

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



“¿Las empresas involucradas en temas de corrupción pueden utilizar Programa de Compliance Ex - Post como herramienta que asegure su continuidad comercial y aportar a la recuperación de reputación?”

Trabajo de investigación para optar el grado académico de
Magistra en Derecho de la Empresa

AUTORA

SALAS CABRERA, GIULIANA MARUJA

ASESOR

SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, ARMANDO

LIMA – PERÚ

Julio, 2020

RESUMEN

Plantear la efectividad de la función “ex-post” de los Programas de Compliance en empresas que se han visto involucradas en temas de corrupción, que puedan haber sido generadas por el órgano directivo, plana gerencial o cualquier empleado.

Los beneficios de los Programas de Compliance han sido principalmente difundidos desde su aporte a la prevención y al fortalecimiento de una “cultura de cumplimiento”, sin embargo, en este artículo se propone extender sus beneficios hacia situaciones en donde las empresas que ya realizaron actos que “no cumplieron” con las expectativas o estándares planteados en los Programas de Compliance, desde su rol preventivo, consideren útil la implementación de estos Programas como una forma de mitigar el impacto que un involucramiento en actos de corrupción haya podido generar, y así lograr mantener su actividad que vaya de la mano con una renovación de los estándares corporativos.

En este tipo de circunstancias es que cobra mayor importancia el que se pueda llegar a evidenciar apropiadamente que el Programa de Compliance, desde su rol “Ex-Post” no se trate de un simple documento con una “letra muerta”, que sólo sirva para “aparentar” o “maquillar” una actitud de renovación del compromiso de la empresa, sino que por el contrario sea muestra clara de los objetivos planteados por las empresas en su ánimo de fomentar nuevos valores que permitan alcanzar la “reconstrucción de su moral”.

Ahora bien, la forma en cómo las empresas podrán evidenciar un real contenido y adherencia a los principios que establecen los Programas de Compliance dependerá de cada empresa dentro de su ámbito de libertad de gestión, sin embargo, en el presente artículo se busca proponer componentes mínimos de los Programas de Compliance que sirvan de base para la finalidad planteada.

ÍNDICE

Resumen.....	1
Índice.....	2
Introducción.....	3
CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES.....	9
1.1. Corrupción.....	9
1.2. Autorregulación.....	13
1.3. Programa de Compliance.....	16
1.3.1. ¿Cómo evitar los Programas de Compliance de Apariencia?.....	24
1.4. Buen Gobierno Corporativo.....	27
CAPÍTULO II: CASOS RELEVANTES.....	32
2.1. Siemens.....	32
2.2. Odebrecht.....	34
2.3. Graña y Montero (GyM).....	37
CAPÍTULO III: PROPUESTA DE ELEMENTOS BÁSICOS PARA EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EX-POST.....	40
Conclusión.....	48
Referencias Bibliográficas.....	50

INTRODUCCIÓN

PROBLEMA:

El problema que busca abordar este artículo es el involucramiento de empresas del sector privado en actos de corrupción pública, es decir actos de corrupción que formen parte de la relación comercial con las entidades del Estado y sus funcionarios públicos. Si bien reconocemos que la corrupción no es exclusiva del ámbito público, sino que también puede estar presente en ámbitos netamente privados, lo cual también tendría efectos perjudiciales para “el desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal entre empresas”, tal y como lo señala el artículo 1º del Decreto Legislativo 1385º que en septiembre de 2018 modificó el Código Penal introduciendo dos nuevos delitos: “241-A Corrupción en el ámbito privado” y “241-B Corrupción al interior de entes privados”. La denominada corrupción privada no será objeto de desarrollo en este artículo, sino que nos enfocaremos en la denominada corrupción pública considerando el marco legal vigente, Ley N° 30424 y su Reglamento, los cuales plantean la posibilidad de aplicar un atenuante de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas si éstas implementan un Programa de Compliance posterior al hecho delictivo bajo investigación.

Así, sobre corrupción pública tenemos que ésta se ve contemplada en el plano penal local, delictivo, a través de la denominada “corrupción de funcionarios” desarrollada en la sección IV del Capítulo II, Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal. Su contenido se forma a través de la tipificación de los delitos de cohecho, soborno, tráfico de influencias, entre otros. Si bien el sujeto especial recae sobre el funcionario público, estos tipos penales presuponen en su mayoría la necesaria existencia de un tercero, que para efectos de nuestro artículo sería la categoría donde se encuentran las empresas privadas que optan por llevar a cabo ofrecimientos, promesas entregadas a cambio de obtener un beneficio, que sería “indebido” ya que no obedecería a criterios transparentes y objetivos sino a una retribución por lo ofrecido.

Esta forma de negociar contratos con el Estado aparentemente ha sido práctica común, ha llegado a ser considerada en algunos casos como parte natural de sus propios procesos, e inclusive se ha considerado los gastos asociados a ello como parte de la contabilidad formal de las empresas, lo que demostraría aún más la interiorización

profunda que existe sobre el uso de actos de corrupción de forma necesaria para alcanzar los objetivos comerciales en las empresas. Así en las últimas décadas hemos visto los casos de Siemens, Enron, Volkswagen, Wal-mart, entre otras grandes empresas sin distinción de industrias o rubros, que se han visto involucradas en escándalos de corrupción que en algunos casos terminaron por aniquilarlas o como mínimo dejarlas sin más camino que la liquidación. En el plano latinoamericano y con impacto local, el escándalo de Lavajato puso al descubierto el sistema de corrupción liderado por la Corporación Odebrecht para obtener concesiones en grandes obras estatales y que trajo consigo el relacionamiento de actos de soborno con la empresa Graña y Montero, el cual tuvo que replantearse el diseño de su sistema de control como esfuerzo para poder intentar reconstruir su imagen. Gracias a la globalización de la información, estas prácticas comerciales han sido puestas al descubierto, el acceso a la información nos ha facilitado conocer información antes “secreta” o “reservada” sobre estas formas de interactuar con el sector público, evidenciando la falta de cumplimiento con la Ley, con la ética, con la protección del interés general, para dar lugar a la búsqueda de satisfacer intereses particulares en detrimento del Estado y el interés general.

Esta mimetización de la corrupción dentro de las organizaciones resulta muy peligrosa porque denota una cultura de tolerancia a este tipo de actos, por lo que una reinención de la cultura de la empresa es clave para que una empresa que se ha visto involucrada en temas de corrupción pueda tener la oportunidad de alinearse no sólo con la Ley sino con expectativas sociales de un adecuado funcionamiento del Estado y el Privado para fomentar un desarrollo y crecimiento favorable para el interés público en general.

Con la finalidad de aterrizar en las empresas privadas las consecuencias negativas de aceptar o promover actos de corrupción planteamos a continuación una propuesta de clasificación sobre los tipos de impacto que estas empresas podrían enfrentar en dichas circunstancias:

- **Impacto Legal:**

Se considera que existe un Impacto Legal ya que el mero involucramiento de una empresa en un proceso judicial por incumplimiento de la regulación local en temas de corrupción va a requerir que la empresa desvíe recursos económicos a afrontar los gastos que genera la defensa legal mediante abogados, así como los gastos

que el mismo proceso judicial genera, sin considerar las multas o sanciones pecuniarias que se podrían aplicar de encontrarse a la empresa responsable de los hechos imputados.

- **Impacto Macro - Económico:**

Dependiendo del tamaño de una empresa involucrada en actos cuestionados por la ética y la regulación, se podría llegar a tener un impacto sistemático en el mercado, que requiera el involucramiento del Estado para salvaguardar un bien mayor para la colectividad. Esto ha sido ampliamente desarrollado principalmente en el sector financiero, asociado recientemente al contexto de la crisis financiera de 2008. La posición “proteccionista” y “paternalista” del Estado toma como base la posición del “Too big to Fail” (Stern y Feldman, 2008).

- **Impacto Financiero:**

Las multas asociadas a temas de corrupción suelen llegar a ser significativas. Esto no sólo obedece a buscar conseguir un resarcimiento para los efectos nocivos de la conducta ilegal, sino que también son un mensaje que busca transmitir la Autoridad para desincentivar este tipo de actos cada vez más descubiertos y rechazados por sus efectos transversales a toda la sociedad. Tenemos por ejemplo el caso de Walmart que aceptó pagar una multa \$137 millones de dólares y una declaración de culpabilidad por el pago de facilitación a funcionarios de gobierno de algunas geografías donde se ubicaban sus subsidiarias (Zagaris, 2019).

De igual manera, la existencia de un proceso judicial y la probabilidad de que se falle en contra de la empresa va a requerir que ésta reconozca una provisión adicional en la contabilidad, ya que de acuerdo a las “Normas Internacionales de Contabilidad N° 37 Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes”, las Provisiones se reconocen cuando “(a) una entidad tiene una obligación presente (ya sea legal o implícita), como resultado de un suceso pasado; (b) es probable que la entidad tenga que desprenderse de recursos, que incorporen beneficios

económicos para cancelar tal obligación; y (c) puede hacerse una estimación fiable del importe de la obligación”¹

- **Impacto Reputacional:**

La reputación de una empresa se reconoce como un activo intangible, un recurso de la empresa (Martinez León y Olmedo Cifuentes, 2009, p.128). La reputación aporta en la competitividad de la empresa, ya que a partir de ella se convierte en la primera opción a elegir, en esta línea Amaia Arribas señala que la reputación “supone un nuevo factor de liderazgo que hace que una empresa sea la opción preferida para trabajar, comprar, invertir y compartir vecindad en un mismo lugar”. (2016, p. 80).

Es así que la reputación juega un rol importante en la organización, de manera que ante cualquier evento que asocie a la empresa con hechos que contradigan el marco empresarial que sirvió de base para la construcción de la reputación, ésta puede verse seriamente impactada. Ahora bien, en nuestra posición consideramos que vale mencionar que es posible que el nivel de impacto pueda variar entre las empresas, ya que por un lado importa el valor que la sociedad aplique a la corrupción y por el otro lado importa evaluar cómo el involucramiento en actos de corrupción se relaciona con el servicio o producto que la empresa lleva al mercado. En todo caso, es un aspecto que las empresas no pueden dejar de considerar cuando evalúan el riesgo que representa en sus negocios el perder su reputación en el mercado.

Lo anterior no constituye una lista cerrada, sino que por el contrario podría incluir impactos adicionales no previstos en este artículo dependiendo de cada situación particular.

¹ Versión actualizada: Resolución N° 003-2019-EF/30 Oficializan el Set Completo de las Normas Internacionales de Información Financiera versión 2019 (NIC, NIIF, CINIIF y SIC)

HIPÓTESIS:

La Hipótesis planteada en este artículo es la utilidad de los Programas de Compliance particularmente en los casos de empresas privadas involucradas en temas de corrupción, como una herramienta que permita la continuidad de la actividad comercial sobre la base de un nuevo compromiso social. Se plantea así la discusión sobre la extensión de los beneficios de un Programa de Compliance más allá de su rol preventivo, para reconocerla también en una situación posterior al involucramiento en actos de corrupción o a la presunta comisión del delito asociado. Asimismo, se incluyen componentes mínimos de los Programas de Compliance, en su rol Ex-Post, que le brinde contenido real al cambio en la organización.

Al respecto, se desarrolla en este artículo lo que se entiende y conoce sobre el Compliance o Cumplimiento Normativo, como parte del soft law y de una práctica delegación del Estado hacia el sector privado para que las empresas del sector privado sean quienes definan su propio marco de conducta siguiendo no solo requerimientos regulatorios locales o internacionales aplicables, sino también principios éticos adecuados para asegurar que su actividad empresarial, comercial se está llevando a cabo tomando el marco regulatorio, y los riesgos que su actividad conlleva o que se le asocian.

Los beneficios del Compliance se han enfocado principalmente en su aspecto preventivo, esto ha sido ampliamente reconocido no sólo a nivel doctrinal sino también recientemente en regulación local, como se desarrolla más a detalle en el marco teórico de este artículo, sin embargo es importante que ante situaciones como las que actualmente vivimos en el país, con un Gobierno que busca una reforma de la debilidad institucional e implementa regulación para combatir la corrupción, es necesario que el rol preventivo sea extendido para aterrizarlo a la realidad que el país experimenta, ya que en el pasado cercano las prácticas avaladas por la corrupción fueron ampliamente aceptadas y utilizadas, generando así que muchas de las empresas privadas puedan encontrarse en la necesidad de implementar un Programa de Compliance como recuperación de sus valores.

Este Programa de Compliance Ex-Post en particular resultará del encuentro de conceptos claves del Compliance y de aspectos aplicables del Buen Gobierno Corporativo,

principalmente en aquello que fomente la transparencia hacia el mercado, sin limitarse sólo a empresas que coticen en bolsa, ya que el interés de prevenir y combatir la corrupción en las relaciones comerciales entre el Estado y las empresas del sector privado, es de interés de todos, dado que los costos negativos de la corrupción tienen un alto impacto social como se desarrollará en el marco teórico. Esto además permitirá evidenciar que la implementación de un Programa de Compliance Ex-Post no sea un simple documento sin utilidad, sino que por el contrario permitirá validar sostenibilidad.

Se plantea para discusión no obstante si es que el Programa de Compliance Ex-Post puede generar impacto en la recuperación de la reputación de la empresa o si por el contrario, no juega ningún rol relevante, ya que para algunos autores, la posición de la reputación afectada no necesariamente se produce por cualquier acto realizado en contra de la ley sino que tendría que estar necesariamente relacionada con su objeto de negocio y que además se evidencie el impacto negativo producido en el consumidor.

OBJETIVOS:

1. Plantear la utilidad del Programa de Compliance Ex-Post.
2. Proponer aspectos claves de un Programa de Compliance Ex-Post aplicables a empresas locales involucradas en temas de corrupción.

CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL Y ANTECEDENTES

El propósito de este artículo de investigación es evidenciar la utilidad de la implementación de Programas de Compliance Ex-Post en empresas involucradas en temas de corrupción, en su búsqueda de continuidad comercial y en algunos casos de reconstrucción de su reputación, así como plantear componentes mínimos que permitan garantizar que el contenido de los Programas de Compliance Ex-Post van más allá de la teoría y que se tratan de una real herramienta práctica para la gestión del riesgo de corrupción en las empresas que interactúan con funcionarios públicos. Para este fin es necesario establecer el marco conceptual que sirve de base para entender los conceptos que se discutirán en las siguientes secciones del presente artículo.

De esta manera, resulta relevante para la lectura de este artículo partir de un entendimiento del problema que se discute en este artículo: la corrupción como concepto general y en particular su presencia en las relaciones comerciales entre funcionarios públicos y representantes de empresas del sector privado, haciendo referencia especialmente a la reciente regulación de responsabilidad administrativa de personas jurídicas por delitos de corrupción, ya que es ahí donde se plantea formalmente a nivel local la recomendación de implementar un Modelo de Prevención que se ajuste al tamaño y complejidad de la empresa.

Posteriormente, se revisará la naturaleza del Compliance a partir del análisis de la autoregulación, conocer cómo se plantea localmente en la regulación, y que se entiende por su producto denominado “Programa de Compliance”. Esto se engranará a su vez con los conceptos de Bueno Gobierno Corporativo, tomando como principal aporte la gestión de transparencia que podrá evidenciar sostenibilidad en la administración de riesgos².

1.1. Corrupción

Para entender el fenómeno de la Corrupción resulta relevante partir de reconocer que la Corrupción en el Perú no es algo reciente sino que lamentablemente forma parte de

² El Reglamento de la Ley N° 30424 reconoce los riesgos legales, riesgos comerciales u operativos, riesgos económicos y riesgos reputacionales. Sin embargo en el presente trabajo no se hará una especificación de estos de forma individual sino que serán referidos como los riesgos asociados a corrupción que forman parte inherente de la actividad comercial de determinadas empresas.

nuestra historia. Así, en el libro “Historia de la corrupción en el Perú” de Alfonso Quiroz se describe detalladamente cómo la corrupción ha estado presente en nuestra Historia desde tiempos de la colonia, la cual podía observarse a través del cobro excesivo e injustificado de tributos a los indios en favor del beneficio privado de los corregidores. (2018, p. 51), pasando así también en los inicios de la república y la extracción ilegal de plata y el contrabando que ligaban los intereses privados y oficiales en redes de corrupción. (2018, p. 109), apareciendo de igual manera en los gobiernos democráticos del siglo 20. (2018, p.312).

Lo anterior nos permite entender la complejidad de la corrupción que el tema de la corrupción se aborde de manera integral, ya que la corrupción pública ha tenido varios años para cimentarse en las instituciones públicas y ha aprovechado su debilidad para seguir fortaleciéndose. No se trata pues de algo simple de solucionar o erradicar, si no que por el contrario va a requerir que sea combatido desde muchos frentes, no sólo el estatal.

En cuanto a una definición “formal” de Corrupción, vale precisar que si bien no se ha encontrado una definición como tal sí se ha considerado pertinente y útil partir de la definición que propone Lorenzo Pelligrini, quien indica que: “*Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains*”³ (2011, p.16). La corrupción sería como bien señala Pelligrini, una *desviación* del camino correcto a seguir, un camino previsto o definido para una función especial, la función o el rol público.

Por su parte Rafael Chanjan resume de forma clara justamente lo que se espera de este rol público señalando que “La administración pública, entendida como función pública, merece la tutela penal en la medida en que es el instrumento a través del cual el Estado hace llegar de manera igualitaria los servicios públicos, como educación, salud, seguridad, etc., a los ciudadanos, posibilitando el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales”. (2017, p. 122)

³ La corrupción es el comportamiento que se desvía de los deberes formales de un rol debido a ganancias pecuniarias o de estatus privado (personal, familiar cercano, círculo privado). (Traducción propia)

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción hace énfasis en el impacto de esta denominada desviación y afirma que “La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo. (Naciones Unidas, 2004, p. 3)

En esa misma línea, la Ley N° 28175, Ley del Empleo Público, señala en su artículo 2° *que todo empleado público está al servicio de la Nación y debe cumplir con los deberes generales que se exigen a dicha función*; dentro del conjunto de deberes, encuentro pertinente rescatar las siguientes ya que ayudan a entender la diferencia entre el camino correcto y lo que sería su desviación:

- a) Cumplir su función buscando el desarrollo del país y la continuidad de las Políticas de Estado y
- b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes y obligaciones del servicio.

La motivación para ingresar a la función pública debe ser entonces un interés prestacional, debe buscar trabajar para alcanzar el bienestar del colectivo, de la sociedad, de forma desinteresada. La desviación que se aleja de esta finalidad, siguiendo intereses personales, es lo que marca o caracteriza a la corrupción.

La corrupción por otro lado, aparece recogida en el Código Penal Peruano, aunque en éste no se contempla un artículo que defina específicamente el “delito” de Corrupción, sí nombra su sección IV como “Corrupción de Funcionarios”, en donde se incluyen diecisiete (17) delitos: (a) Cohecho Pasivo Propio, (b) Soborno Internacional Pasivo, (c) Cohecho Pasivo Impropio, (d) Cohecho Pasivo Específico, (e) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, (f) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial, (g) Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales, (h) Cohecho Activo Genérico, (i) Cohecho Activo Transnacional, (j) Cohecho activo específico, (k) Cohecho activo en el ámbito de la función policial, (l) inhabilitación, (m) Negociación Incompatible o Aprovechamiento Indebido del Cargo, (o) Tráfico de Influencias, (p) Enriquecimiento Ilícito, (q) Decomiso y (r) Adjudicación al Estado de Bienes Decomisados.

En la mayoría de estos delitos estamos frente a delitos de tipo especial, es decir aquellos donde “solamente puede ser autor aquel que reúne las calidades personales incorporadas en la descripción legal típica, por lo que los sujetos activos no calificados (extranei), no pueden ser autores directos, mediatos, o coautores en tales delitos, sino a lo sumo partícipes.” (Muñoz García, 2019, p.15). Así, los sujetos activos sí calificados serían los funcionarios públicos que solicitan o reciben algo a cambio de ejercer su función o por el contrario de omitir sus funciones o tergiversarlas, esto en beneficio de un tercero, el extranei. Ahora bien, sobre este extranei anteriormente para el caso particular de los delitos sobre corrupción de funcionarios, la legislación peruana planteaba posible culpabilidad sólo a personas naturales, lo cual cambió de forma significativa con la publicación de la Ley 30424 “Responsabilidad administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional”⁴, ya que esta Ley establece en su artículo 3º que las personas jurídicas sí pueden ser encontradas como responsables por los delitos que la Ley describe en su artículo 1º, estos son:

- (i) Colusión simple y agravada,
- (ii) Cohecho activo genérico,
- (iii) Cohecho activo transnacional,
- (iv) Cohecho activo específico,
- (v) Tráfico de influencias, recogidos en el Código Penal, así como
- (vi) Los delitos asociados al Lavado de activos, Minera ilegal, Crimen organizado y Terrorismo que se recojen en legislación específica;

La condición para la imputabilidad de la responsabilidad administrativa de acuerdo a esta Ley, es que los delitos listados siempre hayan sido cometidos en nombre de la empresa o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, básicamente por parte de sus empleados, socios, entre otros representantes con cargos de administración, control. A manera de comentario, es interesante observar cómo este tipo de responsabilidad se incorporó como responsabilidad “administrativa” en Perú pero como responsabilidad “penal” en la legislación chilena, a pesar de que sus expectativas y medidas por incumplimiento son similares. En ambos casos sin embargo si bien resulta novedoso atribuir de responsabilidad a las personas jurídicas, su justificación sería justamente la efectividad de la autoregulación que se discutirá en la sección siguiente.

⁴ Publicada el 21 de abril de 2016.

Esta incorporación legislativa parecería formar parte de lo que el Estado indica en su Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la corrupción 2018-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, en donde se señala que “la estrategia del Estado habría pasado de seguir un enfoque reactivo habiendo evolucionado hacia un enfoque más amplio que reconoce y desarrolla aspectos vinculados a la prevención, la identificación y gestión de riesgo”⁵.

Esta iniciativa del Estado resulta mas aún relevante si se toma en cuenta que según el Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y El Caribe, llevada a cabo por la ONG Transparencia Internacional, Perú y Colombia registran el porcentaje más alto de ciudadanos que consideran que la corrupción en el Gobierno es un problema grave en su país (96 % y 94 %, respectivamente). (2019, p.10)

De esta manera, queda evidenciado que tal y como se afirmó al inicio de esta sección, la corrupción está arraigada en las instituciones públicas del país desde hace mucho tiempo, por lo que es necesario que su erradicación tome en cuenta no sólo las iniciativas legislativas o punitivas del Estado, sino que también requiere del involucramiento del sector privado a través por ejemplo de la implementación de Programas de Compliance que como se verá más adelante en el presente artículo resultan de mucha utilidad para regularizar el funcionamiento de las empresas del sector privado y su relación con las entidades del sector público.

1.2. Autorregulación

Otro de los conceptos clave para entender el propósito de este artículo viene a ser la autorregulación, ya que ella forma la base sobre la cual se desarrolla el Compliance y sus respectivos Programas.

Así, nos encontramos con que la autorregulación forma parte del denominado Soft Law, que es una extensión del cuerpo legislativo a ámbitos que van más allá del texto literal de la Ley o del mandato expreso de derecho, para en su lugar optar por básicamente plantear expectativas a través de recomendaciones o requerimientos mínimos, que no estén necesariamente sujetas a sanciones por incumplimiento. La figura del Soft Law

⁵ II. Marco metodológico de Desarrollo del Plan

permite que los sujetos tengan cierta libertad para decidir acoger dichas recomendaciones y/o decidir las formas en cómo implementarán actividades que les permitan alcanzar dichas expectativas.

Pero hablar sobre seguir el modelo Soft Law requiere que se evalúe si es realmente efectivo, para lo cual coincidimos con lo que señala Andrei Marmor en su artículo Soft Law, Authoritative Advice and Non-binding Agreement, donde discute la naturaleza del soft law como un “consejo de la autoridad” que necesita de confianza y sentido de cumplimiento para que funcione de forma armoniosa:

In the relations between legitimate authorities and their subjects, there is a warranted expectation of compliance. And this expectation is closely entangled with an expectation of trust. In order to function properly as an authority in a certain domain, the authority needs to have some level of confidence that its subjects would normally comply with its directives, and the subjects would need to have some level of confidence that other subjects comply. In other words, authorities (assuming that they are by and large legitimate) and subjects need to trust each other. (2019, pp. 517)⁶

De esta manera, la efectividad de la autorregulación depende por un lado sentirse obligado por la autoridad o por sus pares a mantener estándares de conducta que fomenten la legitimidad de los actos desarrollados por las empresas. Esto también es reforzado por Bussmann y Niemczech cuando indican que “*Social pressure exerts a stronger sanctioning effect than most penal sanctions, because of its permanence and comprehensiveness*”⁷ (2017, p. 798).

Sin embargo, su efectividad también está aunada principalmente al conocimiento experto que las empresas del sector privado tienen de su actividad, de sus riesgos inherentes, lo cual les permitiría estar en una posición más favorable para poder determinar las estructuras de control que mitiguen sus riesgos y que aseguren la continuidad de su actividad, emitiendo así el conjunto de reglas que forman parte de su autorregulación.

⁶ En las relaciones entre autoridades legítimas y los sujetos bajo su alcance de autoridad hay una expectativa garantizada de cumplimiento. Y esta expectativa está estrechamente entrelazada con una expectativa de confianza. Para que funcione adecuadamente como una Autoridad en cierto ámbito, la Autoridad necesita tener cierto nivel de confianza de que los sujetos bajo su alcance cumplirían normalmente con sus directivas, y éstos a su vez tendrían cierto nivel de confianza de que otros sujetos cumplen. En otras palabras, Autoridades (asumiendo que son en general legítimos) y sujetos bajo su alcance de dominio necesitan confianza entre ellos mutuamente. (Traducción propia)

⁷ La presión social ejerce un efecto sancionador más fuerte que la mayoría de las sanciones penales, debido a su permanencia y exhaustividad. (Traducción propia)

Como muestra de ello, se espera que estas reglas sean recogidas de forma adecuada, clara y concreta para el personal que estará recibiendo el mensaje, compartiendo así lo que señala Nieto en su texto Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación:

El primer elemento de la autorregulación es la necesidad de que las empresas establezcan normas de comportamiento que se plasman en instrumentos de muy diverso nombre: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicos o éticos etc. Debido a la complejidad técnica, legal o moral existente en muchos sectores la ley no está hoy en condiciones de regular pormenorizadamente un buen número de situaciones. De ahí que la primera función de la autorregulación sea normalmente el concretar y especificar principios que solo han sido enunciados de forma genérica, y además hacerlo a la luz de las distintas peculiaridades de cada empresa (2008, p. 5).

Entonces, tenemos a los Códigos de Conducta, Ética, Programas de Compliance, Principios o Códigos de Buen Gobierno Corporativo, que se desarrollan dentro de las empresas para administrar de manera proactiva los riesgos que le atañen a la actividad económica que desarrollan. Algunas de estas formas pueden haber partido de recomendaciones legislativas, no vinculantes, pero lo cierto es que su contenido sí es diferenciado en cada caso, ya que se adecuará a la propia experiencia de cada empresa, evaluación de riesgos y objetivos o estrategias.

