ley N° 27785 incluye como entidades sujetas a control a “las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que este participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación”. A partir de ello, se aprecia que el ámbito de aplicación de la norma resulta amplio, en la medida que involucra a diversas entidades conformantes del gobierno central, gobiernos regionales y locales, organismos constitucionalmente autónomos, organismos reguladores de los servicios públicos, entre otros.

De acuerdo a ello, entonces, en el caso de las empresas públicas, estas se encuentran sujetas a control en aras de hacer eficiente el empleo, administración y uso de los recursos y de los bienes asignados para el ejercicio de sus competencias. Al respecto, el artículo 2 de la Ley N° 27785, señala que el objetivo que se persigue es “(...) la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos (...)”.

De esta forma, desde el punto de vista del Sistema Nacional de Control existe una supervisión y la consecuente determinación de responsabilidades frente a la comisión de actos ilícitos por parte de funcionarios públicos en el ejercicio del cargo que desempeñan, tornándose relevante su actuación si es que se toma en consideración que tal medida sirve para mejorar el servicio que prestan a la sociedad con el consecuente efecto de propiciar un beneficio para ciudadanía y el bienestar general.

En ese ámbito, una de las formas en que se ejerce el control es a partir de la supervisión al interior de la misma entidad, siendo necesario, por tanto, contar con acciones antes, durante y después de la realización de actividades por parte de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus actividades, máxime si estas implican en sí mismas un riesgo para la comisión de actos ilícitos.

Así, el artículo 7 de la Ley N° 27785 establece que “el control interno comprende las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control (...)”.

Asimismo, un tema vinculado al control interno es la forma en que el mismo se lleva a cabo, considerando que la supervisión se materializa a través de instrumentos o herramientas que permitan un adecuado monitoreo y evaluación. En este caso, se hace referencia a la “acción de control”, como una forma en la que se lleva a cabo tal actuación. Así, el artículo 10 de la Ley N° 27785, la define como:

“(...) la herramienta esencial del Sistema, por la cual el personal técnico de sus órganos conformantes, (...) efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales”.

Tales acciones de control sirven para llevar a cabo un seguimiento a fin de determinar si una entidad resulta responsable tanto por la gestión como por el manejo de los recursos y bienes que le resultan asignados a los respectivos funcionarios públicos. Atendiendo a ello, entonces, es que producto de las acciones de control, se emiten los correspondientes informes que tienen como finalidad el mejoramiento de la gestión de la entidad, con la consecuente determinación de responsabilidad, de ser el caso.

En este momento, resulta necesario precisar que los resultados de las acciones de control llevadas a cabo a una entidad, incluida las empresas públicas, son expuestos al titular de la misma, salvo que este se encuentre inmerso también en algún tipo de investigación, frente a lo cual, existen procedimientos aplicables al caso. Con base en ello, y tras tramitarse el proceso o procedimiento correspondiente, es que se podrá determinar una eventual responsabilidad de tipo administrativa funcional o de tipo civil o penal, de ser el caso.

Con relación al tipo de responsabilidades que se pueden determinar a un funcionario público, la Ley N° 27785, en su artículo 11, señala lo siguiente:

“Cuando se identifique responsabilidad administrativa funcional, la Contraloría General adoptará las acciones para la determinación de responsabilidad y la imposición de la respectiva sanción (...). Por otro lado, de identificarse responsabilidades de tipo civil o penal, las autoridades competentes, de acuerdo

a ley, iniciarán ante el fuero respectivo aquellas acciones de orden legal que correspondan a dichas responsabilidades.” (Subrayado añadido)

Considerando lo anterior, es que se concluye que a partir de la realización de una acción de control se ejerce la supervisión de las actuaciones de los funcionarios públicos a fin de garantizar el correcto uso de los recursos y bienes del Estado asignados para dar cumplimiento a una determinada función. En ese sentido, debe considerarse quien se encontrará a cargo de llevar tales actividades.

En ese sentido, el artículo 17 de la Ley N° 27785 dispone que “(...) las empresas en las que el Estado tenga una participación accionaria total o mayoritaria, tendrán necesariamente un Órgano de Auditoría Interna ubicado en el mayor nivel jerárquico de la estructura de la entidad (...)”.

De esta manera, se evidencia que las empresas del Estado deberán contar con un órgano como el indicado a fin que ejerza funciones en aras de la salvaguardia de los intereses del Estado y con ello, de toda la ciudadanía.

Asimismo, la norma repara en señalar la ubicación que debe poseer el Órgano de Auditoría Interna dentro de la estructura de la entidad, con la finalidad de salvaguardar su independencia y garantizar el ejercicio de sus funciones con imparcialidad y autonomía, en tanto, se trata de una unidad especializada y con la responsabilidad de llevar a cabo el control necesario para garantizar la eficiencia del servicio que se presta.

Atendiendo a lo expuesto, es que se aprecia que las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República en el marco del Sistema Nacional de Control buscan ejercer un control gubernamental a las entidades del Estado, entre las que se encuentran las empresas públicas, a fin de generar eficiencia en la prestación del servicio, así como para salvaguardar los recursos y bienes asignados.

En ese sentido, se aprecia que el Órgano de Auditoría Interna de una entidad ejerce las funciones de supervisión de los sistemas de administración, con la finalidad de mejorar su funcionamiento, pudiendo para tal efecto, dictar acciones de prevención y correctivas que resulten pertinentes.



De esta forma, es que resulta necesario determinar si la implementación de un programa de cumplimiento normativo por parte de una empresa pública puede ocasionar un posible conflicto de competencias respecto a la actuación que realiza el Órgano de Auditoría Interna, considerando que, entre sus prerrogativas también se encuentra el de dictar acciones de prevención, tal como ocurre con la implementación de un programa de cumplimiento.

Así, a fin de dilucidar lo anterior, será necesario recurrir a la naturaleza misma de un programa de cumplimiento normativo (*compliance*), así, como lo que implica el control gubernamental, respecto a sus acciones de prevención y correctivas, en el marco del Sistema Nacional de Control.

Ello, considerando que finalmente, ambas, constituyen mecanismos que buscan generar eficiencias a las entidades, tales como las públicas. Asimismo, debe considerarse si la adopción e implementación de dichos mecanismos responden a una mera liberalidad o, si, por el contrario, responde a una obligación legal y por tanto de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, se evidencia que existe más de un mecanismo que coadyuva a prevenir la comisión de conductas ilícitas, tales como son los actos de corrupción, como el soborno, situación que deberá ser analizada por la empresa pública a fin de decidir si adopta o no un programa de cumplimiento.

Sin perjuicio de ello, se deberá tener en cuenta también que existen puntos de coincidencia entre ambas figuras, tales como, un responsable a cargo, la naturaleza de la medida a implementar, el bien jurídico protegido, el lugar que ocupa dentro de la estructura de la entidad, entre otros.

## **2.2. Beneficios de la implementación de programas de cumplimiento normativo**

Conforme se ha señalado a lo largo del presente trabajo de investigación, la normativa, a través de la Ley N° 30424, abre la posibilidad para que las empresas públicas implementen programas de cumplimiento normativo que busquen prevenir la comisión de conductas ilícitas, con el consecuente efecto de poder eximir su responsabilidad de ser el caso, si se adoptan e implementan con anterioridad.

En ese escenario, constituye una decisión de la entidad, el adoptar o no, un sistema que permita supervisar las actuaciones que realizan los funcionarios públicos, en aras de prevenir alguna supuesta comisión de una conducta vinculada con actos de corrupción.

Al respecto, como se ha señalado, la Ley N° 30424, resulta de aplicación a la comisión de ilícitos, vinculados al cohecho, sea, genérico o de tipo específico, tal como se tipifica en el Código Penal.

En ese sentido, y conforme se evidencia del panorama nacional e internacional, el riesgo de comisión de conductas ilícitas no solamente se produce en el ámbito privado y relacionado únicamente con personal directivo o trabajadores de alto mando, sino, que tal posibilidad de comisión también se produce en el ámbito público, con relación a funcionarios públicos.

Al respecto, corresponde traer a colación la definición de “empleado público”, la misma que, según lo dispuesto en el numeral 4.1 del artículo 4 de la Ley N° 27815 hace referencia a “(...) todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos, sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado.”

De acuerdo a ello, debe tenerse en consideración que, para que un programa de cumplimiento normativo resulte eficiente no solamente basta que una entidad lo adopte o se encuentre implementado, sino que esta deberá acreditar que efectivamente realiza una actividad permanente, sostenible y pertinente en aras de cumplir con su objetivo.

Así, por ejemplo, a partir de las situaciones que se vienen produciendo con empresas alrededor del mundo y la subsecuente determinación de responsabilidad por la comisión de actos ilícitos vinculados con actos de soborno, particularmente con la obtención de beneficios para llevar a cabo obras públicas, es que se puede corroborar la importancia de adoptar este tipo de sistemas de prevención a fin de pretender eximirse de responsabilidad, en su oportunidad.

Sin embargo, como se indicaba, un órgano a cargo de la prevención de comisión de ilícitos no solamente tiene que figurar en la estructura de la entidad, sino que debe de dar muestras de sostenibilidad y permanencia, en tanto es una forma en que pueda,

de ser el caso, ver eximida de responsabilidad a la empresa ante una presunta responsabilidad de un determinado funcionario público.

Así, como se establece en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley N° 30424, una empresa pública tendrá que demostrar que adoptó e implementó al interior de su estructura, de forma previa a la comisión de una conducta ilícita, un programa de prevención adecuado a su propia naturaleza, considerando, entre otros, los siguientes elementos: (i) naturaleza, (ii) riesgos, (iii) necesidades y, (iv) características.

Atendiendo a ello, es que se podrá determinar si efectivamente, un programa de cumplimiento normativo ha logrado prevenir la comisión de actos de corrupción o al menos reducir la posibilidad de ocurrencia, pues uno de los retos de las empresas en la actualidad no solo es lograr rentabilidad sino también que la sociedad en general las valore reputacionalmente.

En ese sentido, debe considerarse que las empresas en sentido lato, actúan en el mercado y toman decisiones con base a un análisis de eficiencia, pues, su objetivo es obtener utilidad y maximizar sus beneficios.

Ello, no resulta distinto en el caso de las empresas públicas, pues finalmente, de adoptarse e implementarse un programa de cumplimiento, los beneficios que se obtengan a largo plazo, producto de no incurrir en responsabilidad pueden ser altos y permanentes en el tiempo.