A través de la autorregulación se reconoce entonces un valor positivo al conocimiento interno de las empresas como elemento válido y suficiente para establecer sus reglas de juego. Sin embargo, no necesariamente significa que el monitoreo por parte de la Autoridad o del Estado sea inexistente o que sobre la base de la confianza mutua entre Autoridad y Sujeto que sugiere Marmor no se realicen revisiones a las acciones tomadas por los privados para asegurar que sean en efecto suficientes para los fines que se plantearon en determinado ámbito. En ese sentido, Nieto plantea el concepto de Autorregulación Regulada, la cual deriva del concepto macro de autorregulación con la diferencia de que reconoce como necesaria la supervisión estatal aunque en maneras más eficientes y “sofisticadas”.

Esta supervisión es importante, ya que el resultado de una falta de intervención estatal y mera dependencia en la autorregulación puede resultar en graves consecuencias para el mercado; como lo sucedido con la crisis financiera de 2008, también conocida como Crisis

Sub-prime, que marcó un antes y después en la conducta del mercado financiero norteamericano y la forma en cómo su toma de riesgos era administrada y supervisada. Al respecto Leiva Buchi señala oportunamente en su artículo Riesgos Financieros después de la Crisis Sub-prime, que: “ la excesiva confianza en los modelos internos de cada entidad puede ser perjudicial desde un punto de vista de riesgo sistémico, ya que la entidad no tendrá incentivos para introducir en sus modelos los efectos sistémicos que tendrían sus problemas, como fue el caso de Lehman Brothers” (2009, p.21).

En el Perú, por lo general son las actividades reguladas (Energía y Minas, Sistema Financiero, Telecomunicaciones, Transporte Público, entre otros) las que cuentan con una supervisión más cercana de parte de la Autoridad, como lo es por ejemplo la actividad bancaria, que recibe como mínimo una visita de inspección ordinaria anual según lo establecido en la Ley 26702 Ley de Bancos y AFPs.

Sin embargo, para aquellas empresas que realizan actividades de negocio fuera de los rubros regulados, también se debe considerar como herramienta de soporte a las Auditorías Internas o Externas que las empresas pueden contratar para que la efectividad de sus programas de autorregulación puedan verificarse; o como sucede en el caso de la reciente regulación peruana sobre Programas de Anticorrupción (Ley 30424), el Estado puede delegar las actividades de “validación” a una agencia regulatoria, la Superintendencia de Mercado de Valores-SMV, con la finalidad de confirmar la integridad de estos Programas una vez que las empresas se encuentren involucradas en procesos de investigación por delitos de corrupción y similares, esta revisión por parte de la SMV permitirá “activar” los beneficios que la Ley plantea. Este encargo a la SMV obedecería a una presunción de especialidad y conocimiento del mercado para evaluar estándares de conducta en esta materia, tal y como lo indica Antony Ogus en su artículo Estructuras e Instituciones regulatorias, sobre que “las agencias regulatorias cuentan con conocimiento técnico específico que puede facilitar la formulación e interpretación de estándares” (2007,p.282).

1.3. Programas de Compliance

Como se desarrolló en el punto anterior, la autorregulación permite que las empresas del sector privado definan sus marcos internos de regulación, que pueden o no tomar en

cuenta alguna sugerencia regulatoria estatal o simplemente obedecer a una decisión proactiva privada de cubrir determinado tema dentro de su política de administración de riesgos . Como una de las formas que encontramos de autorregulación tenemos al Compliance, término anglosajón cuya definición literal nos dice “cumplimiento”, que plantea un contenido que se materializa o manifiesta en los denominados Programas de Compliance, que como señala Nieto en su texto “Problemas Fundamentales del Cumplimiento normativo en el Derecho Penal” desde su visión penal, que *“los sistemas de compliance son sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al derecho penal en su tarea de control la criminalidad”*. (2016, p. 172)

En ese mismo texto, Adán Nieto plantea brevemente las causas que han permitido el posicionamiento de los Programas o Sistemas de Compliance en la autorregulación empresarial:

*“La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro del sistema de normas penales o de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de *enforcement* autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento. (...) En un mundo globalizado, donde la capacidad reguladora y sancionadora de los Estados desgraciadamente se ha debilitado, el cumplimiento normativo es un instrumento de gobernanza global o *global law*”* (2016, p.173)

De igual manera, en la Introducción del “Libro Blanco de Compliance” se señala que:

“Fenómenos como la globalización de la economía o la necesidad de trascender las obligaciones legales para asumir los compromisos éticos que reclama la sociedad, han contribuido a incrementar las necesidades de Compliance, acelerando la evolución en la curva de madurez de una función que se percibe como factor clave de buen gobierno corporativo” (Asociación Española de Compliance, 2017, Pp.5).

Ante el debilitamiento de la capacidad reguladora del Estado que plantea Nieto, en el texto citado en el primer párrafo de esta sección, surgen las propuestas o recomendaciones que realizan los organismos internacionales en el marco de asegurar que la actividad privada no desconoce la importancia de alinearse con altos estándares de conducta y con el cumplimiento de la regulación que la atañe. Así, tenemos por ejemplo que en el texto “Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento - Manual para Empresas” emitido por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos

(OCDE o OECD) se plantea como factor importante en la lucha contra la corrupción el establecimiento de modelos de evaluación de riesgos como base para la efectividad de un Programa de Cumplimiento. (OCDE, 2013, Pp. 16). De igual manera, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción recoge en su artículo 12 las expectativas que debe establecer el Estado para el sector privado, dentro de las cuales se encuentra el siguiente:

“Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado” (Naciones Unidas, 2004, p. 15)

Estas expectativas planteadas por la OCDE coinciden con la definición que realiza Clavijo a los Programas de Compliance en su artículo “Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano” (2014, p.630) donde señala que el Programa de Cumplimiento sirve para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las empresas o como parte de las actividades que realizan.

El involucramiento de las empresas en la definición de su regulación interna es reciente en el Perú, a pesar de que se han experimentado las mismas causas que las descritas por doctrina citada especialmente en esta sección. Podríamos decir así que la visión regulatoria siempre se orientó hacia lo tradicional, el hard law. De hecho, hablar de Cumplimiento en el Perú, estaba antes relacionado únicamente a las actividades reguladas, donde el tener un Programa de Compliance no era optativo sino mandatorio. Por ejemplo en la regulación de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP se encuentran los requerimientos realizados a las empresas del sistema financiero para que implementen dentro de sus organizaciones, dos funciones clave dentro del ambiente de Control, por una lado la Función de Cumplimiento Normativo⁸ y por otro lado, una Función

⁸ Versión actualizada: Resolución SBS N° 272-2017 Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos.

Artículo 28°.- Función de cumplimiento normativo

La función de cumplimiento normativo incorpora la evaluación y monitoreo del cumplimiento de toda la normativa aplicable a la empresa supervisada, tiene como objetivo identificar y poner en conocimiento oportuno de las áreas responsables de las empresas aquellas normas externas que tienen un impacto directo en las funciones que estas realizan, así como las normas internas vinculadas, a fin de que se tomen las medidas necesarias para dar cumplimiento a dichas disposiciones.

de Cumplimiento para el sistema de prevención de lavado de activos⁹, ambas en resumidas cuentas buscaban asegurar que la actividad financiera se realizará en cumplimiento de la regulación local o interna (políticas corporativas).

Sin embargo, es importante que reconozcamos los cambios que el Estado ha venido introduciendo desde hace algunos años en este aspecto. Tenemos así que la recomendación para implementar Programas de Compliance o Modelos de Cumplimiento Normativo, hoy se vuelve cada vez más recurrente, sobre lo cual se puede considerar que el punto de partida de esta tendencia en el plano regulatorio local fue la publicación de la Ley N° 30424 el 21 de abril de 2016 mediante el cual el Estado le proponía a las empresas contar con Modelos de Prevención para el riesgo de corrupción. Por otro lado, en temas de protección al consumidor, se encuentra también la propuesta de los Programas de Compliance, ya que mediante la publicación del Decreto Legislativo N° 1390 en septiembre de 2018, se introdujo una modificación al artículo 112° del Código de Protección al Consumidor, donde se acepta como parte de los Criterios de graduación de las sanciones administrativas cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el Código. Siguiendo esta tendencia, el 30 de noviembre de 2019 se publicó el Decreto Supremo N° 185-2019-PCM que aprobó el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de

Las empresas deben determinar la forma más apropiada y eficiente de implementar la función de cumplimiento normativo de acuerdo con sus propias necesidades y organización interna, asegurando que dicha función cuente con recursos suficientes para realizar una labor efectiva. (...)

Artículo 30°.- Políticas y procedimientos de cumplimiento normativo

El directorio de la empresa debe aprobar las políticas y procedimientos de cumplimiento normativo, en un documento formal en el cual se establezca una función de cumplimiento normativo permanente y efectiva en la empresa. Dicho documento debe contener los criterios a seguir por la gerencia y el personal, y explicar los principales procesos que permitirán prevenir, identificar y mitigar la posibilidad del incumplimiento normativo en todos los niveles de la organización. El referido documento debe encontrarse a disposición de la Superintendencia.

⁹ Versión actualizada: Resolución SBS N° 2660-2015 Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo.

Artículo 18°. - Manual

Las políticas y procedimientos relacionados al cumplimiento del sistema de prevención del LA/FT, por parte del directorio, gerentes y trabajadores de la empresa; y, la gestión de riesgos de LA/FT, deben estar incluidos en el manual. El manual debe contener como mínimo la información señalada en el Anexo No 2, y ser aprobado por el directorio. (...)

Artículo 19°. - Código de conducta

Los directores, gerentes y trabajadores deben comprometerse a poner en práctica un código de conducta, aprobado por el directorio, destinado a asegurar el adecuado funcionamiento del sistema de prevención del LA/FT y establecer medidas para garantizar el deber de reserva indeterminado, de la información relacionada al sistema de prevención del LA/FT. (...)

programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial.¹⁰

De esta manera los Programas de Compliance ya no son metodologías o compendios desconocidos en el Perú sino que están tomando cada vez mayor posicionamiento dentro de las estructuras de control que las empresas definen más conveniente.

Sobre la utilización de estos Programas para enfrentar aspectos de relevancia o interés general, tales como la lucha contra la corrupción, se observa que en Estados Unidos y en Europa los Programas de Compliance ya son utilizados para estos fines, esto principalmente debido a que los escándalos de corrupción que han sido revelados en estas geografías se han dado antes que en nuestro país. Esta casuística ha fomentado el interés de explorar los beneficios del Compliance en las empresas principalmente como una forma de prevenir o mitigar los riesgos legales, reputacionales, financieros, entre otros, que un incumplimiento pueda generarle a las empresas. Por ejemplo, para los analistas de la crisis económica del 2008 generada por las hipotecas subprime, el poco interés de los Bancos por una gestión comercial basada en una toma controlada de riesgos fue también una de las causas de la debacle financiera. Como respuesta, los Programas de Compliance debieron ser implementados o reforzados para evitar que ello vuelva a ocurrir.

Como hemos citado anteriormente, a nivel local contamos con la Ley 30424, la cual juega un papel muy importante en este cambio de visión de parte del Estado y aporta al fortalecimiento del Compliance en el país, dado que además de reflejar el especial interés del Estado para la lucha contra la corrupción; un aspecto de esta Ley tiene impacto directo en la hipótesis de este artículo, al permitir que la implementación de un Modelo de

¹⁰ Versión actualizada: Decreto Supremo N° 185-2019-PCM Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial

Artículo 3. Definiciones

3.1. programas de cumplimiento normativo:

Conjunto de políticas y procedimientos implementados por un proveedor a fin garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas de protección al consumidor y publicidad comercial.

Los programas de cumplimiento tienen como objetivo detectar y gestionar los riesgos de incumplimiento de una normativa de parte de los proveedores, así como implementar medidas correctivas y preventivas que mejoren la gestión interna de los procesos de fabricación, elaboración, manipulación, acondicionamiento, mezcla, envasado, almacenamiento, preparación, expendio, suministro de productos o prestación de servicios de cualquier naturaleza para los consumidores.

Prevención puede tener un efecto favorable para la persona jurídica en el proceso administrativo en el que se pueda ver involucrada por temas de corrupción y delitos conexos, y que logre una vez validada la existencia real de dicho Modelo, eximir de responsabilidad administrativa a las personas jurídicas.