A ello, se debe considerar que la empresa pública puede ser vista por la ciudadanía y por los competidores en general como una entidad responsable y seria frente a la prevención de conductas ilícitas, lo cual conllevará a que obtenga diversos beneficios que excedan a lo que se produciría producto de solo contar en apariencia con un Encargado de Prevención o con órganos que hagan sus veces.

En ese contexto, una empresa pública que se encuentre sometida a una regulación especializada, como es el caso del sector financiero, deberá tomar en consideración el nivel de riesgos que corresponda, teniendo en cuenta que los recursos que administra finalmente pertenecen a los usuarios.

Así, se desprende que las empresas públicas del sector financiero que se encuentran bajo el ámbito de competencia del FONAFE, tendrían un mayor interés en implementar programas de cumplimiento normativo.

De acuerdo a ello, pese a la regulación propia a la que se encuentran sometidas las empresas públicas del sector financiero, la posibilidad de ocurrencia de ilícitos no es menor, si se considera que los funcionarios públicos a cargo, tienen acceso y poder de decisión frente a terceros, quienes podrían encontrarse interesados en algún tipo de beneficio indebido por parte del Estado.

Lo anterior, en la medida que el nivel de riesgo que corresponde a la actividad económica de dichas empresas públicas conlleva a que se adopten mejores mecanismos de prevención de conductas ilícitas.

Por ello, además de encontrarse bajo el ámbito de control gubernamental del Sistema Nacional de Control, dicho tipo de empresas podrían necesitar contar con un Encargado de Prevención o con un órgano que haga sus veces a fin de hacer más eficiente y segura su actuación en el mercado.

Por ello, resulta un tema a dilucidar si, efectivamente la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo para las empresas públicas resultaría necesaria a fin de prevenir o disminuir el riesgo de comisión de una conducta ilícita vinculada con actos de corrupción, máxime si tal decisión conllevaría el uso de recursos (costos).

### **2.3. Desventajas de la implementación de programas de cumplimiento normativo**

A fin de efectuar un desarrollo respecto a si existiría o no, desventajas para que las propias empresas públicas puedan adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo, resulta necesario tomar en consideración los alcances establecidos previamente, sobre dos aspectos: (i) el posible conflicto de competencias entre el Encargado de Prevención y el Órgano de Auditoría Interna; y, (ii) los beneficios que podrían obtenerse a partir de su implementación.

En esa línea, cabe indicar que, al constituirse como una empresa pública y, pertenecer al aparato estatal, las entidades actúan dentro del marco normativo del

sector en el que actúen. Ello, significa que sus actuaciones no resultan discrecionales, sino que se enmarcan en lo que la regulación sectorial ha establecido para poder brindar el servicio.

Así, uno de los primeros puntos que se deben tomar en consideración a fin de determinar si la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo conlleva la existencia de desventajas, estaría relacionado con el uso de recursos económicos y no económicos, vinculados con la eficiencia con la que las empresas públicas deben de actuar en el mercado.

En el caso de las empresas en sentido lato, las decisiones que adoptan tienen como correlato estudios y evaluaciones detalladas que redundan en garantizar la obtención de utilidades, evitando con ello, incurrir en gastos y pérdidas para el negocio.

Similar situación se produce en el caso de las empresas públicas, dado que, al actuar en el mercado como un agente económico más, cada decisión que se decida adoptar deberá producirse dentro de la habilitación normativa que corresponda al sector donde actúe, además de garantizar que la decisión resulte eficiente.

En ese sentido, corresponde determinar si la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo en una empresa pública, podría asegurar la eliminación de riesgos, frente a la ocurrencia de actos de corrupción, como el soborno.

Ello, en la medida que, llevar a cabo tal decisión, implicaría el uso de recursos económicos vinculados a diversas actividades, tales como: gastos de personal, habilitación de espacios físicos, habilitación de mobiliario, entre otros aspectos necesarios a fin de efectuar sus actividades. La misma situación se produciría en el caso que se decida contar con personal externo para realizar actividades del Encargado de Prevención.

Por su parte, otro de los elementos a tomar en consideración estaría relacionado con la duplicidad de actuaciones tanto por parte del Encargado de Prevención como del Órgano de Auditoría Interna, dado que, como se ha señalado previamente, las funciones que ambos realizan mantienen ciertas coincidencias que podrían conllevar a que se empleen recursos de manera innecesaria.

En este punto, resulta importante tomar en cuenta la eficiencia que persigue toda empresa, y quizá, en mayor grado, una empresa pública, pues, tendrá que analizarse si resulta útil y eficiente contar con un Encargado de Prevención o con un órgano que haga sus veces, pues finalmente, el objetivo de su existencia está relacionado con la previsión futura de cometer un acto ilícito en el marco de sus actividades económicas en el mercado.

Sin embargo, si bien podría ser considerada como una inversión y no como un gasto, cabe tener en consideración que tal beneficio que conlleva contar con un mecanismo de prevención quizá nunca logre materializarse, pues, puede que finalmente nunca se llegue a producir un acto de corrupción, con lo cual, tampoco se lleguen a obtener los beneficios de ver eximida algún tipo de responsabilidad.

Atendiendo a ello, entonces, en la medida que una empresa pública decida adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo, debería de efectuarse un análisis de riesgo, tal como se ha detallado precedentemente, debiendo tener en consideración, entre otros elementos, cual es el rubro o actividad a la que se dedica, el nivel de rotación del personal, y si se ha visto envuelta en algún tipo de acto ilícito con anterioridad. De esta forma, se podría determinar si, a futuro, se generarían desventajas tras su implementación.

En esa línea, en el caso de las empresas públicas bajo el ámbito de aplicación del FONAFE, pertenecientes al sector financiero, se tendría que considerar seguir una serie de pasos a fin de poder garantizar la decisión de contar con un programa de cumplimiento normativo y, no en incurrir en gastos (Nieto, 2015, p. 152-153). Así, por ejemplo, se debería evaluar lo siguiente:

- (i) Fijación del objeto: El sector es el financiero, y en algunos de los casos, las empresas públicas no solo tienen sede en la ciudad de Lima, sino que también cuentan con filiales en departamentos y provincias. Así, se deberá tener en consideración si la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo tendrá un ámbito de actuación en la sede central (con un radio de influencia al resto de filiales) o si, contará también con personal a nivel nacional. Ello, resulta relevante en la medida que tal decisión redundará en un mayor uso de recursos, los cuales tendrá que evaluarse a fin de obtener eficiencia y evitar gastos innecesarios.

Relacionado con lo anterior, existe un tema que también debería ser tomado en consideración y, es el hecho que la incidencia de riesgo de comisión de actos de corrupción no es la misma en todos los lugares del país, lo cual implicaría que las empresas públicas destinen mayor o menor cantidad de recursos y personal a fin de evitar algún tipo de responsabilidad.

- (ii) Identificación de las posibles infracciones: En este caso, los funcionarios que forman parte de las empresas públicas son pasibles de cometer algún tipo de ilícito, en tanto tienen acceso a información y recursos por la propia actividad que realizan, situación que conlleva un alto riesgo de poder verse involucrados en actos de corrupción. De esta forma, se puede determinar qué actividades se encuentran más propensas al riesgo en la empresa, situación que está relacionada con el perfil del funcionario de que se trate, es decir, si se tiene un poder de decisión o no.
- (iii) Probabilidad del riesgo: Un punto importante a considerarse está referido a conocer si la empresa cuenta con políticas internas o directrices que eviten la comisión de ilícitos o aminoren el riesgo de producirse las mismas. Ello, resulta importante en la medida que a mayor índice de incidencia o reiterancia en la comisión de conductas ilícitas reforzará la necesidad de contar con programas de cumplimiento normativo.

Asimismo, realizar una evaluación previa de la situación de la empresa pública, dotará de mayores elementos a fin que se determine si el control que efectúa el Órgano de Auditoría Interna está funcionando como mecanismo de prevención y control en el marco del Sistema Nacional de Control.

- (iv) Evaluación del riesgo: Atendiendo a la envergadura y dimensión de las empresas públicas del sector financiero en el mercado nacional, podría indicarse que los riesgos de comisión de conductas ilícitas vinculadas a actos de corrupción mantienen un mismo nivel de relevancia. Ello, en la medida que, principalmente, las situaciones prohibidas se encuentran vinculadas al delito de cohecho, conforme a los alcances establecidos en el Código Penal, a los que remite la Ley N° 30424.

De acuerdo a ello, dependerá de cada caso en concreto, el determinar si existe un mayor o menor grado de relevancia entre un riesgo frente a otro, pues, como se ha indicado, la mayoría de estos, está relacionado con la configuración de actos de soborno, en el que se encuentra involucrado un funcionario público.

- (v) Tratamiento del riesgo: Una vez determinado si existe o no, un grado de relevancia de un riesgo frente a otro, la siguiente medida deberá estar referida a que la propia empresa opte por dar una solución a la problemática relacionada con el riesgo involucrado. Así, en el caso de las empresas públicas del sector financiero, en la medida que brindan un servicio público a la ciudadanía en general, la opción de prohibir la actividad podría estar descartada, en tanto, el Estado resulta garante de las funciones a su cargo, debiendo adoptar las medidas que resulten pertinentes para su solución.

En ese sentido, la referida decisión estaría más enfocada en la adopción e implementación de un control preventivo efectivo, que garantice la eliminación o atenuación del riesgo de comisión de un acto ilícito de corrupción.

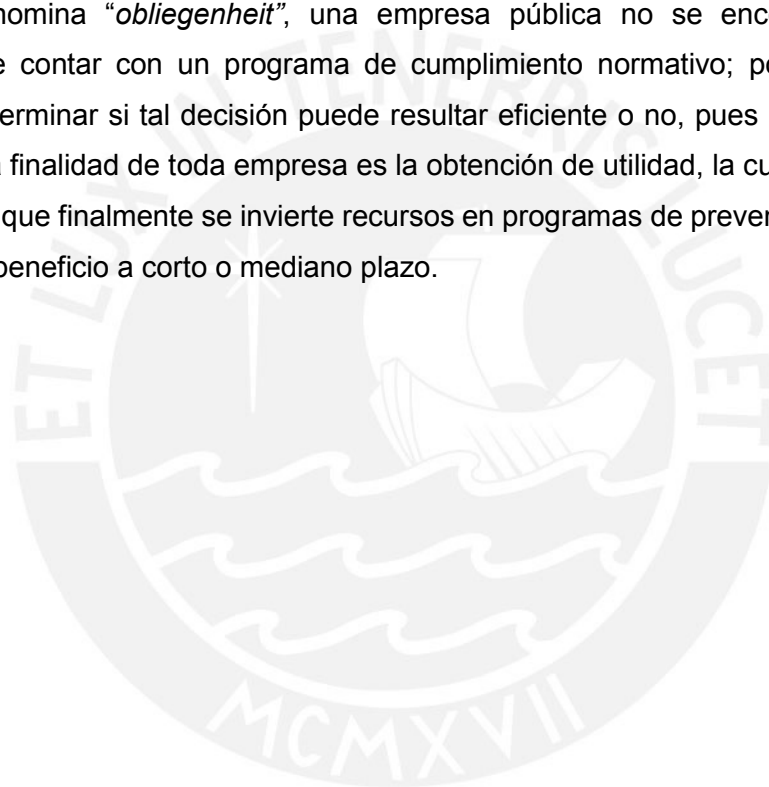
- (vi) Revisión: En este caso, ninguna medida de prevención será eficiente ni suficiente si es que una empresa pública del sector financiero, en el caso de adoptarla e implementarla, no posee una vocación de hacerla sostenible, permanente y eficaz en el tiempo. Ello, en la medida que solamente si existe una sostenibilidad en las funciones a cargo del Encargado de Prevención o del órgano que haga sus veces, es que se podrán obtener beneficios a mediano o largo plazo, pues los casos de corrupción, generalmente son de difícil detección, lo cual torna más difícil la determinación de responsabilidad.

Así, en los términos del numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley N° 30424, se podrá eximir de responsabilidad a una empresa pública si es que adopta e implementa con anterioridad a la comisión de un ilícito, un programa de cumplimiento normativo, desprendiéndose que este debe de ser sostenible y pertinente a las necesidades que posee como agente económico en el mercado.



Atendiendo a ello, es que resulta relevante determinar si, después de considerar cada uno de los aspectos relacionados con la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo, las empresas públicas tendrán mayores o menores incentivos para decidir contar con un sistema de prevención. Finalmente, como se ha indicado, obedecerá a la decisión de una empresa pública, en el marco de su autonomía, el optar invertir en un programa de prevención de conductas ilícitas como el soborno, o dejar dicho de tipo de actividad, a las funciones que realice el órgano de Auditoría Interna.

Finalmente, considerando los alcances que posee la figura que la doctrina alemana denomina "*obliegenheit*", una empresa pública no se encontraría en la obligación de contar con un programa de cumplimiento normativo; por ello, resulta relevante determinar si tal decisión puede resultar eficiente o no, pues no se debe de olvidar que la finalidad de toda empresa es la obtención de utilidad, la cual no se podrá obtener si es que finalmente se invierte recursos en programas de prevención que no le otorguen un beneficio a corto o mediano plazo.



### CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

En el presente apartado, se procederá a desarrollar cada problemática que presentarían las empresas públicas, frente a la decisión de adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo ante la ocurrencia de actos de corrupción, considerando que, a partir de ello, es que se podrá corroborar si efectivamente constituye una necesidad o si finalmente, existen otros medios de prevención estatales que garanticen la no ocurrencia de dicho tipo de ilícitos.

Así, a partir de la información que existe sobre la actividad en el mercado que realizan las empresas públicas, su regulación y su ámbito de competencia respecto del resto de agentes que operan en el sector financiero, es que se plantea como interrogante si es que resulta necesario que dichas empresas adopten e implementen programas de cumplimiento normativo a fin de evitar la comisión de actos ilícitos de corrupción y, con ello, la posibilidad de verse exonerada de responsabilidad a futuro.

Lo anterior, en la medida que, al actuar en el mercado bajo las reglas de la oferta y la demanda, se encuentran igualmente expuestas a la ocurrencia de riesgos propios de su actuación. Así, las empresas públicas del sector financiero no solamente deben dar cumplimiento a las normas que regulan dicho sector frente al resguardo de los recursos de usuarios y las medidas de confidencialidad y privacidad que ello conlleva, sino también aquellos riesgos vinculados con las funciones a cargo de sus propios trabajadores.

Así, en el caso de los funcionarios públicos, estos no solo deben actuar de conformidad con la normativa que regula su actuación en el sector público, sino también con aquellas normas y directivas que se emiten al interior de la propia empresa. Ello, en la medida que, dando cumplimiento a las directrices internas se podrá hacer de conocimiento de los funcionarios públicos, los deberes y obligaciones propios de sus funciones y evitar la ocurrencia de conductas contrarias a la normativa vigente.

En esa línea, a partir de los documentos internos emitidos por una empresa se podrán transmitir los valores y reglas de conducta a sus trabajadores a fin de prevenir la ocurrencia de actos ilícitos, en un afán de generar una cultura de cumplimiento. Así, por ejemplo, al interior de una empresa existen diversos tipos de documentos, tales como, reglamentos internos, códigos de ética, manuales de comportamiento o de deberes; los mismos que también resultan de aplicación a las empresas públicas, en la

medida que lo que buscan finalmente es generar un adecuado comportamiento y una identificación del personal a fin que se evite la ocurrencia de actos ilícitos de corrupción.

Sin perjuicio de ello, a nivel normativo nacional se emitió la Ley N° 30424 como una iniciativa que busca de dotar de elementos de autorregulación a las propias empresas, a fin de poder eximir o atenuar su responsabilidad frente a la comisión futura de actos en el mercado contrarios a la normativa vigente, de ser el caso.

Así, en la referida ley se otorga la posibilidad para que las propias empresas implementen programas de prevención frente a la ocurrencia ilícitos. Sin embargo, del texto de la referida norma se aprecia que no existe un nivel de coercibilidad frente a su incumplimiento por parte de las empresas. Lo anterior, obedecería a que tal disposición no busca imponer una carga a la propia empresa, en tanto la única beneficiada frente a la adopción o no de un sistema sería ella misma.

Entonces, más allá de imponer una obligación a las empresas, en el marco de su libertad de actuación, estas deberán decidir si resultaría más beneficioso y eficiente el implementar un programa de cumplimiento o, asumir frente a la ocurrencia de un acto ilícito, el costo de la defensa legal de sus trabajadores frente a la imputación que se les pueda realizar, entre otros gastos.

De esta forma, la posibilidad de ver eximida o atenuada la responsabilidad recae en la propia empresa, siendo tal situación equiparable a lo que la doctrina alemana denomina "*obliegenheit*" o "incumbencia", en la medida que resultaría de su incumbencia la implementación de un programa de cumplimiento, en tanto la misma responda a la naturaleza, riesgos, necesidades y características propias que resulten capaces de prevenir de manera oportuna la comisión de ilícitos.

Atendiendo a la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, resultaría necesaria la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo en las empresas públicas, en tanto la existencia de riesgos en sus operaciones persiste en cada transacción económica que realicen.

Asimismo, desde el punto de vista económico, resultaría más eficiente invertir en implementar un órgano de cumplimiento o contar con Encargado de Prevención, que tener la necesidad de contratar una defensa legal frente a la comisión de una conducta ilícita y la determinación de una responsabilidad, de ser el caso.

A partir de ello, es que resultaría necesario que las empresas públicas también lo puedan implementar, más allá de la habilitación legal establecida en el numeral 17.3 del artículo 17 de la Ley N° 30424, en la medida que la estructura y organización de empresa pública posee matices distintos respecto al resto de empresas. Así, un punto importante a tener en cuenta está referido a la competencia atribuida a los órganos de control institucional en el marco del Sistema Nacional de Control.

Respecto a ello, cabe indicar que, más allá de lo dispuesto en la norma, constituye parte de la problemática planteada en el presente trabajo de investigación, el determinar si existiría un conflicto de competencias o una superposición entre estas, en lo que se refiere al Sistema Nacional de Control, tomando en consideración su naturaleza, características y obligatoriedad, entre otros elementos a comparar respecto a un programa de cumplimiento.

Asimismo, con relación a la figura del Encargado de Prevención, cabe señalar que este debe contar con la autonomía e independencia funcional y jerárquica suficiente respecto a los órganos de alta dirección o la plana directiva de la empresa, en la medida que en muchos casos su actuación podrá incluir la supervisión de las actividades que realiza dicho personal, desnaturalizando su propósito si tuviera que rendir cuentas de su actividad o de las medidas correctivas a imponer.

En esa línea, cabe precisar que, dependiendo de la naturaleza, dimensión y responsabilidades que posee una empresa, es que podría existir no solo un Encargado de Prevención sino también un órgano dentro de la estructura de la empresa que se encargue de efectuar tal labor, siendo en algunos casos recomendable, que dicho órgano lo integren tanto personal de la propia empresa como terceros ajenos a esta, a fin de evitar investigaciones o conclusiones parciales sobre la actuación de los trabajadores.

Respecto a ello, una opción consistiría en que la empresa cuente tanto con personal interno como externo, en la medida que el personal interno contará con conocimiento del negocio de manera directa, mientras que el personal externo podrá aportar conocimiento e imparcialidad respecto a las incidencias que se produzcan al interior de la empresa, situación que dota de mayor eficiencia al programa de cumplimiento.

Atendiendo a ello, es que se inferiría que las funciones de un Encargado de Prevención o del órgano que haga sus veces, no entrarían en conflicto con aquellas que desempeñan los órganos de control institucional, considerando, además, que la decisión de llevar a cabo tales funciones nace de la liberalidad de la propia empresa, a diferencia de la obligatoriedad nacida de una norma, como es la que regula al Sistema Nacional de Control.

En esa medida, un órgano de control busca asegurar un adecuado y efectivo ejercicio de control gubernamental, para prevenir la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado, así como el desarrollo honesto de parte de sus trabajadores. Así, los efectos frente a un uso indebido de recursos o conducta funcional son determinados por los órganos de control funcional, lo que acarrea una responsabilidad administrativa e incluso civil o penal, de acuerdo a cada caso en concreto.

Por su parte, la finalidad del Encargado de Prevención se centraría en identificar riesgos potenciales en los que podría verse inmersa una empresa a partir de su actuación en el mercado y, a partir de ello, contar con un sistema que permita no sólo prevenirlo sino, de ser el caso, ser capaz de demostrar que previamente intentó hacerlo de manera sostenible y permanente a fin de evitar incurrir en responsabilidad.

Cabe precisar que, a través de una acción de control también se pueden implementar acciones de prevención, situación que coincidiría con la finalidad perseguida por el programa de cumplimiento.