Con la publicación de la Ley 30424 se busca así que la implementación del Modelo de Prevención pueda evitar esos “defectos de organización” que describe Ivan Navas, quien señala que uno de los requisitos de la responsabilidad de la persona jurídica es que exista un “defecto de organización de la propia empresa que se refleja en el incumplimiento de deberes de dirección y supervisión que facilitan la comisión del delito respecto a las personas físicas. El denominado defecto de organización puede comprenderse como un déficit de auto regulación permanente de la persona jurídica. Se trata de una omisión de medidas preventivas necesarias para evitar que posteriormente se cometan delitos dentro del ejercicio de su actividad.” (Navas, 2018, pp. 1038)

La Ley 30424 marca un punto de quiebre temporal y circunstancial que gatillará el nivel de beneficio de la exoneración de responsabilidad, así señala que si la implementación del Modelo de Prevención se da *antes* de la comisión del delito, servirá para solicitar la exención o exoneración de la responsabilidad administrativa; mientras que, si la implementación fue *después* de la comisión del delito, pero *antes* del inicio del juicio oral, servirá sólo como atenuante de la pena. De esta manera, la implementación de un Modelo de Prevención cobra una relevancia especial a partir de esta Ley ya que podría asegurar a las empresas del sector privado no ser encontradas responsables por actos de corrupción que sus representantes hayan podido cometer. El contenido mínimo que la Ley 30424 propone para el Modelo de Prevención toma como referencia el Modelo establecido por la OCDE para fortalecer la lucha contra la corrupción, y se describe en el numeral 17.2 del artículo 17º de la Ley, en donde se señala:

17.2. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:

17.2.1 Un encargado de prevención, 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. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Esta estructura planteada para el Modelo de Prevención sigue una estructura similar a lo que se conoce de forma general también como un Programa de Compliance. De hecho, en el Libro Blanco de Compliance sobre la Función de Compliance, publicada por la Asociación Española de Compliance se listan los principales aspectos que estos Programas deben contener, los mismos que se pueden resumir en i) autonomía de la función de Compliance, ii) Proceso de identificación y administración de riesgos, iii) capacitación, iv) Reporteria, v) canales internos de denuncia y v) procedimientos de monitoreo. (2017, pp. 4- 51)

Adicionalmente, en el texto “The Pareto Principle in leveraging Dynamic Compliance Program Effectiveness” de Kanish Chopra, la autora coincide en esencia con estos componentes mínimo, pero incorpora un “pilar” adicional de todo Programa de compliance: “Respond promptly to detected offenses” (2017, P. 24)

De igual manera, a nivel de estándares internacionales tenemos a las ISO 19600 Guías para las administración de Compliance o Cumplimiento Normativo y la ISO 37001 Sistemas de Anticorrupción, si bien su contenido no es de libre acceso sino que requiere de un costo de adquisición según lo que indica el portal web de la International Organization for Standardization, sin embargo sí resumen en su portal lo que proponen como contenido mínimo de referencia para que las empresas las adopten voluntariamente como parte de su ambiente de control. Por ejemplo, se indica que para lo referente a sistemas de anticorrupción la propuesta que se publica en el portal web considera incluir: “i) Anti-bribery policy, ii) Management leadership, commitment and responsibility, iii) Personnel controls and training, iv) Risk assessments, v) Due diligence on projects and business associates, vi) Financial, commercial and contractual controls, vii) Reporting, monitoring, investigation and review and viii) Corrective action and continual

improvement”¹¹. Cabe resaltar sin embargo que sólo la ISO 37001 es certificable mientras que la ISO 19600 no lo es.¹²

Vemos en ese sentido, que los Programas de compliance pueden mantener una estructura similar que asegure un contenido mínimo que permita que el Programa sea lo más efectivo posible. Los pilares de su construcción resultan básicamente iguales a nivel de la doctrina, aunque la efectividad de los mismos va a depender de su contenido adicional o de cómo los principios son ajustados a la realidad de cada empresa. Aquí coincidimos aquí con lo que señala Ana Maria en su texto “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal” donde plantea que:

“el modelo responda a la idiosincrasia de la organización, esto es, que sea idóneo para la organización en que se va a implementar. Por consiguiente, no existe un programa de cumplimiento de validez general, sino que el programa, para ser efectivo, debe adecuarse a las características estructurales de la entidad, a los riesgos propios de su actividad y al entorno legal en que opera. En esta línea, se afirma que “un modelo estereotipado de cumplimiento que no atiende a las peculiaridades organizativas de cada concreta organización es, por definición, ineficaz” (2016, p.479)

Es fundamental entonces que dentro del proceso de elaboración del Programa de Compliance no se dejen de considerar y evaluar las particularidades de la empresa donde va a ser implementada. Así, aún cuando los Programas de Compliance puedan ser semejantes en esencia, no deben buscar ser por ningún motivo simples plantillas o códigos que pueden ser copiados a todas las organizaciones por igual; sino que por el contrario se espera que sea lo suficiente abierto y particular como para incorporar aspectos únicos y útiles para la actividad de determinada empresa, así por ejemplo, podríamos decir que si estamos frente a un empresa cuyo objetivo sea actuar de agente de intermediación en el mercado de valores, se entenderá que por el tipo de actividad que realiza es natural y probable y que tenga acceso a información privilegiada, según la definición que indica la Ley del Mercado de Valores para ello¹³, entonces le será más

¹¹i) Política de Anti-corrupción, ii) Gestión de liderazgo, compromiso y responsabilidad, iii) Controles Personales y Capacitación, iv) Evaluación de Riesgos, v) Debida Diligencia en Proyectos y socios de negocios, vi) Controles financieros, comerciales y contractuales, vii) Reporte, monitoreo, investigación y revisión, y viii) Acciones correctivas y mejora continua. (Traducción propia) Para mayor información visitar:

<https://www.iso.org/iso-37001-anti-bribery-management.html>

¹² Para mayor información visitar: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:19600:ed-1:v1:en>

¹³ Ver versión actualizada: **Decreto Supremo N° 0093-2002** Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores

Artículo 40° Definición:

adecuado implementar un Programa de Compliance que busque asegurar que existe un uso adecuado de información privilegiada que evite un aprovechamiento de la información en beneficio personal de los empleados de dicha organización, que podría a su vez impactar el libre comportamiento del mercado. De igual manera, si en cambio estamos frente a una empresa que tiene como contraparte comercial a Entidades estatales, entonces es más relevante que su Programa de Compliance busque cubrir los riesgos de corrupción específicamente cubriendo los puntos donde la relación puede tener más exposición, como por ejemplo la participación en los concursos o licitaciones públicos, el ofrecimiento de los servicios o productos, entre otros.

Como vemos, el Programa de Compliance puede ser de mucha utilidad para las empresas, siempre que sea adecuado y tenga una supervisión interna que asegure cumplimiento y sostenibilidad. No sólo la regulación penal la ha considerado importante para la gestión de riesgos en el sector privado, sino que también se ha ido incorporando en regulación administrativa lo que demuestra que la puesta en práctica de los Programas de Compliance ha demostrado ajustarse de mejor manera a las necesidades de las empresas del sector privado en su gestión interna de control. Es importante sin embargo que estos Programas tengan un contenido claro y sean dirigidos de forma eficiente, pasando a la práctica los estándares o requerimientos que la misma empresa se impone a si misma. Esto es necesario para que los Programas de Compliance alcance la finalidad que proponen ya que de lo contrario se vaciaría de contenido a los objetivos que promueve la autorregulación a través de la implementación de Programas de Compliance.

1.3.1. ¿Cómo evitar los Programas de Compliance de Apariencia?

La implementación de los Programas de Compliance no debe ser visto bajo ningún supuesto como un “cumplir por cumplir” o simplemente como uno o varios documentos que busquen dar una “apariencia de cumplimiento”. No se debe buscar trabajar sólo sobre el papel, esto es que no esté aterrizado realmente a las necesidades de la empresa o a los riesgos inherentes a su actividad, o que por otro lado sea de contenido tan complejo

Para los efectos de esta Ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a un emisor, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados, no divulgada al mercado, y cuyo conocimiento público, por su naturaleza, sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Comprende, asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 34º de esta Ley y aquella que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores, así como aquella referida a las ofertas públicas de adquisición.

que su cumplimiento no sea posible por no ser de fácil entendimiento para quienes deben tenerlo presente en el día a día.

Ya sea que la motivación para la implementación de los Programas de Compliance haya obedecido a intereses diferentes como el lograr ser encontrado libre de responsabilidad administrativa en el marco de una investigación por delitos de corrupción (supuesto permitido por la Ley N° 30424) o como para poder evidenciar una intención y conducta de cambio que mitigue el impacto que una situación negativa en la empresa pueda generarle y logre así evitar su extinción, siempre se debe buscar que los Programas de Compliance sean realmente efectivos.

En esa línea, Ismael Clemente y Manuel Álvarez señalan acertadamente en su texto ¿Sirve de algo un Compliance Penal? ¿Y qué forma le doy?, que uno de los principios rectores de los programas de prevención de delitos es que “la *compliance* penal no puede ser de papel, no puede ser una *commodity*, un producto fungible, intercambiable, válido para cualquier empresa y situación, desconectado del caso concreto y resuelto en un simple protocolo por escrito. Debe acreditarse el compromiso efectivo de la compañía y sus órganos de dirección en la instauración de una política real, tangible, adecuada al caso concreto”. (2011, p.44)

De igual manera, Kanish Chopra resalta en la introducción de su artículo “The Pareto Principle in leveraging Dynamic Compliance Program Effectiveness”, que:

“The core of compliance, and objective of compliance departments, is to establish an effective compliance and ethics program. If compliance were a sport, there would not be a medal for mere participation. In other words, a program is meaningless and essentially “for show” unless it is designed and operated to actively prevent and detect criminal conduct and offense. To achieve the goal of an effective compliance program, compliance officers must actively engage compliance at the operational level. It is, therefore, imperative to concentrate ongoing compliance program efforts toward combating the roots of compliance risk.”¹⁴ (2017, P. 23)

¹⁴ El corazón del cumplimiento (compliance), y objetivo de los departamentos de cumplimiento, es establecer un programa de cumplimiento y ética efectivo. Si el cumplimiento fuera un deporte, no habría una medalla por la mera participación. En otras palabras, un programa carece de significado y es esencialmente “para mostrar” a menos que sea diseñado y operado para prevenir y detectar activamente la conducta criminal y la ofensa. Para alcanzar esta meta de un programa efectivo de cumplimiento, los oficiales de cumplimiento deben comprometer activamente el cumplimiento a un nivel operativo. Es así, por tanto, imperativo concentrar los esfuerzos continuos de los programas de cumplimiento hacia combatir las raíces del riesgo de cumplimiento. (Traducción propia)

Es muy importante entonces que los Programas de Compliance busquen en todo sentido ser adecuados a cada empresa y que sean fáciles de integrar dentro de su estructura de control y administración, para garantizar de esa forma que puedan ser puestos en práctica por cada miembro de la empresa. En caso ello no se pueda asegurar entonces sería una clara señal de que un ajuste es necesario y hay que realizarlo de forma oportuna, ya que no tomar acción ante esa asimetría entre lo que se pretende conseguir y lo que se puede conseguir en la realidad podría traer consecuencias significativas para las empresas. Esto se discute de forma bastante clara en el texto de Stevens and Buechler, "An analysis of the Lehman Brothers Code of Ethics and the role it played in the firm" donde también hacen referencia a casos emblemáticos de conducta no ética que destruyó empresas, como el caso de Enron, sobre el cual revela que: Enron's ethical failure, which cost investors around \$11 billion, reflected a controlled organization where individuals felt they could not communicate openly about wrongdoing they were observing. Enron had an ethical code, but it also had multiple sets of books and the board of directors had the authority to suspend the code (which they did more than once) when they wanted to act against it." (2013, p. 45).

De igual manera está el ejemplo de Lehman Brothers, sobre el cual los autores se expresan en el texto indicando en resumidas cuentas que "Lehman Brothers' code lacks unique features and appears to be written by legal experts to protect the firm against egregious behavior" (2013, p. 51)¹⁵, "Lehman's ethical code and code of conduct have an absence of transformational language. No visionary ideas are present nor is the document inspirational or thought provoking (...) the code could be utilized by any bank, or financial institution, or insurance company. It focuses only on actions that could hurt the firm" (2013, p. 52)¹⁶. Al respecto de este análisis si bien el Código de Ética o Código de Conducta no constituyen por sí mismos un Programa de Compliance, sí representan uno de los documentos principales que las empresas elaboran ya que en ellos se busca incorporar los principios que defiende la empresa y la cultura que pretende fomentar dentro de la organización. De esta manera, resulta relevante que un Programa de Compliance efectivo se apalanque en un código de ética o de conducta eficiente y que como proponen los

¹⁵ El código de ética de Lehman Brothers carecía de características únicas y aparecía ser escrita por expertos legales para proteger la firma contra comportamientos escandalosos. (Traducción propia)

¹⁶ El código de ética de Lehman y el Código de Conducta tienen una ausencia de lenguaje transformacional. No hay ideas visionarias presentes ni el documento es inspirador o estimulante (...) el código podría ser utilizado por cualquier banco, institución financiera o compañía de seguros. Se enfoca solo en acciones que podrían dañar a la empresa. (Traducción propia)

autores citados en los párrafos previos, tenga un lenguaje claro sobre las expectativas que la organización se plantea para todos sus miembros.

1.4. Buen Gobierno Corporativo

El creciente protagonismo de los Programas de Compliance se ha discutido ampliamente en el punto anterior, no obstante, sólo se ha considerado su definición primaria desde el punto de vista teleológico, es decir observando principalmente su rol o finalidad preventiva. Sin embargo, la hipótesis del presente artículo busca explorar y plantear la utilidad de estos Programas más allá de su rol preventivo, es decir, inclusive en circunstancias donde los hechos que se buscaron evitar en un inicio ya han ocurrido. Para este fin es importante revisar el concepto de Gobierno Corporativo, ya que un Programa de Compliance que forma una alianza con el los Principios de Buen Gobierno Corporativo, será aún más completo.