Por ello, ante una eventual responsabilidad, la empresa estará en la posibilidad de demostrar que implementó de manera anticipada un sistema que buscó prevenir la ocurrencia de actos ilícitos, a partir de un análisis de los riesgos a los que estuvo expuesta.

De esta manera, en el caso de una empresa pública, los pasos para identificar los riesgos que le resultarían propios, estarían vinculados a lo siguiente: (i) identificación o fijación del objeto, relacionada al sector en que se desempeña la empresa; (ii) identificación de las posibles infracciones, las mismas que tienen incidencia, tanto a nivel administrativo como penal; (iii) probabilidad del riesgo, relacionada con la actividad desarrollada; (iv) evaluación del riesgo, vinculada a la prioridad que presenta la confidencialidad de los usuarios del servicio; (v) tratamiento del riesgo, a partir de

supervisiones, selección de personal, entre otras; y, (vi) revisión, análisis del funcionamiento y eficacia del control, que busca evitar nuevas ocurrencias a futuro.

En ese sentido, la finalidad del presente trabajo de investigación es dotar de elementos objetivos suficientes que sustenten la necesidad de implementar programas de cumplimiento en el caso de empresas públicas, en la medida que se ha evidenciado que logran generar un impacto positivo no solo a nivel económico y reputacional sino también genera un efecto beneficioso a la sociedad al contar con mayores agentes económicos que actúan en el marco de la ley, desincentivando la comisión de actos de corrupción en el mercado.

En esa línea, la problemática a resolver estará vinculada a determinar si resulta necesaria la adopción e implementación de programas de cumplimiento en empresas públicas, considerando que, a la fecha, ello resulta posible a tenor lo dispuesto por la propia Ley N° 30424, correspondiendo ante ello, la evaluación de si tal decisión podría generar efectos positivos, sin perjuicio de lo cual, también se debe considerar el uso de recursos para lograr tal finalidad.

Así, tal como se ha señalado previamente, la problemática que nace a partir de la determinación de, si resulta necesaria o no, la implementación de un programa de cumplimiento normativo en una empresa pública del sector financiero, tiene que ver principalmente, con determinar si ello podría resultar ineficiente si se tiene en cuenta que ya actualmente las empresas públicas están sujetas a un nivel de supervisión por parte del órgano de control institucional, en el marco del Sistema Nacional de Control; es decir, si existen incentivos suficientes para hacerlo.

Ello, resultaría de especial relevancia si estamos frente a una empresa pública que actúa en el mercado como un agente económico más, sujeto a las mismas medidas de eficiencia y optimizando los recursos con los que cuenta, en tanto su objetivo finalmente estará constituido por lograr una mayor utilidad y evitar situaciones que generen un detrimento para el logro de sus objetivos y metas.

En ese marco, a continuación, se desarrollarán los tres (3) problemas que se encuentran vinculados con el análisis para determinar si resulta necesario que una empresa pública del sector financiero bajo el ámbito de competencia del FONAFE decida implementar un programa de cumplimiento normativo, conforme ha sido reseñado previamente.

### **3.1. Análisis del problema de investigación**

#### ***Sobre el conflicto de competencia***

Como se ha indicado, un aspecto importante a tomar en cuenta por una empresa pública antes de decidir adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo está referido a analizar si tal decisión puede resultar eficiente en la medida que puede plantearse que ya existe un sistema que, a través de un órgano auditor, también se encargue del correcto uso y administración de los recursos y bienes asignados a las entidades.

De esta forma, entonces, cabe traer a colación el ámbito de aplicación que corresponde al Sistema Nacional de Control en torno a la Ley N° 27785, en la medida que esta tiene como objetivo el lograr un efectivo control gubernamental para que resulte eficiente la utilización y gestión de los recursos y bienes, con la consecuente ejecución de acciones de control que actúen de forma preventiva o correctiva a fin de evitar la ocurrencia de situaciones que contravengan el marco normativo vigente.

Entonces, si ya las empresas públicas, además de su propia normativa y documentación de gestión interna, se encuentran bajo el ámbito de control de un Órgano de Auditoría Interna que realiza funciones que finalmente buscan evitar que sus riesgos inherentes logren materializarse, entonces ¿sería necesario que, además, se utilicen recursos para adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo?

Pues la respuesta, no resulta sencilla a la luz de la prioridad de todo agente económico que busca tornar eficiente cada una de sus decisiones, pues con ello, no solo buscará reducir costos, sino que también pueda eventualmente invertir en la implementación de otras medidas que también resulten apropiadas para consolidarse o expandirse en el mercado. Al respecto, el artículo 6 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, respecto al uso de los recursos de las empresas, dispone lo siguiente:

“Los recursos de las Empresas del Estado -incluidos los de FONAFE- deben utilizarse para el logro de sus objetivos en el marco de una gestión moderna, transparente y eficiente, y en concordancia con la política corporativa definida por FONAFE y con los planes estratégicos y operativos correspondientes. Las Empresas son independientes entre sí, por lo que cada una hace frente a sus

obligaciones con sus propios recursos, en aplicación de los principios de rentabilidad, pluralismo económico y responsabilidad limitada”.

En esa línea, como se establece en el artículo 60 de la Constitución Política de 1993, la actividad empresarial, sea pública o privada, recibe un tratamiento de contenido igualitario, que origina que también las empresas públicas opten por generar eficiencia en cada una de sus actuaciones, pues si bien poseen parte de accionariado del Estado, ello, no enerva a que operen en el mercado en condiciones de competencia.

Ello, resulta de mayor relevancia para el presente trabajo de investigación si se considera que el ámbito económico en el que se desarrolla la empresa pública es el financiero, pues como se sabe en un sector económico altamente regulado, en tanto busca otorgar un nivel idóneo de protección, no solo a los propios usuarios sino también generar una estabilidad a la sociedad en general.

Así, al comportarse como un agente económico, una empresa pública se somete a lo dispuesto por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, en tanto, como se señala en el artículo 1 de la referida norma: “(...) establece el marco de regulación y supervisión a que se someten las empresas que operen en el sistema financiero y de seguros, así como aquéllas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas.”

En esa línea, en torno al ámbito de aplicación de las empresas públicas, cabe tener en consideración también el marco normativo que establece el Decreto Legislativo N° 1031, pues finalmente busca promover la eficiencia de las empresas, incidiendo mayormente en la organización, conducción y gestión de recursos y su vinculación con los sistemas administrativos que posee el Estado.

En ese sentido, conforme al literal h) del artículo 1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, recae en el FONAFE la función de regular la actividad para que el Estado se desarrolle empresarialmente, situación que coadyuve a que cada empresa pública bajo su ámbito opere en el mercado con parámetros que salvaguarde la competencia y el respeto a los usuarios.

En ese contexto, entonces, cabe remitirse a la naturaleza que posee un programa de cumplimiento toda vez que resulta necesario a fin de entender finalmente



qué es lo que busca garantizar y prevenir frente a la ocurrencia de actos ilícitos en su actuación en mercado. De esta forma, como se ha señalado, la Ley N° 30424 no plantea tal decisión como si fuera una obligación, ni mucho menos un deber, sino que deja a la liberalidad del propio agente la posibilidad de hacerlo.

Así, como se ha señalado, constituye una decisión de la propia empresa el adoptar o no, un programa de cumplimiento normativo. En ese sentido, en el Perú no se ha optado por imponer una obligación para que las empresas implementen estos mecanismos, dejando abierta la posibilidad para que se realice si es que lo consideran pertinente. Ello, constituye una medida importante si es que se considera los efectos positivos que podría obtener una empresa si es que logra acreditar la implementación de procedimientos de prevención de riesgos de manera previa a la ocurrencia de actos ilícitos.

Por ello, entonces, no existe de por medio una coerción o una obligatoriedad o, visto de otro lado, no se genera ante la decisión de no adoptarla algún tipo de sanción o pena, pues finalmente, el único que podría verse beneficiado, eventualmente, sería la propia empresa y sus correspondientes trabajadores.

Entonces, se empieza a entrever que, únicamente compete a la empresa pública, el decidir si desea contar o no, con un programa de cumplimiento normativo, siendo necesario por ello, traer a colación lo que la doctrina alemana ha denominado “*obliegenheit*” y que en el idioma español hace referencia a “incumbencia”, así, como los recursos que debería de utilizar a fin de llevar a cabo tal implementación.

Finalmente, si se decidiera adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo frente a actos de corrupción, como el soborno, los temas que debería abordar una empresa pública son los siguientes:

- (i) Responsable a cargo: Como se ha indicado, resulta recomendable que el Encargado de Prevención o el órgano que haga sus veces, este constituido tanto por personal interno de la propia empresa como por personal externo. Con dicho criterio lo que se espera, por un lado, es que puedan identificarse y prevenir los riesgos, contando con la participación de funcionarios que conozcan el sistema, así como las principales situaciones riesgosas que conllevarían la comisión de ilícitos. Por otro lado, contar con personal externo a la empresa permitiría tener una visión sin sesgos y dotar de un

mayor nivel de autonomía e independencia al órgano encargado de prevención, en los términos establecidos en la Ley N° 30424.

Vinculado con ello, un tema relevante en la prevención de riesgos está relacionado con las actividades que desarrolle la empresa, pero precisando que los actos de corrupción, no necesariamente resultan notorios a efectos de su oportuna identificación, sino por el contrario, se producen en aquellas actividades que resultan habituales en su actuación en el mercado. Así, entre otros, una supervisión necesaria se produce en actividades vinculadas a lo siguiente: auspicios empresariales, donaciones, pagos de viáticos para funcionarios y financiamiento o contribución a campañas electorales.

En el presente caso, al tratarse de empresas públicas, su estructura resulta similar a la de una sociedad, debiendo ante tal situación, el Encargado de Prevención ser designado por el Directorio de la misma o quien haga sus veces, buscando garantizar con ello, un idóneo nivel de autonomía y desempeño frente a la realización de sus funciones.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 30424, define a la “autonomía” como “autoridad e independencia funcional del encargado de prevención, quien cuenta con capacidad suficiente para supervisar y hacer cumplir el modelo de prevención. No implica necesariamente dedicación exclusiva a la tarea ni pertenencia a la estructura interna de la organización”.

A partir de ello, se desprende una primera diferencia respecto al tratamiento que se realiza desde el Sistema Nacional de Control, en la medida que, si bien el Órgano de Auditoría Interna se estructura al interior de la propia entidad, al igual que el Encargado de Prevención en el caso del *Compliance*; la Ley N° 27785 también regula un control gubernamental externo, el mismo que se realiza de forma selectiva y posterior.