Como señala López Jimenez en su artículo “La autorregulación en el ámbito de las sociedades cotizadas: Notas en torno al Buen Gobierno Corporativo”, éste no tiene una definición única sino que se puede entender como el conjunto de *“medios y formas en virtud de quienes conceden fondos de carácter corporativo se aseguran una retribución suficiente a sus correspondientes inversiones.”* (2012, p. 72). No obstante esta definición es un buen punto de partida, dado que el resultado de un buen gobierno corporativo, asegura una adecuada gestión de las estrategias comerciales que permitirán mantener una rentabilidad saludable en beneficio de los accionistas, el Buen Gobierno Corporativo apunta no sólo a la rentabilidad sino también a garantizar una buena reputación obtenida a través de una gestión básicamente transparente. Así no sólo se entenderá al Buen Gobierno Corporativo como lo plantea la Comisión británica Cadbury de 1992, como *el sistema a través del cual las empresas son dirigidas y controladas* (Citado en Klaus,2012,p.98), sino que será entendida a partir de sus objetivos, los mismo que plantea la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como lo siguiente: *“Facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios. Todo ello contribuir a un crecimiento más sólido y al desarrollo de sociedades más inclusivas”.* (2016, p. 7)

La OCDE plantea seis principios de Buen Gobierno Corporativo (2016, pp. 13-62):

1. El marco de gobierno corporativo promoverá la transparencia y la equidad de los mercados, así como la asignación eficiente de los recursos. Será coherente con el Estado de Derecho y respaldará una supervisión y una ejecución eficaces .
2. El marco del gobierno corporativo protegerá y facilitará el ejercicio de los derechos de los accionistas y garantizará el trato equitativo a todos ellos, incluidos los minoritarios y los extranjeros. Todos tendrán la posibilidad de que se reparen de forma eficaz las violaciones de sus derechos.
3. El marco del gobierno corporativo debe proporcionar incentivos sólidos a lo largo de toda la cadena de inversión y facilitar que los mercados de valores funcionen de forma que contribuya al buen gobierno corporativo.
4. El marco de gobierno corporativo reconocerá los derechos de los actores interesados que disponga el ordenamiento jurídico o se estipulen de mutuo acuerdo y fomentará la cooperación activa entre éstos y las sociedades con vistas a la creación de riqueza y empleo, y a la sostenibilidad de empresas sólidas desde el punto de vista financiero.
5. El marco del gobierno corporativo garantizará la comunicación oportuna y precisa de todas las cuestiones relevantes relativas a la empresa, incluida la situación financiera, los resultados, la propiedad y sus órganos de gobierno.
6. El marco para el gobierno corporativo debe garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección por parte del Consejo y la rendición de cuentas ante la empresa y los accionistas.

Por su parte la Superintendencia del Mercado de Valores, SMV, publicó en noviembre de 2013 el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas que se desarrolla sobre la base de los principios establecidos por la OCDE. De los principios contenidos en este Código, rescatamos para efectos de engranarlo con los Programas de Compliance Ex-Post lo señalado en el Pilar IV Riesgo y Cumplimiento y en el Pilar V Transparencia de la Información que se desarrollará más a detalle en el capítulo III de este artículo de investigación.

Aunque el Buen Gobierno Corporativo surgió vinculado a empresas que cotizaban en Bolsa, teniendo como función el fomentar la confianza de los inversionistas a través de una gestión de transparencia y autorregulación, se observa que hoy en día la responsabilidad o interés no sólo existe frente a los inversionistas (*shareholders*) sino también hacia los *stakeholder* (grupos relevantes o de interés). Al respecto, tenemos la propuesta de Nieto que es ubicar el primer “foco” en el gobierno corporativo *per se* y ubicar al segundo en la “responsabilidad social corporativa”, sin embargo reconoce que esta diferencia no es estricta (2008, p.2). Consideramos así que la responsabilidad con el entorno o con los “*stakeholders*” sigue formando parte del gobierno corporativo, porque el

reflejo de una adecuada gestión empresarial será transversal a todos los ámbitos a los que la empresa se vincule.

De esta manera, es posible que sus beneficios se apliquen también a empresas que no cotizan en Bolsa y que buscan adoptar los principios que sumarían a su gestión de Compliance, como por ejemplo la transparencia en los resultados más relevantes obtenidos como parte de su gestión de control. La percepción que se genere sobre la empresa del sector privado en estas circunstancias se espera que tenga un impacto directo en su reputación. Respecto de ella, coincidimos con la definición que hace Arribas – Urrutia en su artículo “Buen Gobierno Corporativo para la construcción de una reputación. La ética en las organizaciones”, donde la reputación se plantea como *“el reconocimiento que los stakeholders (clientes, empleados, accionistas y con la comunidad en general) hacen de su comportamiento corporativo, a partir del grado de cumplimiento de sus compromisos. La reputación de una empresa integra por tanto la dimensión funcional (comportamiento corporativo) y la social y ética (responsabilidad corporativa).”* (2016, p. 79)

Para el caso que se plantea como problema en el presente artículo, la reputación resulta ser un tema interesante aunque resulta difícil asegurar que los involucramientos de empresas del sector privado en temas de corrupción terminaría por demoler por completo la reputación que puedan haber construido en el tiempo. Al respecto, en el texto “Reputación corporativa y creación de valor para el accionista” los autores plantean que la reputación además de crear valor en el mercado para la empresa que la ostenta *“también puede proporcionar una protección para las compañías en tiempos de crisis. (...) Las compañías pueden reducir la incertidumbre cultivando una reserva de confianza entre sus grupos de interés que le dará a las compañías con mayor reputación el beneficio de la duda ante eventos negativos específicos o sistemáticos.”* (2014, p. 20). A nuestro parecer esta afirmación resulta idealista, ya que una reserva de confianza puede ser o no suficiente para contrarrestar los eventos negativos en los que la empresa se vea involucrada. Así, si los mismos están directamente relacionados con la esencia de su actividad comercial y los actos revelados se evidencian con impacto negativo en el segmento del mercado al que apuntan, aún las empresas con mayor reputación podrían no superar las acusaciones; a esto se le denomina “Efecto Andersen” el cual se utiliza para hacer referencia a que la mera acusación formal (indictment) de una empresa puede

suponer su desaparición, incluso sin que haya condena. Se le nombra Andersen en virtud de la empresa auditora encargada de auditar a Enron, que a partir de verse involucrada en procesos de investigación por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América terminó por desaparecer ya que se puso en tela de juicio la confiabilidad de su servicio, lo cual estaba directamente relacionado con la razón por la que existía. (2019, pp 23-25).

Presentada la importancia del Buen Gobierno Corporativo, se puede concluir que éste sería el marco general que serviría de base para el desarrollo de la autorregulación a través de los Programas de Compliance, que no sólo aportará a la gestión de riesgos sino también a la construcción y sostenibilidad de la reputación de las empresas, generando así no sólo el reconocimiento del valor intangible que representa la reputación sino que además permitirá considerar la posibilidad de una rehabilitación en caso las empresas ya se encuentren involucradas en temas de corrupción y decidan ajustar sus Programas de Compliance hacia un enfoque Ex-Post. Aún si no compartimos en su totalidad que la *reserva de confianza* garantice en su totalidad una posible continuidad de la actividad comercial, si es importante considerarla como un elemento más que tendrá que evaluarse cuando se defina el Programa de Compliance Ex-Post, ya que el Buen Gobierno Corporativo en este contexto brindará en particular herramientas para fomentar la transparencia y los compromisos a nivel de principios que se establezcan a nivel del Directorio y Alta Gerencia.

De esta manera, resulta importante establecer asociaciones entre los Programas de Compliance Ex-Post con los principios que recoge el Buen Gobierno Corporativo, principalmente la transparencia y gestión integral de riesgos, esto no sólo para el caso de empresas que coticen en bolsa, sino para cualquier empresa con la intención de recuperar su posición en el mercado competitivo o para lo que nos atañe en este artículo, como herramienta para demostrar el compromiso en la lucha contra la corrupción.

A lo largo de este capítulo se han presentado los conceptos más relevantes que forman el marco teórico que servirá de base para la definición de contenido de los Programas de Cumplimiento Ex-Post. La discusión partió de reconocer que la lucha contra la corrupción representa un tema de interés nacional y las formas en que se puede evitar que situaciones contrarias al derecho y las buenas costumbres se presenten no se limitan a

esperar que la legislación cubra cada una de las situaciones posibles, sino que demanda de una participación más consciente de parte de todos los involucrados, Estado y particulares. La sistematización de la corrupción demanda un mayor involucramiento para poder hacerle frente a todas las formas en las que se presenta. Como herramienta privada se evaluó a la autorregulación, que ha tomado mayor protagonismo en los últimos años, en respuesta como indican algunos autores a deficiencias regulatorias o de administración pública.

La autorregulación se materializa entre otras formas de normativa interna, a través de los Programas de Compliance, que resulta de mayor interés para nuestro artículo ya que se ha reconocido a nivel legislativo los beneficios de contar con Modelos de Prevención, que aunque se encuentre bajo otro nombre, resulta ser en esencia un Programa de Compliance enfocado en el tratamiento y administración de riesgos asociados al delito de corrupción y delitos conexos. Por otro lado, como hemos indicado a lo largo de este capítulo, no basta con la mera existencia de los Programas de Compliance sino que es necesario que existan mecanismos de monitoreo, a nivel interno, externo o regulatorio que permitan asegurar que éstos son en efecto llevados a la práctica y no quedan sólo como una especie de maquillaje para cumplir con las apariencias. Para este fin, la incorporación de los principios de Buen Gobierno Corporativo pueden ayudar a demostrar a través de la transparencia que las actividades planteadas en los Programas de Compliance son ejecutados, informando aquello que sea relevante para la finalidad del Programa.

En el siguiente capítulo se explorarán casos significativos de empresas involucradas en temas de corrupción para entender las medidas que tomaron para recuperarse, y el nivel de efectividad que han conseguido con las mismas, haciendo una especial mención en los programas de compliance, como objeto de análisis del presente artículo.

CAPÍTULO II: CASOS RELEVANTES

Como señalamos en el Capítulo I, los Programas de Compliance están pensados de forma general para funcionar principalmente como mecanismos de prevención, pero ¿qué sucede cuando el incumplimiento ya se realizó y no sólo es un incumplimiento regulatorio sino que además conlleva a la determinación de una conducta criminal que debe ser sancionada penalmente? Más allá de la sanción que pueda recibir de parte del regulador o de la autoridad correspondiente, ¿es posible que la empresa pueda recuperarse o está destinada a su desaparición como resultado de su involucramiento en temas de corrupción?

Para analizar esta posibilidad hemos considerado de utilidad analizar casos de empresas involucradas en escándalos de corrupción, con impacto internacional, sobre las cuales se revisará las medidas tomadas para enfrentar dicha situación y si éstas han sido efectivas en caso ya hayan concluido o cómo son percibidas en casos de aquellas en etapas iniciales de reconstrucción o “rehabilitación”.

2.1. Siemens

Siemens es una empresa de origen alemán, fundada en el año 1847, considerada como la pionera global en ingeniería eléctrica. En el año 2007 Siemens se vió descubierta en un escándalo de corrupción de grandes proporciones en donde se le acusaba de haber pagado aproximadamente un total de US\$ 1756 millones a funcionarios de gobiernos de Nigeria, Libia, Argentina, Venezuela, Rusia, entre otros, para adjudicarse contratos y licitaciones en dichos países. Como resultado de este escándalo, Siemens se declaró culpable de violar las disposiciones del US Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), por lo que acordó pagar una multa de US\$ 450 millones al Departamento de Justicia Americano (DOJ). (Blanc, Cho & Sopt, 2019, P. 550).

Para entender un poco más este suceso, es importante referirnos al texto de Richard Steinberg, “How Siemens Fixed its institutionalized Corruption” donde se describe cómo la corrupción se encontraba sistematizada en dicha organización, así, a través de la declaración de un ejecutivo de la empresa nos narra claramente cómo la organización consideraba a la corrupción como aceptable y necesaria para que los negocios se lleven a

cabo y mantener los ingresos de la compañía (2013, p. 48). Steinberg señala que los pagos a oficiales de gobierno por parte de empleados de Siemens eran legalmente permitidos después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, en 1999 las reglas cambiaron a nivel de la regulación, aunque Siemens continuó con las prácticas permitidas en la post guerra.

Guillermo Astudillo nos señala en su texto “Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (compliance) en el Perú” que para Siemens *“el soborno era un procedimiento estándar del negocio, de lo cual tenían pleno conocimiento los altos ejecutivos de la empresa. Se demostraba un alto grado de tolerancia hacia la violación sistémica de las normas y de la ética, (...) premiando e incentivando las malas prácticas corporativas en lo que fue conocido como ‘modelo Siemens de hacer negocios’”* (2016, p. 247).

A pesar de la situación en la que Siemens se vio involucrada, pudo recuperarse de la crisis y mantenerse competitiva en el mercado hasta el día de hoy. De acuerdo al texto de Steinberg, el secreto de ello fue que el CEO hizo cambios significativos en la organización, además de cambiar al personal de la primera, segunda y tercera línea, trabajó en cambiar los objetivos de la empresa a una basada en valores de cumplimiento, enfocada en el cliente. Esto se habría logrado a través de un programa de compliance que cubra capacitaciones, controles, líneas de denuncia, programas de amnistía y atención oportuna los casos que surjan (2013, Pp. 49). Sobre las capacitaciones, Astudillo indica que éstas en su mayoría se realizan en un 80% de manera presencial (2016, p.248), lo cual resulta una buena estrategia ya que de esa manera la empresa se asegura en lo posible que los empleados logran un entendimiento de los temas que se abordan, generando espacios para la absolución de dudas y cimentar así las expectativas que plantea la organización con su programa de capacitación.

En el texto de Hartmut Berghoff “Organised irresponsibility”? The Siemens corruption scandal of the 1990s and 2000s, los cambios implementados por Siemens se resumen en cinco pasos (2017, pp. 434-436):

- Siemens autorizó una investigación exhaustiva y extremadamente rigurosa. Devovise y Deloitte aumentaron 1.5 millones de horas facturables desplegando alrededor de 200 abogados y contadores. Dado el ambiente incómodo que estas

investigaciones generaron, muchos empleados de Siemens en dicha época optaron por no colaborar con las investigación, en respuesta la empresa propuso programas de amnistía para dar impunidad por ofensas menores a cambio de información útil para la investigación.

- Todos los cambios fueron llevados a cabo en constante coordinación con las Autoridades norteamericanas (SEC, DoJ), que involucró el cumplimiento de las recomendaciones de estas Autoridades, dentro de las que se encontraba el cambio de los miembros del Directorio.
- Nueva Gerencia, traída de fuera de la organización.
- Revisión radical del sistema de compliance, consistente en tres pilares: prevenir, detectar y responder. El cumplimiento con la regulación fue parte de la evaluación de desempeño y del pago de bonos. El departamento de Compliance fue reforzado.
- Contrató a Davis Polk & Wardwell, uno de las firmas más prestigiosas para su defensa.

Siemens afirma hoy en día que *el Compliance es la manera de hacer negocios en Siemens*. (Astudillo, 2016, p. 247). El cambio implementado por Siemens se hace público a través de los reportes que publican de forma anual, como parte de sus obligaciones de empresa que cotiza en Bolsa, en estos reportes se evidencia la estrategia de la empresa para recuperar y mantener la confianza de la población, así como su trabajo para gestionar su actividad dentro del marco legal y de los principios éticos.

Actualmente Siemens sigue siendo parte de la lista de proveedores de productos y servicios que utilizar el gobierno norteamericano. Su modelo de compliance es reconocido como uno de los más efectivos y su recuperación de uno de los escándalos de corrupción más grandes de la historia es reconocida ampliamente.

2.2 Odebrecht

Odebrecht S.A. fue fundada en Brasil en el año 1923, perteneciente al rubro de la ingeniería y construcción, inició como una empresa familiar llegando a ser uno de los grupos empresariales con mayor poder económico en Latinoamérica. La internacionalización de Odebrecht llega con la obra realizada en Perú: Proyecto Hidroeléctrico Charcani V.

Odebrecht pasó de ser una de las empresas con mayor reputación en su rubro a ser protagonista de uno de los escándalos de corrupción más grandes de Latinoamérica, que ha llegado incluso a gatillar procesos de vacancia presidencial luego de las declaraciones

que va realizando Marcelo Odebrecht como parte de su acuerdo con el Departamento de Justicia de Estados Unidos. Como nos resume Franciso Durán en su libro "Odebrecht", *"entre 2013 y 2014, Odebrecht reconoció haber pagado 788 millones de dólares en sobornos a presidentes y funcionarios en once países latinoamericanos y, en África, en Angola y Mozambique (...)* Para seguir operando Odebrecht acordó pagar multas en tres países por 2600 millones". (2018, p. 28)

Según las investigaciones realizadas al caso Odebrecht y que resumen Jonathan Devore en su texto "Odebrecht's original sins: Another case for reparations:

Under Marcelo Odebrecht's leadership, Odebrecht had created an off-the-books unit called the "Division of Structured Operations" or what one U.S. Justice Department official described as a "Department of Bribery." The sole purpose of the division was to distribute bribes to government officials to rig the bidding for construction contracts. The division was established in 2006, but effectively began its maneuvers as early as 2001 by operating through numerous shell companies across multiple countries¹⁷. (2017, p. 409)

La existencia de la División de Operaciones o también conocida como Caja 2 evidenciaba lo intrínseco de los actos de corrupción aceptados y puestos en práctica por la organización.

Respecto de los cambios que la Odebrecht está llevando a cabo para enfrentar el impacto que se ha generado por el descubrimiento de la participación en negocios ilegales por parte de sus líderes, Odebrecht ha creado en su portal web una sección denominada "nuestro compromiso", en donde resume las acciones que está implementando como parte de su reforma. Así al igual que Siemens, Odebrecht informa en su portal web que *"en diciembre de 2016 firmó un acuerdo de colaboración con autoridades brasileñas, estadounidenses y suizas, y emitió un comunicado donde pide disculpas al público por los actos ilícitos cometidos en el pasado"* (Nuestro Compromiso, Portal Web Odebrecht)¹⁸ el link par el portal. De igual manera se indica en dicho Portal web, que *"Odebrecht está trabajando en reforzar medidas de Gobernanza y Conformidad alineadas con los más*

¹⁷ Bajo el liderazgo de Marcelo Odebrecht, Odebrecht había creado una unidad extraoficial llamada "División de Operaciones Estructuradas" o lo que un funcionario del Departamento de Justicia de los Estados Unidos describió como un "Departamento de Soborno". El único propósito de la división era distribuir sobornos a funcionarios del gobierno para manipular la licitación de contratos de construcción. La división se estableció en 2006, pero efectivamente comenzó sus maniobras ya en 2001 operando a través de numerosas compañías fantasmas en varios países. (Traducción propia)

¹⁸ Para mayor información visitar: <https://www.nossocompromisso.com/es/>

altos estándares de exigencia. Este proceso incluye la llegada de miembros independientes a los Consejos de Administración del Holding y de todos los Negocios, la aprobación de un Sistema de Conformidad robusto, la creación del Consejo Global y la actuación de monitores externos como parte del Acuerdo de Indulgencia firmado, entre otras importantes acciones". (Nuestro Compromiso, Portal Web Odebrecht)¹⁹

De igual manera, Odebrecht publica en su portal los componentes de su compromiso con el futuro, donde se indica lo siguiente²⁰:

1. Luchar contra la corrupción y no tolerarla en cualquiera de sus formas, inclusive extorsión y soborno.
2. Decir no con firmeza y determinación a oportunidades de negocio que entren en conflicto con este Compromiso.
3. Adoptar principios éticos, íntegros y transparentes en el relacionamiento con agentes públicos y privados.
4. No invocar jamás condiciones culturales o usuales del mercado como justificativa para acciones indebidas.
5. Asegurar transparencia en las informaciones sobre Odebrecht, que deben ser precisas, amplias y accesibles, y difundidas de forma regular.
6. Ser consciente de que desvíos de conducta, ya sea por acción, omisión o complacencia, agreden a la sociedad, hieren a las leyes y destruyen la imagen y la reputación de toda la Organización Odebrecht.
7. Garantizar en Odebrecht y en toda la cadena de valor de los Negocios la práctica del Sistema de Conformidad, siempre actualizado con las mejores referencias.
8. Contribuir individual y colectivamente a cambios necesarios en los mercados y en los ambientes donde pueda haber inducción a desvíos de conducta.
9. Incorporar en los Programas de Acción de los Integrantes la evaluación de desempeño en el cumplimiento del Sistema de Conformidad.
10. Tener la convicción de que este Compromiso nos mantendrá en el rumbo de la Supervivencia, del Crecimiento y de la Perpetuidad.

La apertura de Odebrecht hacia sus acciones de cambio, así como a sus políticas internas a través de sus publicaciones en su página web demuestra que nuestra propuesta de asociar el Programa de Compliance Ex-Post con los principios de transparencia que promueve el Buen Gobierno Corporativo sí puede ser una herramienta útil para compartir con el público las acciones tomadas, los resultados obtenidos, más aún considerando que Odebrecht no es una empresa que cotice en bolsa por lo que transparentar esta información es una iniciativa que seguramente esperan que ayude a reconstruir su imagen

¹⁹ Para mayor información visitar: <https://www.nossocompromisso.com/es/>

²⁰ Para mayor información visitar: https://www.odebrecht.com/sites/default/files/politica_sobre_conformidade_esp.pdf

en la población. Odebrecht sigue actualmente con su actividad comercial que le permite el Acuerdo de Colaboración Eficaz que suscribió en diciembre de 2018, mediante el cual “Odebrecht se compromete a brindar información relevante sobre los actos ilícitos que involucran a funcionarios públicos de Perú a cambio entre otras cosas de continuar con su actividad y así poder hacerse cargo del pago de la multa impuesta por el Estado”. (portal web IDL - Reporteros)²¹

2.3 Graña y Montero (GyM)

Graña y Montero (GyM), es una empresa peruana, fundada en 1933, que tiene como objeto de negocio el desarrollo de actividades de Ingeniería y Construcción, Infraestructura e Inmobiliaria. GyM ha participado en las principales obras de infraestructura nacional, desde la construcción de los edificios del Banco Central de Reserva del Perú, Ministerios, a la ejecución de Proyectos de intercambio vial o implementación de plantas de explotación de petróleo, entre otros.

En 2017, GyM se vió involucrada en noticias negativas por su relación comercial con la compañía brasilera Odebrecht. Según declaraciones de Jorge Barata, ex Director de Odebrecht en Perú, los sobornos pagados a funcionarios de gobierno para la adjudicación de contratos con el Estado habrían sido de conocimiento de GyM al punto de que GyM habría cedido parte de sus ingresos a favor de Odebrecht para cubrir el pago de estos sobornos²².

Como consecuencia de su involucramiento en el escándalo de Odebrecht, el valor de su acción cayó de forma estrepitosa, lo que a diferencia de otras caídas que tuvo desde su apertura al mercado, sería más difícil de manejar dado que en esta oportunidad provendría de temas asociados a corrupción mientras que en anteriores oportunidades se habría debido a temas coyunturales, fuera de su alcance de control²³. Adicionalmente a la caída del valor de su acción, dos de sus Directivos se encuentran actualmente bajo investigación por los delitos de colusión y lavado de activos. Se le imputa a los Directivos

²¹ Para mayor información visitar: <https://idl-reporteros.pe/el-acuerdo/>

²² Para mayor información visitar: <https://rpp.pe/economia/economia/los-7-golpes-que-sufrio-grana-y-montero-por-el-caso-odebrecht-noticia-1092474>

²³ Para mayor información visitar: <https://gestion.pe/economia/empresas/acciones-grana-montero-desploman-peru-suspension-bolsa-nueva-york-233956-noticia/>

de GyM que siempre tuvieron conocimiento de las formas turbias que utilizaba su “socio” Odebrecht para obtener las licitaciones públicas²⁴.

Para sobrevivir a esta crisis, GyM ha mostrado indicios de demostrar que su compañía puede subsistir y aprender de los errores. Por ahora se informa en su Portal Web, que por cierto ha tenido mejoras entre la información publicada en el año 2018 y el año 2019, los cambios que han venido realizando hasta el momento, resaltando así los cambios de su Plana del Directorio y del Gerente General. Al igual que Siemens indican además en su Portal la creación de un área de riesgos y cumplimiento señalando el número de empleados de dicha área²⁵, lo cual se podría entender que buscaría demostrar la inversión realizada en implementar unidades de control adecuadas con recursos humanos suficientes para aportar en la reconstrucción de la imagen de la empresa. De igual manera, se publica en este Portal Web los resultados de su gestión de Cumplimiento hacia finales del 2017 y 2018, indicando que han llevado a cabo en promedio más de 8,834 horas de capacitación sobre temas éticos, código de conducta, uso del canal ético y temas de anticorrupción²⁶. Se observa en particular que al igual que Odebrecht, la más reciente versión del Portal Web de Graña y Montero hace un breve mea culpa sobre la situación que los impactó en estos dos años, indicando que *“El Grupo Graña y Montero experimentó en los dos últimos años una profunda crisis financiera y reputacional cuyo origen estuvo en nosotros mismos, en un proceso de toma de decisiones que esquivó el espíritu y principios de buen gobierno corporativo y cumplimiento de la organización, priorizando la rentabilidad económica en lugar de la coherencia en nuestras acciones”*²⁷.

En conclusión, la revisión de los tres casos tomados como relevantes para este artículo de investigación evidencia lo que puede lograr el compromiso del “Top of the house” o Directorio y Alta Gerencia con los cambios que la organización requiere, aún si éstos representan una alta inversión de tiempo y de dinero, como sucedió con Siemens donde se puede inferir de todas las medidas tomadas que no tuvieron límites en lo que concernía a su reestructuración y replanteamiento de su ambiente de control. Odebrecht aún se encuentra en etapas iniciales pero ya muestra su iniciativa de ser transparente en la publicación de sus iniciativas de cambio, lo que como mencionábamos como propuesta en

²⁴ Para mayor información visitar: <https://diariocorreo.pe/economia/acciones-de-grana-y-montero-caen-tras-declaraciones-del-jorge-barata-883386/>

²⁵ Para mayor información visitar: <https://www.granaymontero.com.pe/nuestra-transformacion/>

²⁶ Para mayor información visitar: <https://www.granaymontero.com.pe/nuestra-transformacion/>

²⁷ Para mayor información visitar: <https://www.granaymontero.com.pe/nuestra-transformacion/>

el marco teórico de este artículo, es relevante también para empresas que no siguen en teoría una implementación de Buen Gobierno Corporativo, al no tener valores que se coticen en Bolsa. Con la transparencia que demuestra Odebrecht estaría buscando conseguir el mismo fin que siguen aquellas empresas que cotizan en bolsa, esto es, generar confianza en la gente, reconstruir reputación, aceptación y mostrar sostenibilidad. Para el caso de Graña y Montero, el tema se evidencia aún de forma incipiente, probablemente porque aún forman parte de una investigación en curso al cierre de este artículo, sin embargo, consideramos que podrían ser más proactivos y trabajar sobre el modelo que utilizan tanto Siemens como Odebrecht, pero ajustado a su tamaño y complejidad, ya que aquellas resultan ser organizaciones transnacionales cuyo impacto en su gestión de control requiere de más recursos.



CAPÍTULO III: PROPUESTA PARA EL PROGRAMA DE COMPLIANCE EX-POST

Como se ha planteado en los capítulos anteriores, los Programas de Compliance son de gran relevancia y utilidad en las empresas siempre que no sean simples formatos o declaraciones que sigan plantillas generales sin considerar las particularidades presentes en cada empresa. Si bien su contenido puede partir como general y buscar cubrir todos los riesgos que la actividad de la empresa considera como inherentes, para efectos de nuestra propuesta es importante reconocer la importancia de trabajar un Programa de Compliance específico más extenso para el tratamiento del riesgo de corrupción en el caso de empresas que sí reconocen que tienen este riesgo de una forma más significativa.