No obstante, tal situación desnaturalizaría la finalidad del programa de cumplimiento normativo, en la medida que las acciones de prevención buscan ser permanentes y sostenibles, respecto a los riesgos propios de la empresa, por lo cual no podría tornarse selectiva y mucho menos producirse de forma posterior.

En ese sentido, entender que la supervisión se torne posterior en el caso de los programas de cumplimiento normativo impediría lograr su finalidad esencial, es decir, prevenir la comisión de actos ilícitos y con ello, ver la posibilidad de ver eximida su responsabilidad, a partir de supervisión sostenible y permanente en el tiempo que analice los riesgos propios de la actividad y busque eliminarlos o controlarlos.

Lo anterior, cobra sentido en la medida que las funciones del Órgano de Auditoría Interna persiguen una finalidad fiscalizadora de los recursos y bienes del Estado, los mismos que afronta tanto de una manera preventiva como de fiscalización posterior, en la medida que puede tomar conocimiento de las mismas de forma extemporánea, lo cual, no lo exime de investigar y sancionar a los responsables, en caso corresponda.

Por ello, la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo no implica que se vayan a superponer las acciones de prevención del Órgano de Auditoría Interna frente a la comisión de ilícitos en tanto, como se observa, desde su concepción, estructura y funciones poseen finalidades distintas.

- (ii) Naturaleza de la medida: La adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo obedece a la decisión voluntaria de la propia empresa, atendiendo a lo que considera resulta es una prioridad o no, frente a la identificación y prevención de riesgos vinculados a la comisión de ilícitos vinculados a actos de corrupción.

De esta forma, atendiendo a lo dispuesto en la Ley N° 30424, una empresa puede ver eximida su responsabilidad si implementa de forma previa un programa de cumplimiento normativo que resulte consistente con el nivel de riesgos propios de la actividad económica que realiza en el mercado.

En esa línea, se desprende que una empresa contaría con elementos para que decida adoptar e implementar programas de cumplimiento, siendo de su incumbencia el contar con las mismas, máxime si tal decisión puede conllevar no ser responsable por la actuación ilícita de sus funcionarios. Sin embargo, una interrogante que se desprende frente a ello, es si tales

incentivos son suficientes para que se constituya una necesidad o por el contrario puede resultar poco eficiente.

Al respecto, se debe indicar que las empresas públicas del sector financiero deben contar con sistemas que les permitan asegurar el resguardo de los recursos con los que trabajan y con ello, garantizar el dinero de los usuarios. Así, la Ley N° 30424 no establece una obligación o deber a las empresas para que adopten e implementen programas de cumplimiento normativo, constituyendo tal decisión una forma para que se determine el nivel de prioridades respecto a la adopción de mecanismos de prevención.

A partir de ello, surge una segunda diferencia respecto a los alcances establecidos por el Sistema Nacional de Control en la medida que el control gubernamental y las consecuentes acciones de control nacen a partir de la emisión de una norma de rango legal, la misma que atribuye competencias y obligaciones a la Contraloría General de la República, en los términos establecidos en la propia Constitución de 1993.

En ese sentido, se desprende que el control gubernamental nace de otra entidad del Estado y no de la decisión de la propia empresa, como forma de autorregulación; es decir, no constituye una decisión voluntaria de la propia empresa sino más bien responde a una obligación de rango legal a cargo de otra entidad supervisora.

Lo anterior resulta una diferencia relevante en la medida que la propia empresa debe decidir entre implementar o no, un programa de cumplimiento normativo, con la consecuencia de tener que incurrir en la utilización de recursos; mientras que, por otro lado, el Sistema Nacional de Control, a través del órgano de auditoría encargado, ejerce sus funciones como consecuencia de una habilitación legal y, por tanto, de obligatorio cumplimiento.

- (iii) Bien jurídico protegido: A partir de lo dispuesto en la Ley N° 30424 y su reglamento, se observa que finalmente lo que busca la empresa pública es garantizar la prestación de un servicio a la ciudadanía, el mismo que resulte eficiente y, sin que se presenten actos contrarios a la normativa vigente. Así, en el caso de Agrobanco, Banco de la Nación, COFIDE y Fondo Mivivienda,

al constituirse como empresas públicas del sector financiero, lo relevante será que, entre otros, puedan brindar tasas de interés competitivas, garantizar sostenibilidad y protección de los recursos a un nivel que les permita competir con otros agentes económicos.

De ahí que pueda concluirse que el bien jurídico que busca proteger una empresa pública con la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo, sea finalmente, la eficiencia en la prestación del servicio, con la consecuente posibilidad de captar una mayor cantidad de usuarios, entre otros.

Sin embargo, desde el punto de vista del Sistema Nacional de Control, lo que se resguarda no es propiamente la eficiencia o la imagen de la empresa, sino el uso racional y responsable de recursos en tanto constituye un patrimonio del Estado, evidenciándose una diferencia notoria respecto a lo que se busca proteger.

En ese sentido, el efecto de una acción de control se materializa con la identificación y determinación de responsabilidad por el uso y manejo de recursos y bienes públicos y, cuyo cumplimiento constituye una obligación que emana de una norma con rango de ley, situación que se distancia con la identificación de riesgos a partir de la medida de prevención al interior de la propia empresa.

Aunado a ello, las competencias del Órgano de Auditoría Interna resguardan el eficiente uso de los recursos en la medida que los mismos no pertenecen a los directivos de la empresa pública, sino, al contrario, tales bienes y recursos existen producto del aporte de todos los ciudadanos, quienes a partir de sus contribuciones e impuestos garantizan que el Estado brinde un servicio público.

En esa línea, se aprecia una tercera diferencia respecto a las formas o mecanismos a través de los cuales se busca prevenir la comisión de actos ilícitos, es decir, desde la decisión de la propia empresa de implementarlos, en el caso del *Compliance*; como desde el punto de vista del control gubernamental que se efectúa a través del Sistema Nacional de Control.

En ese sentido, para una empresa pública resultará necesario adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo considerando que dicha decisión incrementará las posibilidades de no incurrir en actos ilícitos y, de finalmente, encontrarse en esa situación, verse eventualmente eximido de responsabilidad por la conducta de sus órganos; lo cual, se puede complementar con las acciones propias de los órganos de auditoría, producto de sus competencias atribuidas por ley.

### ***Sobre los beneficios de la implementación del Compliance***

Una vez que se haya optado por implementar un programa de cumplimiento normativo, las consecuencias frente a tal decisión no resultarán per sé positivas o beneficiosas para una empresa de manera directa e inmediata, máxime si se toma en consideración la premisa de que todos los agentes que operan en el mercado deben de actuar y regirse en el marco de lo establecido en la normativa que regule el sector.

Es decir, el cumplimiento al ordenamiento legal no debe estar supeditado a la eficiencia de un programa de cumplimiento que la empresa pueda adoptar, sino que tal exigencia nace de la propia norma, en la medida que, la legalidad otorgada por las normas evita la discrecionalidad en las decisiones de los agentes económicos, además de salvaguardar una competencia leal y un efecto positivo en el mercado y en los ciudadanos.

En esa línea, se debe considerar también que, en principio no resultaría necesario que una empresa decida implementar alguna medida de prevención por la comisión de actos ilícitos, en tanto, ya las disposiciones contenidas en normas administrativas y en el Código Penal deberían de resultar lo suficientemente eficaces como para persuadir la ocurrencia de cualquier situación irregular, como suponen los actos de corrupción por parte funcionarios públicos.

Sin embargo, en los últimos años la realidad ha demostrado lo contrario, en tanto con mayor habitualidad se dan a conocer actos de corrupción por directivos o funcionarios. A ello, cabe agregar que, en el caso de empresas públicas, tal situación puede tornarse más grave si es que se considera que dicho personal administra los recursos de titularidad de los usuarios, además de contar con bienes que pertenecen al Estado.

Considerando lo anterior, el momento en que se materializará el beneficio que conlleva la adopción de un programa de cumplimiento será aquel en el que la empresa incurra a futuro en alguno de los ilícitos establecidos en el ámbito de competencia del Código Penal, en lo que corresponda a las responsabilidades de las personas jurídicas por actuación de sus órganos.

Así, el mejor escenario que podría suceder con una empresa pública sería que el programa de prevención implementado no necesite ser utilizado, en el entendido que haya sido lo suficientemente eficiente para evitar la comisión de cualquier acto de corrupción por parte de sus funcionarios u órganos; sin embargo, de darse el caso, se podrá utilizar dicho programa como una forma de ver eximida la responsabilidad si es que se acredita su implementación de forma previa y sostenible en el tiempo.

En esa línea, como se señala en la Ley N° 30424, se sanciona, entre otros, la comisión de los delitos vinculados al cohecho activo genérico y el cohecho activo específico. Al respecto, frente a la determinación de responsabilidad por la configuración de alguno de los indicados delitos, se podrán imponer penas, con el siguiente detalle:

Cohecho activo genérico: En caso el funcionario o servidor público viole sus obligaciones, será reprimido con una pena privativa de libertad entre cuatro (4) y seis (6) años e inhabilitación, según corresponda y, con trescientos sesenta y cinco (365) a setecientos (700) días-multa. Por su parte, si es que tal actuación se realiza sin faltar a su obligación, se le reprimirá con una pena privativa de libertad de entre tres (3) y cinco (5) años e inhabilitación, según corresponda y, con la misma cantidad de días-multa.

Cohecho activo específico: En caso se ofrezca o entregue algún beneficio a una autoridad o funcionario público que por su cargo o rango pueda influir en una decisión o pronunciamiento será reprimido con una pena privativa de libertad entre cinco (5) y ocho (8) años e inhabilitación, según corresponda y, con trescientos sesenta y cinco (365) a setecientos (700) días-multa.

Atendiendo a lo anterior, entonces, se evidencia que ante la responsabilidad de tipo penal que pueda configurarse respecto a funcionarios públicos, tanto, a través de la imposición de pena privativa de libertad, como inhabilitación e imposición de días-multa, es que se aprecia con mayor claridad los beneficios que podría incorporar a la empresa pública que sus miembros no resulten pasibles de este tipo de responsabilidades.

Así, en caso se determine la responsabilidad por la comisión de ilícitos por parte de funcionarios públicos es que indefectiblemente se tendrán que invertir recursos para efectuar una defensa legal frente a los hechos que involucran a la empresa, máxime si tal ocurrencia conlleva también un grado de notoriedad en los medios de comunicación que redundan negativamente en la imagen y reputación para hacer negocios. Ello, no solo conlleva el uso de recursos económicos sino también de personal de la empresa que podrían coadyuvar a generar pérdidas en la actividad que desarrolla en el mercado.

En esa línea, se debe tener en consideración que el sector financiero es un sector sensible frente a la ocurrencia de situaciones propias de la actividad, tales como inflación, cambios en el tipo de cambio en moneda extranjera o guerra comercial entre países con un mayor nivel de envergadura económica, entre otros. Asimismo, el sector financiero también se ve alterado frente a la ocurrencia de situaciones externas, tales, como fenómenos naturales, inestabilidad política o económica y, actualmente, escándalos por situaciones de corrupción en las principales empresas en diversas partes del mundo.

De esta forma, entonces, el daño que podría originar una noticia respecto a actos de corrupción en las empresas ya no constituye una posibilidad lejana sino al contrario viene fortaleciéndose negativamente como una realidad que podría darse en cualquier momento, siendo relevante en ese escenario contar con mecanismos de prevención que puedan anticipadamente implementar medidas para evitarlos o reducirlos.

Por ello, considero que no debería entenderse la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo en empresas públicas del sector financiero como un gasto respecto a los múltiples que posee, sino al contrario, debería considerarse como una inversión a mediano o largo plazo, en tanto busca evitar la comisión de ilícitos en una realidad cada vez más tendiente a escándalos de corrupción.

Finalmente, la implementación de un programa de cumplimiento normativo genera efectos positivos en tanto permitirá reducir riesgos y, además, buscará eliminar o al menos aminorar los daños económicos y de imagen que podrían producirse a partir de que se relacione a una empresa y sus funcionarios, con actos de corrupción; situación que en principio podría conllevar a un daño que resulte irreparable en un sector tan sensible como el financiero.



### ***Sobre las desventajas de la implementación del Compliance***

A partir de las consideraciones señaladas previamente respecto a lo que las empresas públicas deben tomar en consideración antes de decidir implementar un programa de cumplimiento normativo, se encuentran aquellas relacionadas con las funciones que desarrolla el Órgano de Auditoría Interna, en el marco de las competencias atribuidas por ley.

De acuerdo a ello, las empresas públicas deberán realizar una evaluación acerca de si resulta eficiente o no, implementar medidas de prevención, considerando que, para ello, se necesitará emplear recursos económicos. Es decir, el análisis responde principalmente a que se pondere si tal actuación traerá beneficios a la empresa o si, por el contrario, podría emplearse en otras actividades que considere de mayor relevancia.

En esa medida, el alcance de los programas de cumplimiento normativo y el sistema nacional de control resultan distintos, considerando, entre otros, que el bien jurídico protegido, la naturaleza de la medida que implementan y el responsable a cargo, atienden a objetivos diferenciados, debiendo concebirse ambos, como sistemas de prevención complementarios que coadyuvan al mejor desempeño de las empresas en el mercado.

A partir de ello, y como se ha señalado previamente, la implementación de programas de cumplimiento normativo genera efectos positivos para la propia empresa y para la ciudadanía en general.

Ello, en la medida que, la detección y eliminación de riesgos vinculados a actos de corrupción, generan beneficios, tales como: (i) mejor clima laboral de funcionarios en labores, (ii) reducción o eliminación de contingencias judiciales futuras por la comisión de ilícitos, (iii) trabajadores identificados con sus funciones y con las políticas internas de la empresa; (iv) optimización de recursos para emplearlos en otros objetivos que persiga la empresa; y, (v) mejora de la imagen y reputación de la empresa a nivel nacional e internacional.

En ese escenario, la determinación de las desventajas que podrían suscitarse a partir de la adopción e implementación de un programa de cumplimiento normativo, están relacionadas principalmente a la detección de riesgos relacionados a la actividad que desarrolla la empresa. Así, como se ha señalado, una vez determinada la fijación

del objeto; la identificación de las posibles infracciones; la probabilidad, evaluación y tratamiento del riesgo; y, la revisión de la medida de prevención, es que se podría determinar si tal decisión resultaría eficiente y, si, cuenta con los incentivos necesarios.

Lo anterior, en la medida que, si finalmente el programa de cumplimiento cumple su cometido, es decir, evitar que se produzcan actos ilícitos en la empresa a partir de la responsabilidad de sus órganos; entonces, el resultado será indefectiblemente positivo, evitando con ello, cualquier situación que pueda considerarse desventajosa frente a tal decisión. Ello, siempre y cuando, la identificación y las medidas de prevención frente a la existencia de riesgos resulte eficiente y logre evitar la configuración de ilícitos tanto administrativos como de tipo penal, conforme se señala en la Ley N° 30424.

Sin embargo, no todo puede resultar perfecto en una forma de autorregulación que decidan implementar las empresas, en la medida que, como todo sistema, puede presentar inconsistencias a lo largo del tiempo, máxime si la incorporación de la Ley N° 30424 en el ordenamiento jurídico peruano se produjo recién en el mes de abril de 2016.

En ese sentido, si bien no se identifican aspectos que resulten desfavorables o desventajas para que las empresas decidan adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo, ello, no significa que existan situaciones que puedan ser mejoradas a fin de que tal decisión resulte más práctica y célere, considerando que es necesaria la disposición de recursos a fin de que se implemente de manera idónea. Así, entre los aspectos que pueden mejorarse respecto a la implementación de programas de cumplimiento normativo, se encuentran los siguientes:

Responsabilidad del responsable: Cabe señalar que, si bien el Encargado de Prevención o el órgano que hace sus veces, tiene, entre otras, la función de implementar un programa de cumplimiento que atienda a las necesidades de la empresa, haciéndola sostenible en el tiempo y, pertinente respecto a las características de la propia empresa; ¿qué sucedería si el mismo incurre en alguna situación ilícita vinculada con actos de corrupción? ¿Podría el mismo Encargado de Prevención o algún miembro del órgano que haga sus veces, determinar su responsabilidad?

Al respecto, ni la Ley N° 30424, ni su reglamento, establecen una regulación frente a ese supuesto; sin embargo, tal situación podría producirse en la realidad, en la medida, que sobre dicho funcionario recae la función de identificar riesgos y de determinar la responsabilidad de aquellos trabajadores que resultan responsables al

interior de la empresa por actos de corrupción. Por ese motivo, este podría a su vez, ser pasible de incurrir en actos de soborno, y con ello, no detectar los riesgos propios de la empresa, además de no identificar a los verdaderos responsables, de ser el caso.

En ese sentido, considero que tal situación constituye un aspecto que podría ser mejorado en el marco de la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo, en la medida que podría generar un desincentivo para que las empresas lo implementen, con la consiguiente pérdida de los beneficios a los que se ha hecho referencia.

Condiciones y recursos del Encargado de Prevención: Si bien la Ley N° 30424 establece que el máximo órgano de administración de una empresa debe designar a una persona u órgano de prevención, para que se encargue de la ejecución, cumplimiento y mejora permanente del programa de prevención; no establece una regulación específica respecto a las condiciones o recursos que se deberían disponer para garantizar que su actuación resulte eficiente y acorde con los objetivos que se persiguen.

En esa línea, el Reglamento de la Ley N° 30424, solo hace referencia a su actuación cuando señala que debe asegurarse su autonomía a fin que se permita el cumplimiento de sus funciones, la misma que está relacionada a garantizar las políticas de la empresa, así como los objetivos previamente establecidos. Sin embargo, ¿cómo podrá desarrollar sus funciones a cabalidad si es que la propia norma no regula tal actuación?

Al respecto, cabe remitirnos al numeral 35.1 del artículo 35 del Reglamento de la Ley N° 30424, cuando señala lo siguiente:

“Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización.”

Como se aprecia, si bien se hace una alusión a los recursos que se deberían destinar para que el Encargado de Prevención realice sus funciones, la misma

constituye una alegación general, en la medida que, con esa referencia, no se establecen parámetros para que la Administración de la empresa, brinde las facilidades para que lleve a cabo una actuación idónea, acorde con el objetivo que se pretende alcanzar.

De esta forma, considero que, dejar la regulación especial a la decisión de cada empresa podría resultar perjudicial en tanto, como se ha señalado, se podría preferir disponer de esos recursos a otras situaciones, antes que decidir destinarlos a implementar un sistema que permita que el Encargado de Prevención logre su cometido; es decir, evitar la comisión de ilícitos.

En ese sentido, implementar un sistema, contar con personal idóneo, realizar supervisiones periódicas, establecer reuniones con el personal, proponer cambios normativos para el mejoramiento de las funciones de los trabajadores, contar con recursos y acceso a información de la empresa, entre otros, no podría llevarse a cabo sin las herramientas necesarias, las mismas que no se han regulado de manera adecuada en las normas señaladas previamente.

#### Sobre la apariencia del *Compliance*:

Un aspecto importante, dentro de la decisión de la empresa pública de adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo está constituido por hacer eficiente dicho sistema, en la medida que será una posibilidad de verse eximida de responsabilidad frente a la ocurrencia de un ilícito, producto de actos de corrupción por parte de sus funcionarios.

En ese sentido, no solo basta con que exista un funcionario que realice las funciones del Encargado de Prevención o un órgano dentro de la estructura de la empresa que realice dichas funciones, sino que el mismo debe realizar todas las actuaciones necesarias a fin que dicho sistema de prevención sea eficiente y logre alcanzar la finalidad para el que ha sido adoptado.

Así, en el marco de su libertad de actuación, las propias empresas deben de implementar programas de cumplimiento normativo que respondan a las reales necesidades y características que poseen, a fin de que puedan servir como eximente de responsabilidad frente a la ocurrencia de un acto de corrupción. En esa línea, el

artículo 31 del Reglamento de la Ley N° 30424, establece algunos alcances, conforme a lo siguiente:

“Las personas jurídicas en ejercicio de su autorregulación, de acuerdo con su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones, tienen la facultad de definir el alcance de los elementos del modelo de prevención, así como los procedimientos o metodología para su diseño, implementación y monitoreo, que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades y que, en función de ellos, resulten más eficaces”.

Con base en ello, se observa que, serán las propias empresas, como una forma de autorregulación, las que decidan implementar programas de cumplimiento normativo que atiendan específicamente a sus características y particularidades, con la finalidad de prevenir de manera exitosa los riesgos propios de su actividad, los mismos que están involucrados indefectiblemente con actuaciones en el sector financiero.