En ese extremo se considera válida la propuesta que plantea la ISO 37001 sobre sistemas de anticorrupción donde incluye dentro de los pilares de los programas de compliance transversales a toda organización, “la debida diligencia en proyectos y socios comerciales, así como controles financieros, comerciales y contractuales”. Esto en nuestra opinión es clave para este tipo de programas ya que representan justamente los focos de riesgo en la interrelación comercial con el Estado. Por un lado definir parámetros de debida diligencia en la oferta de servicios o productos al Estado permitirá asegurar la forma objetiva en la que se lleva a cabo la actividad comercial, por ejemplo quedará documentado la determinación y acuerdo del precio, las características del servicio o producto, asimismo, en lo correspondiente a la debida diligencia de socios comerciales reforzará el conocimiento de éstos para confirmar si se encuentran en línea con la cultura de la empresa o si caso contrario resultaría perjudicial firmar un acuerdo comercial.

De igual manera, la exigencia de controles a nivel contractual es fundamental ya que la incorporación de cláusulas de anticorrupción en los contratos es evidencia del interés y relevancia que la empresa considera para evitar incurrir en algún acto de este tipo o de evitar que se vea involucrado por acciones de terceros. Finalmente, los controles financieros son por demás importantes ya que permitirán marcar una trazabilidad de los gastos que utiliza e invierte la empresa. Sobre esto último la FCPA establece que “los

gastos por concepto de entretenimiento de funcionarios públicos deben registrarse como tales y no ocultarlos en el costo del producto”²⁸ (portal web FCPA).

Ahora bien, hasta ahora hemos hablado de forma breve de lo que un Programa de Compliance representa y de los componentes específicos que se recomiendan cuando se cubre en particular el riesgo de corrupción en las empresas y su interacción con el Estado y sus representantes. Esto pasa entonces a tener aún consideraciones adicionales cuando hablamos de los Programas de Compliance Ex-Post.

Como planteamos en la hipótesis de este trabajo de investigación, la utilidad o beneficios de los Programas de Compliance es indiscutible, más aún en contextos actuales donde el brazo legislativo del Estado ha demostrado deficiencias. No obstante, el contexto social nos brinda además un escenario particular que demanda de estos Programas una ampliación de su utilidad, propuesta en nuestra hipótesis como una forma de combatir el impacto negativo que las empresas puedan haber recibido una vez que el acto de corrupción haya sido identificado en su organización. Esta situación resulta de mayor utilidad cuando hablamos de lo ocurrido en el plano local donde desde hace unos años atrás la revelación de la corrupción como parte de la forma natural de llevar a cabo negocios ha sido puesta al descubierto. Cobra aún más relevancia la necesidad de administrar riesgos de corrupción desde el sector privado, con la publicación de la Ley N° 30424 que no descarta la posibilidad de reconocerle valor a los Programas de Compliance aun cuando son implementados después de la ocurrencia del delito.

Todo esto nos lleva a considerar que los Programas de Compliance, en particular los Ex-Post, pueden aportar a la empresa involucrada en temas de corrupción no sólo a renovar el compromiso con los stakeholders o grupos de interés, sino que logre alcanzar mitigar el impacto en su organización y le permite seguir con su objetivo social. Como se presentó en el capítulo dos de este trabajo, la experiencia del caso Siemes por un lado demostró que el fortalecimiento de sistema de compliance en dicha empresa fue determinante para que su involucramiento en temas de corrupción no haya llevado a la empresa a la desaparición. De igual manera vimos que, aunque en etapas iniciales, Odebrecht también ha declarado su compromiso en seguir trabajando para asegurar un ambiente de cumplimiento con sus obligaciones. Así, nuestra hipótesis se puede considerar acertada, y

²⁸ Para mayor información visitar: <http://fcpamericas.com/spanish/aspectos-clave-de-las-disposiciones-contables-de-la-fcpa/#>

por lo tanto se puede afirmar que los Programas de Compliance pueden extender sus beneficios más allá de la prevención. Dado que forma parte de la autorregulación, tiene así la libertad de adaptarse a las situaciones que las empresas puedan estar atravesando.

En este contexto entonces desarrollamos a continuación lo que consideramos serían los principios básicos de un Programa de Compliance Ex-Post podría contemplar:

a) Compromiso del Directorio y Alta Gerencia

Se debe asegurar el compromiso del Directorio y Alta Gerencia en las medidas que la empresa defina para combatir el impacto que generó el involucramiento de la empresa en los eventos de corrupción.

Este involucramiento va a tener un impacto positivo en el fomento de la Cultura de Cumplimiento dentro de la organización, ya que a diferencia de lo que vimos sobre Lehman Brothers, los principios que la empresa defina se espera que sean de cumplimiento de absolutamente todos los miembros de la organización, sin distinción de cargo o posición. Uno de los errores cometidos en Lehman Brothers, y que mencionamos en nuestro capítulo 1 fue que los principios de la empresa definía podían a su vez ser suspendidos siempre que el Directorio así lo considerara, lo cual evidenciaba una falta de compromiso real con los “principios” de la empresa.

La relevancia de un Programa de Compliance Ex-Post como herramienta para evitar la extinción de una empresa es tal que se espera la participación genuina de la Dirección y Alta Gerencia, esto es el principal punto de partida que se debe considerar. Se puede tomar como modelo el caso de Siemens, donde el lema de la empresa, impulsada por los altos mandos de dirección de la empresa fue la de cero tolerancia a actos ilegales.

Este compromiso se debe ver reflejado en la designación de un responsable del Programa de Compliance Ex-Post, suficientemente capacitado, independiente y dotarlo de los recursos necesarios para poder llevar a cabo su función, ya que una forma de evidenciar una falta de compromiso real es crear funciones sólo de pantalla.

b) Re-calibración de la evaluación de los riesgos

Este aspecto es básico de todo Programa de Compliance, pero en el caso particular de los Programas de Compliance Ex-Post lo que se propone es que se encuentre aterrizado al riesgo particular de corrupción. Así, el proceso de identificación de riesgos debe considerar principalmente aquellos procesos en los que este riesgo está presente, por ejemplo, se evalúa como mínimo el proceso de postulación a concursos públicos, participación de intermediarios o asesores en la relación con el Estado, formas de contacto con los funcionarios públicos, invitaciones permitidas, entre otros.

Para llegar a esta definición se requiere de un conocimiento profundo del funcionamiento y organización de la empresa, de ahí que este principio se entrelaza con el involucramiento de la Alta Gerencia ya que ello permitirá impulsar la colaboración de toda la organización para la apertura de sus procesos internos en el trabajo de identificación de riesgos. La identificación de los riesgos es fundamental, ya que la misma experiencia permitirá re-calibrar la valoración de los riesgos e incluir las situaciones que pueden poner en mayor situación de vulnerabilidad a la empresa.

Una vez identificadas las áreas de riesgo, se debe proceder a su evaluación, tomando en cuenta por ejemplo lo que el Reglamento de la Ley N° 30424 propone en su artículo 19° donde considera dos elementos aplicables en el proceso de evaluación de riesgos: probabilidad y consecuencia.

El resultado de esta evaluación de riesgos permitirá que se desarrollen y apliquen los controles que mitiguen los riesgos de la manera más adecuada. En los Programas de Compliance Ex-Post, los controles deben apuntar como mínimo a que las condiciones que generaron la situación actual no se repitan, más allá de incorporar nuevos como resultado de la recalibración de los riesgos.

c) Reformulación del lenguaje de políticas internas.

En un Programa de Compliance Ex-Post es necesario plantearse una evaluación de la estructura normativa interna y de su propio contenido, ya que es evidente que la forma en como estaba definida no fue suficiente para calar en el espíritu de la organización. De esta manera, se debe buscar el mensaje que se quiere alcanzar sea claro a lo largo de

toda la regulación interna. La existencia de un alto número de documentos no es determinante para conseguir lo que la esencia de los Programas de Compliance buscan conseguir. Basta con que el lenguaje en el que éstos son trabajados sea lo suficientemente claro y sencillo de comprender para que la organización pueda realmente tomarlo como punto de referencia. La simplicidad en la estructura mediante la cual las empresas proponen el abanico de políticas que forman parte del Programa de Compliance puede llevar a la empresa a transmitir de forma más clara las situaciones no permitidas y las formas de actuar que cada miembro de la organización debe considerar en el curso regular de sus funciones.

En caso ya exista una Política de Anticorrupción que forme parte del Programa de Compliance, se deberá realizar una actualización a dicho documento en línea con lo planteado en el párrafo anterior. En caso de no existir, la situación que la empresa está enfrentando es una buena oportunidad para elaborar un documento que cubra en particular el riesgo y que forme parte del Programa de Compliance Ex-Post en su conjunto.

d) Programas de capacitación

Dentro del Programa de Compliance Ex-Post se debe incorporar un Programa de Capacitaciones que busque cubrir los aspectos que se consideraron como débiles en la evaluación de los riesgos por lo cual deban ser más trabajados.

En un reciente artículo (31 de octubre de 2019) del diario online “The National Law Review” se hizo referencia a las expectativas que por ejemplo guarda la U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) sobre los programas de capacitación en las empresas bajo su supervisión, indicando así que: “What we see a lot is companies coming in and presenting these really impressive statistics, like 99.2% of this group has training... That doesn't tell us much. We need to know that the training is well tailored to the specific function(...) An example he gave was that sales people working in high-risk jurisdictions require more sophisticated training than sales people working in the U.S.”²⁹

²⁹ Lo que vemos bastante son compañías viniendo y presentando estas realmente impresionantes estadísticas, como 99.2% de este grupo ha sido entrenado... Eso no nos dice mucho. Nosotros necesitamos que los entrenamientos estén bien adaptados a la función específica (...) un ejemplo que dio fue que los

De igual manera, el aporte de Siemens sobre este punto es relevante ya que como se presentó en el capítulo 2 de este trabajo de investigación, ellos optaron por implementar un programa de entrenamiento principalmente presencial, lo cual favorecería el entendimiento e interiorización de los temas tratados en estas sesiones. No se descartan las capacitaciones on-line pero se recomienda que los temas que resulten más complejos formen parte de las sesiones presenciales.

Se debe considerar además que las capacitaciones incluyan en su mayoría casos prácticos más que definiciones teóricas, ya que, de esa manera, los miembros de la organización van a tener más claridad sobre cómo actuar en determinadas situaciones. Es más fácil aprender con el ejemplo que con la teoría.

e) Transparencia de aspectos relevantes

Este punto es el que a nuestra opinión marca la diferencia más grande en un Programa de Compliance Ex-Post. A diferencia del resto de Programas de Compliance, en las circunstancias que busca subsanar el Programa Ex-Post, la publicidad de los cambios implementados aporta un reconocimiento que es fundamental.

Así, para poder evidenciar las gestiones de renovación de la cultura de la empresa, que el regulador y la sociedad acepten como válido y suficiente para permanecer en actividad, se plantea como necesario que las empresas adopten como parte del Programa de Compliance Ex-Post el principio de “Divulgación de Información y Transparencia” que recoge la OCDE, la misma que forma parte de los Principios de Buen Gobierno Corporativo, aplicable independientemente de si la empresa cotiza o no en Bolsa. Este principio permitirá demostrar el replanteamiento del sistema de control y del Programa de Compliance, así como su sostenibilidad al incluir dentro de su información resultados de la ejecución de sus controles, sin considerar por supuesto información sensible o de carácter reservado. Sobre este punto, la OCDE refiere que:

vendedores que trabajan en jurisdicciones de alto riesgo requieren entrenamientos más sofisticados que los vendedores que trabajan dentro de EEUU. (Traducción propia) Para mayor información visitar: <https://www.natlawreview.com/article/so-you-think-tailored-fcpa-training-does-not-matter-think-again>

“Un régimen exigente de divulgación de información que promueva una transparencia real es una característica crucial para una supervisión de las sociedades por parte del mercado y resulta esencial para que los accionistas puedan ejercer sus derechos con conocimiento de causa. La experiencia demuestra que la publicidad de la información puede ser también un instrumento poderoso para influir en el comportamiento de las empresas y proteger a los inversores. Un régimen de divulgación exigente puede ayudar a atraer capital y a que los mercados mantengan la confianza.” (OCDE, p. 42)

Como hemos mencionado en este trabajo, tanto Siemens como Odebrecht y Graña y Montero están utilizando sus propias plataformas de internet para mostrar a la ciudadanía los cambios que han implementado y que siguen haciendo como consecuencia de los actos de corrupción en los que se vieron involucrados. Esto combate las prácticas anteriores donde la forma en cómo se llevaban a cabo sus negocios era privada para encubrir los actos de corrupción ya conocidos.

En líneas generales la interacción entre Buen Gobierno Corporativo y el Compliance, para todos los casos, no sólo para empresas que coticen en bolsa, será de mucha utilidad para que las empresas logren estabilizarse y demostrar el replanteamiento de sus objetivos, ya que la reputación se construye a partir de lo que se observa, de lo que se evidencia.

f) Monitoreo continuo

Los Programas de Compliance Ex-Post deben incluir procesos de monitoreo sobre los resultados de los controles implementados, con la finalidad de asegurar que siguen siendo efectivos en el tiempo o que por el contrario deben ser modificados.

La continuidad de estos monitoreos va a depender de la periodicidad en que los riesgos se puedan presentar, es decir que si la empresa implementó un control que cubre una actividad que presenta riesgo inherente alto porque su periodicidad es semanal, entonces el monitoreo debe ser cuando menos semanal para poder tener una ventana prudente de identificación de situaciones que deban ser corregidas o ajustadas.

g) Certificación independiente del Programa

Si bien la regulación local no requiere que los Programas de Compliance pasen por un proceso de certificación independiente, es una forma de demostrar que la empresa está orientando todos los recursos necesarios para demostrar su intención de corregir los daños y no volver a cometerlos.