Lo anterior, se torna relevante si se considera que muchas empresas deciden contar con un Encargado de Prevención o un órgano que haga sus veces, solamente en “apariencia”; es decir, que no cumpla con la finalidad para lo que fue creado, careciendo de mecanismos o medidas de prevención idóneas que resulten necesarias en los términos establecidos en la Ley N° 30424.

Así, entre las medidas con las que mínimamente debe contar una empresa pública a fin que un programa de cumplimiento resulte exitoso, se encuentran: (i) sistema de identificación y evaluación de riesgos; (ii) procedimiento de presentación de denuncias; (iii) comunicación permanente y periódica del funcionamiento del programa de prevención; y, (iv) monitoreo y supervisión del programa de prevención.

Cabe precisar que, tanto la Ley N° 30424 como su respectivo reglamento, no establecen elementos mínimos con los que debería contar una empresa a fin de garantizar verse exonerada de responsabilidad frente a un ilícito. Así, se refuerza la idea de que cada empresa actúa con total voluntariedad a fin de implementar programas de cumplimiento que considere mejor para el desarrollo de sus actividades en el mercado y que eviten la ocurrencia de riesgos.

Considerando lo anterior, es que resulta importante recalcar que una vez que la empresa pública haya decidido implementar un programa de cumplimiento, el mismo

debe ser idóneo a las necesidades y riesgos propios que presenta, en tanto, la única beneficiada será ella misma, ante la ocurrencia de actos de corrupción de sus funcionarios.

En ese sentido, como se ha señalado previamente, no existe una obligación o un deber que establezca la Ley N° 30424, por lo que no resultaría entendible contar un programa de cumplimiento que finalmente solo constituye una “apariencia”, pues en un caso en concreto, no podrá ser suficiente a fin de que se logre eximir de responsabilidad a la persona jurídica.

Así, por ejemplo, que una empresa pública no cuente con un procedimiento para establecer denuncias por parte de los propios funcionarios parecería poco viable y eficaz en tanto resulta una medida necesaria para que el Encargado de Prevención o el órgano que haga sus veces tome conocimiento y realice las investigaciones correspondientes a fin de mitigar los riesgos.

Considerando ello, dicho procedimiento debe a su vez resultar confiable a fin que los directivos de la empresa no tomen represalias contra aquellos trabajadores que hayan decidido denunciar la posible ocurrencia de actos de corrupción, garantizando con ello, la anonimidad de los datos, evitar represalias y posiblemente despidos indebidos.

En ese sentido, constituye una mejora para el funcionamiento de los programas de cumplimiento y, con ello, coadyuvar a la decisión de la empresa de adoptarlos e implementarlos voluntariamente, el contar con sistemas de prevención idóneos que respondan a sus verdaderas necesidades e intereses, ya que será la única forma en que podrán, de ser el caso, ver eximida su responsabilidad.

Finalmente, las empresas deberán evaluar detenidamente la necesidad o no de implementar programas de cumplimiento normativo, que resulten eficientes y logren prevenir la ocurrencia de ilícitos, máxime si la propia Ley N° 30424, plantea diversos tipos de sanciones administrativas frente a la determinación de responsabilidad. Así, entre las medidas administrativas aplicables se encuentran las siguientes: (i) multas de hasta diez mil Unidades Impositivas Tributarias; (ii) inhabilitación, que implica (a) suspensión de actividades sociales de hasta dos años, (b) prohibición de llevar a cabo actividades de la misma clase o naturaleza, hasta por cinco años; (c) inhabilitación para

contratar con el Estado definitivamente; (iii) cancelación de autorizaciones; y, (iv) clausura de establecimientos de forma temporal o definitiva.

### **3.2. Sobre los incentivos para la adopción del *Compliance***

Como se ha señalado previamente, la forma en que se ha regulado la Ley N° 30424, no establece una obligación o un deber para que las empresas adopten e implementen un programa de cumplimiento normativo, siendo tal decisión, la expresión clara de una libre decisión empresarial, como forma de autorregulación.

En esa línea, corresponde indicar que los incentivos que se puedan atribuir a las empresas en sentido lato en comparación con las empresas del Estado no son los mismos, considerando la naturaleza y características que posee cada una, en el marco de las actividades que desarrollan en el mercado.

Así, debe considerarse que, en el caso de las empresas en sentido lato, por ejemplo, el patrimonio, las ganancias y los objetivos que persiguen, obedecen indefectiblemente a los intereses y prioridades que poseen sus dueños, es decir, los accionistas de las mismas, quienes adoptan las decisiones que correspondan a fin de generar una utilidad y con ello, un crecimiento y fortalecimiento en el sector donde se desarrollen.

En ese sentido, tomar decisiones en las empresas en sentido lato tiene una repercusión directa en sus trabajadores, en tanto, a un mejor resultado que obtenga la empresa, mejores serán los beneficios que estos puedan recibir, no solo de índole económico sino también respecto a condiciones de trabajo, entre otros.

Sin embargo, en el caso de las empresas públicas, tal situación no se replica, en la medida que las decisiones que adopte el Directorio y la Alta Dirección, no necesariamente redundan en una mejora en las condiciones de sus funcionarios que forman parte de la misma.

Así, por ejemplo, al formar parte del aparato estatal, el tomar algunas decisiones, si bien puede generar mejoras en las actividades que desarrolla la empresa, tal situación no conlleva necesariamente a una mejora en las condiciones de sus funcionarios, en la medida que estos, indefectiblemente mantendrán los mismos beneficios, producto de la

relación laboral establecida con el Estado, en su condición de funcionarios públicos y considerando el régimen laboral al que pertenezcan.

En ese escenario, entonces, los incentivos que podrían resultar aplicables a las empresas en sentido lato, no necesariamente resultan equiparables a las empresas públicas, debiendo ante ello, implementar otras, que resulten idóneas a fin de que los programas de cumplimiento normativo resulten eficaces y con ello, se logre prevenir y evitar la comisión de actos de corrupción.

Así, un primer incentivo para que las empresas públicas implementen programas de cumplimiento normativo estaría referido a que, frente a tal decisión, podieran obtener alguna certificación que garantice que cumple con los estándares de calidad y seguridad que evite la comisión de actos ilícitos, como los de corrupción; los mismos que genere confiabilidad para los usuarios y público en general.

En esa línea, tal entidad encargada de brindar tal certificación podría ser otra entidad del Estado o privada, las cuales, deberían de asegurarse de que la empresa pública cuente con un programa de prevención que resulte sostenible y eficiente, garantizando con ello, que puede prevenir y evitar la ocurrencia de riesgos, ligado a la actividad comercial que realiza. Tal situación conllevaría a que la empresa mejore su imagen y reputación frente a los propios usuarios y genere un mejor posicionamiento en el mercado, con el consecuente beneficio y utilidad.

Por su parte, otro incentivo podría estar relacionado con el nivel de compromiso que adopten los funcionarios públicos, respecto a los programas de cumplimiento normativo que se adopten, en la medida que, serán ellos, los que, en la mayoría de los casos, tengan conocimiento y comuniquen al Encargado de Prevención o del órgano que haga sus veces sobre la ocurrencia de alguna situación que involucre actos de corrupción.

En ese sentido, implementar un procedimiento eficaz de denuncias al interior de una empresa pública, garantizaría que los trabajadores planteen denuncias sin el temor de recibir represalias o la posibilidad de perder sus puestos de trabajo. De esta forma, contar con procedimientos que resguarden la privacidad, formatos de denuncia idóneos que requieran información estrictamente necesaria o fortalecer la relación laboral de los funcionarios, coadyuvaría a que estos confíen en los programas de cumplimiento normativo, y la finalidad que persiguen.



Finalmente, en la medida que el personal constituye el capital más importante en la estructura de una entidad, brindar beneficios o mejoras a los funcionarios públicos respecto a la actuación que realicen dentro de una empresa pública, resulta un incentivo importante a fin que se decida implementar programas de cumplimiento normativo.

De esta forma, otorgar la posibilidad de que el personal de una empresa pública cuente con mejoras a partir de su relación laboral con la entidad, resultaría un aspecto a tomar en consideración. Así, un incentivo que podría conllevar a que los funcionarios públicos fortalezcan las medidas de prevención frente a actos de corrupción estaría relacionado con beneficios de índole educativo, tales como, descuentos en cursos de especialización (temas vinculados con sus labores), créditos para estudios escolares o universitarios (hijos o dependientes), becas nacionales o internacionales a través de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, entre otras.

Atendiendo a lo expuesto, entonces, se desprende que la generación de incentivos a una empresa pública permitirá que esta adopte e implemente programas de cumplimiento normativo, logrando que sus funcionarios se comprometan con la medida de prevención a adoptar y, con ello, finalmente, el éxito esperado, que consiste en prevenir y evitar la comisión de actos de corrupción.

## CONCLUSIONES

A partir del análisis y desarrollo del problema de investigación se desprenden diversas conclusiones que confirman la hipótesis planteada, en lo referido a la necesidad de adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo en las empresas públicas a fin de evitar la comisión de actos ilícitos de corrupción, las mismas que actúan en igualdad de condiciones en el mercado, brindando servicios financieros.

Lo anterior, máxime si se tiene en consideración que tal decisión por parte de las empresas públicas no resulta sencilla ni evidente, en la medida que la Ley N° 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, no la plantea como una obligación o un deber, ante lo cual, la empresa está en la libertad de no implementarla.

En esa línea, una empresa pública deberá considerar antes de adoptar e implementar un programa de cumplimiento normativo, que tal decisión acarreará indefectiblemente el empleo de recursos, sea económicos como de personal, a fin que dicho sistema resulte eficiente e idóneo para la finalidad que se busca lograr, es decir, verse eximido de responsabilidad frente a actos de corrupción.

Atendiendo a ello, y sin perjuicio de que he desarrollado mi posición respecto al tema de discusión en el capítulo anterior, a continuación, resumo las principales conclusiones a las que he arribado en el presente trabajo de investigación, conforme a lo siguiente:

- El Programa de Cumplimiento Normativo constituye una medida de prevención complementaria a las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, en el marco del Sistema Nacional de Control, evidenciándose diferencias entre ambas, las mismas que están referidas a lo siguiente:

- (a) *Responsable a cargo de su implementación y ejecución:* El Encargado de Prevención o el órgano que haga sus veces realiza una función preventiva de identificación y mitigación de riesgos para la empresa, mientras que el Órgano de Auditoría Interna fiscaliza la correcta utilización de los recursos y bienes, pudiendo, además,

realizar una supervisión posterior; situación que desnaturaliza la finalidad de un Programa de Cumplimiento.