Los costos que estas certificaciones pueden representar para las empresas son definitivamente un aspecto importante a considerar y que va en línea con el tamaño de la empresa y con el tamaño del impacto que busca enfrentar, sin embargo reconocer que la corrupción es un mal que genera un impacto que traspasa el plano privado de las empresas y que termina por trasladar costos que asumen los grupos más vulnerables en cada país, debe tener un peso importante cuando se evalúe la necesidad de ir por el camino de la certificación independiente de los Programas.

Cuando se describieron en el capítulo 2 las medidas que Siemens llevó a cabo para reconstruir su imagen se pudo conocer que la inversión económica que realizó esta empresa, aún si no se conoció monto, se podía inferir como significativa ya que el tamaño del cambio en organización, en asesorías externas, no podía conllevar a algo menor. Ese es el tipo de inversión que podría reforzar el interés de cambio de parte de estas empresas.

CONCLUSIÓN

El presente trabajo de investigación surgió de la necesidad de explorar los beneficios de los Programas de Compliance con la finalidad de confirmar si éstos podían ir realmente más allá de su conocido aporte a la prevención de delitos, específicamente el delito de corrupción para efectos de nuestra hipótesis, evaluando así la posibilidad de si era conveniente o no implementar un Programa de Compliance que denominamos “Ex-Post”, para ser utilizado no de forma preventiva sino cuando el involucramiento de una empresa a hechos relacionados con el delito de corrupción ya se ha dado y la empresa busca recuperarse de los efectos negativos generados por dicho involucramiento.

Al respecto, el marco teórico investigado en este trabajo, así como la doctrina analizada nos permite concluir que sí existe una base sobre la cual los Programas de Compliance encontrarían espacio para desarrollarse y puedan llegar a alcanzar un mayor protagonismo dentro de las Empresas, dentro de los límites que le permite la autorregulación. Ello se ve impulsado también por el incentivo que existe de parte del regulador local, que reconoce la importancia de tener los Programas de Compliance implementados, precisamente la regulación sobre responsabilidad jurídica de las personas jurídicas revisado en el presente trabajo establece que la Autoridad puede exonerar de dicha responsabilidad a aquellas empresas que hayan implementado Modelos de Prevención de forma previa a la comisión del delito, mientras que la implementación posterior será considerada como un atenuante. En cualquier supuesto, representa un beneficio.

De igual manera, la revisión de la casuística internacional nos permite reconocer los resultados obtenidos a partir de la implementación de Programas de Compliance Ex-Post, el caso de Siemens representa el mejor ejemplo por tener varios años de sostenibilidad en el cambio que implementaron a consecuencia de los escándalos de corrupción en los que se vieron involucrados.

La efectividad de estos Programas Ex-Post se concluye como real, no obstante, los criterios adicionales planteados en el Trabajo, como la comunión entre el Compliance y los criterios de Buen Gobierno Corporativo, así como los criterios propuestos como contenido mínimo de dichos Programas, permitirán fortalecer aún más la finalidad de los

Programas Ex-Post, ya que uno de los principales componentes específicos en estos escenarios es la Transparencia, que demuestra que las actividades de la empresa se realizan de forma adecuada, de esa manera, se restablece la confianza que los actos anteriores de corrupción pudieron generar.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. Libros

1. Asociación Española de Compliance
2017 *Libro Blanco sobre la función de Compliance*. España. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<https://www.froet.es/wp-content/uploads/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM-032017.pdf>
2. BISHOP, Toby and HYDOSKI, Frank E.
2010 *Capacidad de recuperación empresarial : administración del creciente riesgo de fraude y corrupción*. Bogotá, Colombia: ECOE.
3. DURAND, Francisco.
2018 *Odebrecht, La Empresa que capturaba Gobiernos*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pucp.
4. EGGERT, Mathias
2014 *Compliance management in financial industries: a model-based business process and reporting perspective*. Consulta: 15 de diciembre de 2019
Dirección URL:
<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-03913-8.pdf>
5. HURTADO, José. (Director)
2016 *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pucp.
6. PELLEGRINI, Lorenzo
2011 *Corruption, Development and the Environment*. Consulta: 15 de diciembre de 2019
Dirección URL:
<https://link-springer-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/content/pdf/10.1007%2F978-94-007-0599-9.pdf>
7. QUIROZ, Alfonso
2018 *Historia de la corrupción en el Perú*. Segunda Edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos

II. Artículo en libro

8. NIETO, Adán.
2016 "Problemas Fundamentales del Cumplimiento Normativo en el Derecho Penal". En *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pucp, pp. 171-200.
9. ARTAZA, Osvaldo.
2016 "*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 jurídico penal” En Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pucp, pp. 201-231.

10. ASTUDILLO, Guillermo.

2016 *“Hacia la implementación de los Programas de Cumplimiento (Compliance) en el Perú”* En Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial Pucp, pp. 233-258.

III. Artículos en Revistas, Boletín y otros similares

11. ARRIBAS-URRUTIA, Amaia.

2016 *“Buen gobierno corporativo para la construcción de una reputación. La ética en las organizaciones”*. Comhumanitas: Revista Científica de Comunicación, volumen 7, número 1, pp. 77-88. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=3011708d-b490-4526-9f26-2a83bc5f91a1%40sessionmgr4006>

12. BERGHOFF, Hartmut

2018 *“Organized irresponsibility”? The Siemens corruption scandal of the 1990s and 2000s*. Business History. Volumen 60, número 3, pp. 423-445. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<https://www.tandfonline-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/doi/pdf/10.1080/00076791.2017.1330332?needAccess=true>

13. BLANC, Renata y Otros

2019 *“Disclosure Responses to a Corruption Scandal: The Case of Siemens AG”*. Journal of Business Ethics. Volumen 156, número 2, pp. 545-561. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1007/s10551-017-3602-7>

14. BUSSMANN, Kai y NIEMECZEK, Anja.

2017 *“Compliance through Company Culture and Values: An International Study Based on the Example of Corruption Prevention”*. Journal of Business Ethics. Alemania, volumen 157, número 3, pp. 797-811. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<https://link-springer-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/content/pdf/10.1007%2Fs10551-017-3681-5.pdf>

15. CASAS, Ismael

2011 *“¿Sirve de algo un programa de Compliance Penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en LA LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”*. Actualidad Jurídica (URIA & MENENDEZ). Número 28, pp.26-47. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=6&sid=020f5f8f-dd70-4874-948c-b8725bb0c5c7%40sessionmgr101&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZSZZY29wZT1zaXRl#AN=78047234&db=fua>

16. CHANJAN, Rafael.

2017 “*El Correcto funcionamiento de la administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*”. Derecho Penal y Criminología. Lima, volumen 38, número 104, pp. 121-150. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&sid=b9e9687a-1da3-42fd-94a4-44666511d446%40pdc-v-sessmgr01>

17. CHOPRA, Kashish.

2017 “*The Pareto Principle in Leveraging Dynamic Compliance Program Effectiveness*”. Journal of Health Care Compliance. Volumen 19, número 1, pp. 23-53. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=eef31288-8379-40f8-84c9-39b3c5a044c1%40pdc-v-sessmgr05>

18. CLAVIJO, Camilo

2014 “*Criminal compliance in the peruvian criminal Law*”. Derecho PUCP. Lima, número 73, pp. 625-647. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11321/11830>

19. DEVORE, Jonathan

2017 “*Odebrecht’s Original Sins: Another Case for Reparations*”. NACLA Report on the Americas. Volumen 49, número 4, pp. 408-415. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<https://www-tandfonline-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/doi/pdf/10.1080/10714839.2017.1409011?needAccess=true>

20. HOPT, Klaus

2012 “*Gobierno corporativo: un debate nacional e internacional*”. IUS ET VERITAS. Lima, volumen 22, número 45, pp. 96-119. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11992>

21. LEIVA BÜCHI, Rodrigo

2009 “*Riesgos financieros después de la crisis subprime*”. Contabilidad y Negocios. Lima, volumen 4, número 8, pp. 18-22. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/view/932>

22. LÓPEZ JIMÉNEZ, David.
2012 “*Autorregulación en el ámbito de las sociedades cotizadas: Notas en torno al Buen Gobierno Corporativo en España y Europa*”. Consensus (16803817). Volumen 17, número 1, pp. 75-86. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=d9cba4cf-abc1-4b29-a44e-7d9f07b733a3%40pdc-v-sessmgr06>
23. MADRID, Cecilia y PALOMINO, Walter.
2019 “*Análisis de la tipificación de la corrupción privada en el Perú: ¿una estrategia global contra la corrupción también debe involucrar a los particulares? ¿y a las empresas?*”. IUS ET VERITAS. Lima, número 58, pp. 32-54. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/21264/20954>
24. MARMOR, Adrei
2019. “*Soft Law, Authoritative advice and Non-binding Agreements*”. Oxford Journal of Legal Studies. Volumen 39, número 3, pp. 507–525. Consulta: 15 de diciembre de 2019.n
Dirección URL:
<https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1093/ojls/gqz009>
25. MARTÍNEZ, León y OLMEDO, Cifuentes
2009 “*La medici de la Reputaci Empresarial: Probl tica y Propuesta*”. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa. Volumen 15, número 2, pp. 127-142. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<https://www-sciencedirect-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/science/article/pii/S1135252312600938?via%3Dihub>
26. MIRALLES-MARCELO, José; Del Mar y DAZA-IZQUIERDO, Maria.
2014 “*Reputaci n corporativa y creación de valor para el accionista*”. Universia Business Review. Número 44, pp. 16-33. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<http://web.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=e2449fd0-9652-44d1-bc69-52380359a5c3%40pdc-v-sessmgr05>
27. MUÑOZ GARCÍA, Miguel.
2019 “*Fundamentos para una interpretación alternativa de la cláusula del interviniente según la teoría de los delitos especiales*”. Derecho Penal y Criminología. Volumen 39, número 106, pp. 13-53. Consulta: 15 de diciembre de 2019.
Dirección URL:
<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=16&sid=020f5f8f-dd70-4874-948c-b8725bb0c5c7%40sessionmgr101>
28. NAVAS, Iván.
2018 “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena*”.

Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. Volumen 13, número 26, pp. 1027-1054. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://web.a.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=386bcec5-b672-4ea1-b091-ec9ffdfa8ce7%40sessionmgr4006>

29. NEIRA PENA, Ana María.

2016 "*La Efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*". Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. España. Volumen 11, número 22, pp. 467-520. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&sid=020f5f8f-dd70-4874-948c-b8725bb0c5c7%40sessionmgr101>

30. NIETO, Adán.

2008 "*Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*". Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales. España, número 5, A3-5, pp.1-18. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/detail/detail?vid=6&sid=b9e9687a-1da3-42fd-94a4-44666511d446%40pdc-v-sessmgr01&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2l0ZT1lZHMtbGl2ZS9yY29wZT1zaXRI>

31. OGUS, Anthony

2007 "*Estructuras e instituciones regulatorias*". THĒMIS-Revista De Derecho. Lima, número 54, pp. 273-285. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8884>

32. STEVEN, Betsy y BUECHLER, Scott

2013 "*An Analysis of the Lehman Brothers Code of Ethics and the Role It Played in the Firm*". Journal of Leadership, Accountability and Ethics. Wyoming, volumen 10, número 1, pp. 43-57. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

http://www.na-businesspress.com/JLAE/StevensB_Web10_1_.pdf

33. STERN, Gary H. y FELDMAN, Ron J.

2008 "*Too Big To Fail: The hazards of Bank Bailouts Excerpts from the 200*". Extractos del Libro del mismo nombre. Region (10453369). Volumen 22, número 1, pp. 12-17. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

<http://eds.b.ebscohost.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=56689b0c-5111-4e19-a399-a1b99c3441fb%40sessionmgr4006>

34. ZAGARIS, Bruce.

2019 "*Walmart Inc. and Brazilian Subsidiary Agree to Pay \$137 Million and Sub Pleads Guilty to FCPA Violations*". International Enforcement Law Reporter. Volumen 35, número 7, p245-247. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

Dirección URL:

https://heinonline-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/HOL/Page?Iname=Zagaris&public=false&collection=journals&handle=hein.journals/ielr35&men_hide=false&men_tab=toc&kind=&page=245

IV. Artículo en diario

35. EL PAÍS.

2007 “Siemens gastó 420 millones en sobornos”. El País. España, 10 de febrero. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

https://elpais.com/diario/2007/02/11/economia/1171148401_850215.html

36. The CPA Journal

2019 “The Volkswagen Diesel Emissions Scandal and Accountability”. The CPA Journal. Estados Unidos, Julio. Consulta: 15 de diciembre de 2019.

<https://www.cpajournal.com/2019/07/22/9187/>

V. Página web

37. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Consulta: 15 de diciembre de 2019

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf

38. Graña y Montero – Portal Web

Consulta: 15 de diciembre de 2019

<https://www.granaymontero.com.pe/inicio>

39. Odebrecth – Portal Web – Nuestro Compromiso

Consulta: 15 de diciembre de 2019

<https://www.nossocompromisso.com/es/>

40. OECD - Organization for Economic Co-operation and Development

Consulta: 15 de diciembre de 2019.

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>

41. OECD - Organization for Economic Co-operation and Development

Consulta: 15 de diciembre de 2019

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>

42. OECD - Organization for Economic Co-operation and Development - iLibrary

Consulta: 15 de diciembre de 2019

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>

43. ONG Transparencia Internacional. *Barómetro Global de la Corrupción en América Latina y El Caribe.*

Consulta: 15 de diciembre de 2019

https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2019/09/GCB_LAC_Report_ES-WEB.pdf

44. SIEMENS

Consulta: 15 de diciembre de 2019.

<https://www.siemens.com/content/dam/internet/siemens-com/global/company/sustainability/downloads/responsible-business-behavior-compliance-at-siemens.pdf>