(b) *Naturaleza de la medida*: Está relacionada con la voluntariedad de la adopción e implementación del programa de cumplimiento (autorregulación) por parte de la empresa pública, frente a la obligatoriedad en el ejercicio de las funciones del Órgano de Auditoría Interna, producto de la existencia de una norma legal, en el marco del Sistema Nacional de Control.

(c) *Bien jurídico que se busca proteger o garantizar*. El Encargado de Prevención o el órgano que haga sus veces prioriza el eficiente funcionamiento de la empresa a partir de la prevención de riesgos de corrupción, en tanto el Órgano de Auditoría Interna desarrolla una supervisión sobre el uso correcto de los recursos y bienes, constituido por el aporte de la ciudadanía.

- Adoptar e implementar programas de cumplimiento normativo generará diversos beneficios a la empresa pública, en el mediano y largo plazo, conforme al siguiente detalle:

(a) Permitirá reducir o eliminar los costos que implicaría para la empresa la defensa judicial por la responsabilidad que se impute a sus funcionarios frente a la comisión de actos de corrupción, situación que redundaría en una eventual afectación a sus recursos económicos.

(b) Generará una revalorización y posicionamiento de la imagen y la marca de la empresa pública, en la medida que garantiza una actuación transparente en el mercado, acorde a la normativa y estándares de calidad.

(c) Fortalecerá la transparencia, los valores y la identificación de los funcionarios para con la empresa, en la medida que se garantizará laborar en una estructura empresarial en cumplimiento de la normativa, además de asegurar que pueden denunciar conductas ilícitas sin el temor de las represalias de índole laboral.

- En los términos analizados en el presente trabajo de investigación, no se desprenden desventajas frente a la adopción e implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo por parte de las empresas públicas; sin embargo, si se plantean algunas recomendaciones que coadyuvarían a que el sistema de prevención sea más eficiente:
  - (a) El procedimiento para determinar la responsabilidad del responsable a cargo; es decir, los mecanismos de prevención frente a la supervisión y monitoreo de la actuación del Encargado de Prevención o de los funcionarios a cargo del órgano que haga sus veces respecto a la comisión de actos de corrupción.
  - (b) El Encargado de Prevención o el órgano que haga sus veces debe contar con los recursos y personal necesario que garantice el logro de sus objetivos, situación que, además, incluye encontrarse en una estructura de la empresa que le permita el nivel de autonomía necesario.
  - (c) A fin de lograr verse eximido de responsabilidad frente a la comisión de un ilícito, no bastará la mera existencia de un Encargado de Prevención o de un órgano que haga sus veces, sino que se debe evidenciar que realmente se cuenta con un mecanismo que prevenga riesgos, atendiendo a las características y necesidades de la empresa.
- Finalmente, a fin de asegurar el éxito en la adopción e implementación de programas de cumplimiento normativo, se plantean algunos incentivos que coadyuvarán a que las empresas públicas decidan contar con un sistema de prevención de actos de corrupción. En ese sentido, se propone lo siguiente:
  - (a) La posibilidad de que las empresas públicas obtengan una certificación que garantice que cumplen con los estándares de calidad y seguridad y, evite la comisión de actos ilícitos, situación que redunde en una mejor imagen y reputación frente al resto de competidores y beneficios a los usuarios.

- (b) Contar con procedimientos de denuncias al interior de la empresa pública que garantice la confidencialidad de la información y evite represalias de índole laboral en contra de quienes realicen denuncias por la comisión de actos de corrupción.
  
- (c) Mejoras de índole educativo a los funcionarios públicos y a sus hijos o dependientes, a partir de descuentos en cursos de especialización, créditos para estudios escolares o universitarios.



## BIBLIOGRAFÍA

### Referencias bibliográficas:

- ALZA BARCO, C. Autorregulación. Apuntes Conceptuales. En: Revista Derecho y Sociedad, N° 36, 2011, p.75.
- ARIÑO, Gaspar. Principios del Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica), Granada, Comares, 1999, p. 212.
- ARTAZA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídica penal. Política Criminal: En Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, 2013, 8, 544-573.
- ARTEAGA, Ignacio. En busca del concepto jurídico de empresa, En Revista Chilena de Derecho, volumen 29, N° 3, 2002, p. 605.
- BALDWIN, R. y otro. Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice. Oxford University Press, 1999, p. 126.
- BASSOLS, M. Constitución y Sistema Económico, Madrid, Tecnos, 1985, p.171-172.
- BLACK, J. Constitutionalising Self-regulation. The Modern Law Review, Volumen 59, N° 1, 1996, p. 27.
- BLUME FORTINI, E., La constitución económica peruana y el Derecho de la Competencia. En Themis, N° 36, 1997, p.30-31.
- BRIBERY ACT, 2010. Recuperado en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/section/7>
- CABANELLAS DE TORRES, G., Diccionario enciclopédico de derecho usual, Tomo 6, 31° Edición, Heliasta, Argentina, 2009, p. 471.
- CORREA, M, Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 405.
- DE MIGUEL GARCÍA, P., El intervencionismo y la empresa pública, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1974, p. 297.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T. Mercado Nacional Único y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 14.
- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Definición de concepto “empresa”. Recuperado en <https://dle.rae.es/?id=EsuT8Fq>

- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Definición del concepto “corrupción”. Recuperado en <https://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>
- ESCUDERO, Marta. Diagnóstico y mapa de riesgo de *compliance*. En *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 533.
- FERNANDEZ, Z. La planificación, la toma de decisiones y el control en los holdings públicos españoles. En H.P.E 93, p. 43-45.
- Fondo Monetario Internacional (2016). *Corrupción: Costs and Mitigating Strategies*. Recuperado de: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>
- FONT, Juan. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Editorial Tecnos. 1987, p. 131-132.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, Séptima Edición, editorial Temis, Colombia, 1987, p. 162.
- GOÑI SEIN, José. Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales. En MIR PUIG, Santiago, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Víctor GÓMEZ MARTÍN (Directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisofer y Montevideo - Buenos Aires, 2014, p. 383.
- International Organization for Standardization. ISO 19600:2014. *Compliance management systems – Guidelines*. Recuperado en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:19600:ed-1:v1:en>.
- Instituto Nacional de la Calidad – INACAL, recuperado: <https://www.inacal.gob.pe/principal/categoria/dnn>
- KAUFMANN, Daniel. “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”. En: *Revista Perspectivas*, (Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile), p. 368.
- KRESALJA, Baldo. *¿Estado o mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*. Primera Edición. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2015, p. 104-105.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas públicas de promoción económica regional: La Empresa Pública como instrumento de Gestión de Ayudas*, Montecorvo, Madrid 1991, p.186.
- LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Lucha Anticorrupción*. En Edgard Reymundo Mercado (comp.). *Lucha contra la corrupción*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2008, p. 27.

- MAGRO SERVET, V, Hacia la necesidad de implantación plan de prevención jurídicas en las empresas, Diario La Ley N° 7633, 19 de mayo 2011, p.1
- MARTINEZ H., Karla, Límites al ejercicio de la libertad de empresa, Tesis Doctoral, Alicante, 2015, p.85.
- MONTIEL, JUAN PABLO, ¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho Penal? Indret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2014, p.3-4.
- NIETO MARTIN, Adán. Código Ético, evaluación de riesgos y formación, en Nieto Martín (dir.), Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 138.
- NIETO MARTIN, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013, p. 135.
- NIETO MARTIN, Adán. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, p. 26.
- NIETO MARTIN, Adán. La corrupción en el sector privado (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho Comparado), ponencia presentada al Convengo di studi su: “la corruzione tra privati: esperienze comparathistiche e prospettive di riforma”, 2002, p. 61.
- Norma Técnica Peruana (NTP) 37001. Recuperado en: <http://portal.inen.sld.pe/wp-content/uploads/2018/03/NTP-ISO-37001-2017-riesgo.pdf>
- Norma ISO 37001-2016, Sistema de Gestión Antisoborno.
- OLIVER CALDERÓN, G. Aproximación al Delito de Cohecho. En Revista de Estudios de la Justicia N° 5, 2004, p.87.
- ORTIZ DE URBINA, Iñigo, Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way, en HORTAL, VALIENTE (coord), Responsabilidad de la Empresa y *Compliance*, B de F. 2014.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? In Dret. Barcelona, 2006, número 4, p. 1-17. En: <<http://www.indret.com/pdf/380.pdf>> p. 4.
- RAGUÉS I, VALLÉS. *Whistleblowing*. Una aproximación desde el Derecho Penal, p.21-58.
- RAYÓN V., M., Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 2018, p.210-211.



- ROJAS VARGAS, F. Delitos contra la administración pública, Lima, Grijley, 2001, p. 92.
- ROTSCH, Thomas. Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal *Compliance*. Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Lima, 2015, número 3. p. 14.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y otro. Instituciones de Derecho Mercantil, Navarro, Thomson, Aranzadi, 2007, p. 97.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Introducción al Régimen Jurídico de la Empresa Pública en España. En: Revista de Administración Pública, 1980, N° 93, p.92-93.
- SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. ¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2015, p. 2-23.
- SANTANA VEGA, DULCE. El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (bribery Act 2010), En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2015, num. 17-15, p.1-32.
- SIEBER, Ulrich. Programas de *Compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN (directores). El Derecho Penal Económico en la Era *Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 64.
- SILVA SÁNCHEZ, J., Deberes de vigilancia y *Compliance* Empresarial, en Kuhlen, Montiel, Ortiz de Urbina (eds.), *Compliance* y teoría del derecho penal. Marcial Pons. 2013, p. 79-405-
- TARANTINO, Anthony. Governance, risk, and compliance handbook. Nueva Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, p.51-52.
- TREVIÑO/WEAVER, Managing Ethics in Business Organizations, 2002, p. 89 y ss.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho, Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 47.
- VILLORIA, M. y otro. La corrupción en España. En Revista Española de Investigaciones Sociológicas, N° 138, p. 114.
- YALEIJE, I. Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 62, 1997, p. 441 y ss.

Referencias normativas:

- Constitución Política del Perú de 1979 y 1993.
- Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.
- Decreto Legislativo N° 1385, que sanciona la corrupción en el ámbito privado.
- Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado.
- Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
- Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.
- Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú.
- Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.
- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 176-2010-EF.
- Reglamento de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2017-JUS.
- Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2019-JUS.

Referencia jurisprudencial:

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC.