

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE PREVENCIÓN ANTICORRUPCIÓN EN LAS
EMPRESAS QUE CONTRATEN CON EL ESTADO**

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

AUTOR

Max Harold Vega Pauyac

ASESOR

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

LIMA – PERÚ

Octubre, 2020

RESUMEN EJECUTIVO

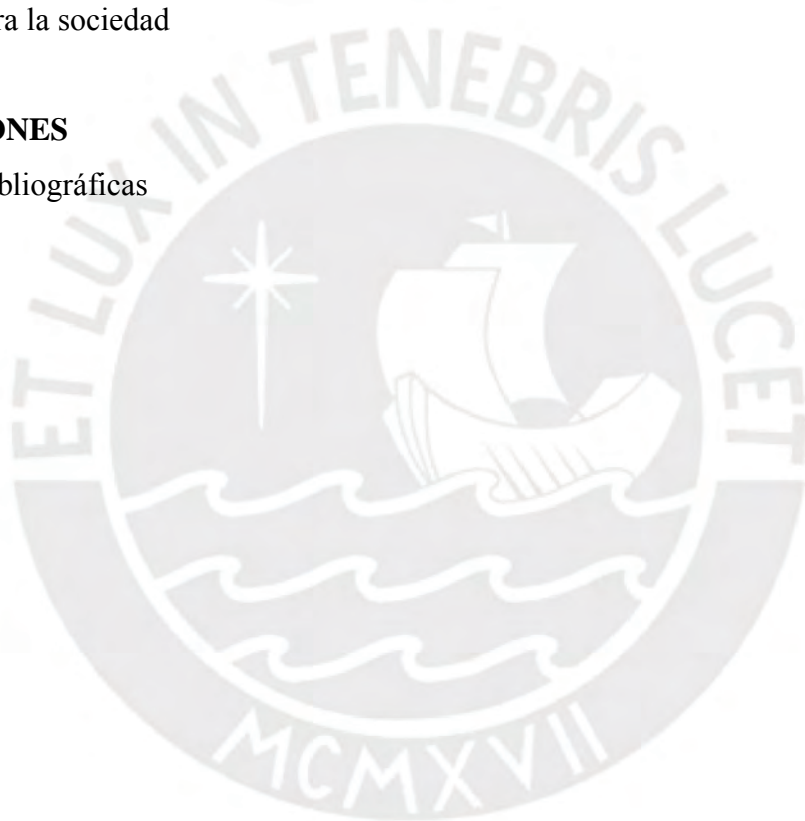
El presente trabajo tiene por finalidad proponer la creación de un sistema mixto para la implementación del modelo de prevención o *compliance* anticorrupción. Como se verá a lo largo de la investigación, el Perú tiene un serio problema de corrupción, sobre todo, en el sector de construcción de obras públicas en infraestructura. La corrupción detectada no está asociada a las normas actuales en materia de contrataciones estatales, sino a los operadores en esas contrataciones, dentro de las cuales las empresas privadas juegan un papel importante. Ante este hecho, una posible solución sería la exigencia de implementar el *compliance* anticorrupción para aquellas empresas que contratasen con el Estado para la construcción de obras públicas bajo la modalidad de licitaciones. Dicha implementación sería voluntaria para todas las demás, pero teniendo siempre presente los beneficios que esta conllevaría.



ÍNDICE

	Pág.
Resumen	1
Índice	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: ESTADO DEL ARTE	9
1.1. ¿Qué debemos entender por corrupción?	9
1.2. <i>Compliance</i>	12
1.3. Estándares internacionales de gestión	13
1.4. Gobierno corporativo	17
1.5. Autorregulación regulada del <i>compliance</i>	18
1.6. Legislación comparada	20
1.6.1. Colombia	20
1.6.2. Chile	21
1.6.3. Brasil	22
1.6.4. España	23
1.6.5. Estados Unidos de América	24
CAPÍTULO 2: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	27
2.1. Enfoque de riesgo legal	29
2.1.1. Contrataciones con el Estado	29
2.1.2. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas	33
2.1.3. Corrupción en el Perú en materia de contrataciones públicas	36
2.1.4. Caso Metro de Lima	38
2.1.5. Caso Carretera Interoceánica Sur	45
2.1.6. Otros casos investigados	48
2.2. Libre competencia y corrupción en las contrataciones estatales	50

2.3. Conclusiones del capítulo	53
CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN	56
3.1. Modelo mixto para la implementación del <i>compliance</i> anticorrupción	57
3.2. Beneficios adicionales a la implementación del <i>compliance</i> anticorrupción	64
3.2.1. Para la empresa	64
3.2.2. Para el Estado	65
3.2.3. Para la sociedad	67
CONCLUSIONES	68
Referencias bibliográficas	71



INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha visto una serie de reportajes que informaban sobre empresas nacionales y extranjeras que entregaban sumas de dinero a funcionarios públicos de alto rango, con la finalidad de adjudicarse obras u obtener alguna posición beneficiosa respecto a otras empresas de la competencia.

Casos emblemáticos, como el pago de sobornos de las empresas Odebrecht y OAS, entre otras, a funcionarios públicos para la adjudicación de diversas obras de infraestructura hacen que sea necesaria la implementación de normas anticorrupción y la reforma de varias instituciones estatales.

En este escenario, la palabra *corrupción* comienza a tener más fuerza, y no solo a nivel estatal, sino que llega a alcanzar a las grandes empresas. Es así como, en los últimos años, varias empresas vienen destinando recursos para implementar políticas internas que permitan identificar y repeler cualquier acto de corrupción dentro de su organización, siendo la norma más utilizada la de la ISO 37001-Sistema de Gestión Antisoborno.

Según Quiroz, la corrupción en el Perú no es un fenómeno reciente, sino que es un mal que ha estado siempre presente, mostrando continuidad y variabilidad desde la aparición de los estados y civilizaciones más tempranas, siendo además que, incluso en sociedades muy avanzadas, no ha sido posible erradicarla. Es un fenómeno amplio y variado que se encuentra presente no solo en el ámbito estatal, sino también en el privado, comprendiendo el ofrecimiento y recepción de sobornos, la malversación de fondos, la interesada aplicación de programas y políticas y el fraude electoral, entre otros; los cuales tienen como núcleo el abuso de los recursos públicos para el beneficio de unas cuantas personas o grupos, a costa del progreso general, público e institucional (Quiroz, 2013, p. 38-40).

Además, la corrupción es un fenómeno social, político y económico que socava las instituciones democráticas, frena el desarrollo económico y contribuye a la inestabilidad gubernamental de los países que la sufren, resultando afectados tanto el sector público como el privado en menoscabo

del bien público y debilitando la capacidad del gobierno de proporcionar servicios básicos (Lechuga, 2017, p. 86).

En esa línea, la Defensoría del Pueblo señaló que, en el 2017, el costo anual de la corrupción en el Perú fue de 12 mil 974 millones de soles, el cual representaba el 9 % del presupuesto nacional para dicho año; monto que, además, era similar al que el Estado destinó a salud (10 %) y mayor al que se invirtió en protección social (4 %), orden público y seguridad (7 %) y justicia (4 %). A estos datos se suma que en el Índice de Percepción de la Corrupción 2016, el Perú se situaba en el puesto 101 de 176 países (Defensoría del Pueblo, 2017 A, p. 5).

Como podemos apreciar, la corrupción es un mal que ha estado presente siempre, incrementando y adaptándose a las nuevas sociedades. Además de originar un costo muy alto que el Estado tiene que asumir, dejando de lado la inversión que pudiera destinarse para mejorar la calidad de vida de la población mediante la construcción de infraestructura, mejoramiento de servicios básicos (agua, luz, salud, seguridad ciudadana, etc.).

A esta situación, debemos sumarle el hecho de que nuestro país cuenta con un grave problema de institucionalidad; es decir, las instituciones que deberían ser las encargadas de velar por el correcto funcionamiento y aplicación de las normas no están trabajando de manera adecuada, siendo una de las causas la corrupción que se encuentra presente en cada una de ellas. Una muestra de esta deficiencia se ve reflejada en el Ranking Global de Competitividad del 2019, en el cual el Perú descendió dos ubicaciones, encontrándose en la posición 65 de 141 países (Gestión, octubre 2019).

La falta de institucionalidad en el país y la creciente ola de casos de corrupción que se van descubriendo hace que sea necesaria una reforma que, si bien ya comenzó de manera parcial en algunas instituciones estatales, también involucre la participación del sector privado; sobre todo, de las empresas que, en su gran mayoría, son las que originan los actos de corrupción.

Ante esta situación, y como veremos en los siguientes capítulos, varios son los países que desde hace algunos años han comenzado a promulgar normas para hacer frente a la corrupción. Estas

normas buscan identificar y sancionar aquellos actos de corrupción que se cometan en el sector público y privado, siendo este último el sector materia de análisis del presente trabajo.

Nuestro país no es ajeno a esta situación, sobre todo, en el ámbito empresarial; ya que, a partir del año 2016, contamos con una norma que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de diversos delitos, entre ellos, el delito de cohecho en todas sus modalidades; es decir, actos de corrupción entre empresas y el Estado. Un punto interesante en estas normas es la posibilidad de eximir de responsabilidad administrativa a las personas jurídicas que cometan actos de corrupción, siempre y cuando implementen un modelo de prevención previo a la comisión del delito.

Si bien el modelo de prevención puede ser de utilidad para las empresas, su implementación es voluntaria, y es aquí donde identificamos el problema. Al ser voluntario, las empresas evaluarán la posibilidad de alinear sus procesos e implementar el modelo tomando en consideración los costos y beneficios que este implicaría. En la mayoría de los casos, la decisión sería tomada en base al criterio económico, con lo cual no se llegaría a realizar su implementación, dejando abierta la posibilidad de que se comentan actos de corrupción empresarial.

Ante esta situación se pueden evaluar algunas soluciones; una de ellas, y la más drástica, sería establecer la implementación obligatoria del modelo de prevención en todas las empresas. Si bien esta medida puede resultar perjudicial para las empresas pequeñas, debido a que podría acarrear mayores costos, que no estaban previstos, y trámites administrativos, también es cierto que se contaría con una herramienta para la identificación oportuna de actos de corrupción, lo cual tendría un efecto positivo al estar evitando sanciones económicas o que se llegue incluso a la disolución de la empresa.

Con el fin de no perjudicar a las empresas, y siempre con la mira puesta en enfrentar los problemas de corrupción, se plantea la posibilidad de establecer un modelo mixto de implementación. Es decir, la obligación de implementar el modelo de prevención para algunas empresas y voluntaria para otras, siendo el indicador para tomar una u otra vía, el tamaño de la empresa o el tipo de actividad que realiza. Como desarrollaremos en los siguientes capítulos, esta

investigación se centrará en la obligación de implementar el modelo de prevención en aquellas empresas que contraten con el Estado por obras públicas bajo la modalidad de licitaciones, esto debido a que es en dicho sector donde se ha detectado una mayor incidencia de actos de corrupción.

Ahora bien, con la finalidad de que las empresas no obligadas puedan implementar el modelo de prevención de manera voluntaria, será necesario establecer beneficios especiales (tributario y administrativo, entre otros) los cuales deben de ir de la mano de una adecuada promoción e información de los beneficios adicionales que se podrían obtener por dicha implementación (responsabilidad social, reputación empresarial y mejor imagen para acceder a financiamientos, entre otros). Todos ello con el objetivo de comenzar a crear una cultura empresarial libre de corrupción.

Para tal fin, será necesario analizar el efecto de la implementación del modelo de prevención; conceptos como el *compliance*, estándares internacionales de gestión y buen gobierno corporativo, entre otros, serán necesarios para este fin y, con ello, mostrar que la implementación del modelo de prevención es una necesidad, pero siempre teniendo en cuenta el tipo de empresa en la cual se piensa aplicar.

A fin de realizar la investigación, se tendrá como enfoque metodológico el método de riesgo legal, mediante el cual se buscará evidenciar la existencia de riesgos de corrupción durante las diversas etapas de contratación estatal, así como su incidencia en la libre competencia, lo cual nos llevará a demostrar la necesidad de contar con una regulación adicional. Para tal efecto, se revisará la Ley N.º 30225, Ley del Contrataciones del Estado, y la Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, con la finalidad de evidenciar si su aplicación puede llevar a generar algún tipo de acto de corrupción. En esa misma línea, se expondrán algunos detalles de las investigaciones fiscales más importantes en materia de corrupción, como son el Metro de Lima y la Carretera interoceánica Sur, lo cual nos permitirá observar que la corrupción se encuentra presente en las diversas esfera estatales y privadas, siendo los principales artífices los operadores de las normas.

Adicionalmente, será necesario revisar los estándares de gestión y *compliance* sobre temas de corrupción, los cuales brindan directrices para identificar y prevenir riesgos. A través de este análisis se podrá determinar la posibilidad de establecer su implementación obligatoria o voluntaria en nuestro país, así como los incentivos u otros beneficios que conllevarían.



CAPÍTULO 1: ESTADO DEL ARTE

Como se señaló en la introducción, la corrupción es un mal que está presente en diversas esferas ocasionando grandes daños y pérdidas, cuyos efectos la población termina soportándolos; sin embargo, hoy contamos con instrumentos que permiten hacerle frente desde diversos ángulos, siendo el ámbito empresarial uno de ellos. Para tal fin, en este capítulo se desarrollará los conceptos de corrupción, el *compliance*, buen gobierno corporativo, los estándares internacionales de gestión y la legislación comparada. Todo esto con el fin mostrar el escenario actual de la corrupción y las herramientas con las que se cuenta para hacerle frente.

1.1 ¿Qué debemos entender por corrupción?

Al ser un fenómeno complejo, no existe una única definición de corrupción, la cual puede sufrir variaciones dependiendo del ámbito de estudio en que se analice.

En nuestra legislación, el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016 define la corrupción como el “uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2012, p. 4). Por su parte, la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción la define como “el mal uso del poder público o privado para obtener un beneficio indebido; económico, no económico o ventaja; directa o indirecta; por agentes públicos, privados o ciudadanos; vulnerando principios y deberes éticos, normas y derechos fundamentales”. (Presidencia del Consejo de Ministros, 2017, p. 16). Ambos documentos reconocen que las definiciones antes mencionadas son abiertas debido a la complejidad del tema.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo entiende como actos de corrupción aquellos que “implican el mal uso del poder público; es decir, el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos formalizados o instituidos en la sociedad, que, además, tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para

terceros en perjuicio del bienestar general. Como consecuencia de ello, los actos de corrupción generan vulneraciones de derechos fundamentales.” (Defensoría del Pueblo, 2013, p. 12.)

Según Sierra y Vargas, citando a Morales, la corrupción es aquel acto en que se produce un abuso de la función pública para beneficios, agrega que este mal uso de las funciones públicas para obtener ganancias personales (2015, pp. 40-41). Por su parte, Quiroz señala que la corrupción también alcanza al sector privado, comprendiendo el ofrecimiento y recepción de sobornos, malversación de fondos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, y fraude electoral, entre otros (2013, pp. 38-39).

Como podemos apreciar, un factor común es la mala utilización del poder público o privado, en menoscabo del bienestar de la comunidad. Siendo ello así, y en concordancia con lo señalado por Palestina, a efectos de la presente investigación, se entenderá a la corrupción como “una práctica ilegítima de las políticas de gobierno; es decir: desviación de recursos públicos, nepotismo, influyentísimo, clientelismo, etcétera, vicios que mantienen un orden de relaciones entre gobierno y sociedad que no priorizan el bienestar común, afectando por consecuencia la calidad de la democracia o bien la confianza en un mercado nacional”. (Palestina, 2018, p. 65.)

La corrupción es un mal que no solo se encuentra dentro de ámbito estatal, sino que también está presente en el ámbito privado, con lo cual, no solo el funcionario público puede ser sancionado y calificado como corrupto, sino que el efecto también alcanza a todas las demás personas e instituciones involucradas en la comisión del ilícito.

Como señala Quiroz, la corrupción es una actividad clandestina por lo que, en el Perú y otros países de latinoamericanos, los rastros de corrupción empiezan a ser notorios en fuentes coloniales manuscritas e impresas (juicios de residencia, pesquisas, entre otros), así como en fuentes republicanas (declaraciones de impuestos, registros notariales, correspondencia, entre otros) (2013, pp. 41-42).

A fin de hacer frente a este mal, siempre existieron personajes y mecanismos usados por las autoridades de turno para identificar y sancionar los actos de corrupción dentro de sus jurisdicciones; un ejemplo de ello serían los informes a la corona de Antonio de Ulloa y Jorge Juan, sobre las disfunciones y abusos administrativos que observaban durante sus viajes por América durante los años 1736 y 1744, lo cual permitía que la corona realice las reformas necesarias para solucionar los problemas (2013, pp. 59-66).

Hace ya varios años que el continente latinoamericano viene tomando mayor conciencia de los efectos de la corrupción. Casos como los de Petrobras, Odebrecht u OAS muestran lo débiles y vulnerables que pueden ser las legislaciones frente a estos sucesos. En vista de ello, países como Chile, Brasil, Colombia y Perú, entre otros, vienen adaptando sus sistemas jurídicos para identificar y sancionar todo acto de corrupción, además de buscar que dichas sanciones recaigan sobre todos los individuos implicados en actos de corrupción, ya sean servidores públicos, directivos o subordinados de una empresa, o la misma empresa como tal.

Por otra parte, con el fin de realizar esfuerzos conjuntos de lucha contra la corrupción, sobre todo, en el sector público, varios de los países antes mencionados han celebrado convenios internacionales, entre ellos, la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA), Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros (OCDE) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC), planteando todos ellos propuestas sobre acciones a tomar para la prevención y sanción de los actos de corrupción (Maúrtua de Romaña, 2018, pp. 52-57).

Como se puede apreciar, la lucha contra la corrupción es una tarea muy grande y que ya se viene combatiendo; sin embargo, y como señala Ugaz, debemos entender que, al ser un fenómeno multicausal, la lucha contra la corrupción debe ir más allá de lo estrictamente legal. Por ello, resulta necesario establecer políticas que permitan reforzar las instituciones (Ugaz, 2010, p. 378), además de crear mecanismos que busquen que todos los actores de la sociedad formen parte de la lucha, creando una cultura anticorrupción que tenga por objetivo el desarrollo de la población y no sólo de algunos cuantos.

1.2 Compliance

El *compliance* puede ser traducido como ‘cumplimiento’, lo cual ya nos da las primeras luces sobre su significado. Tal como señala Nieto, el término *cumplimiento* se debe entender como el actuar conforme a la legalidad, incluyendo el cumplimiento de las obligaciones civiles y directrices internas que las empresas tengas/tengan implementadas. (Nieto, 2016, p. 173.)

Es decir, el *compliance* viene a ser un mecanismo de gestión, materializado en programas de cumplimiento, que permite identificar, evaluar y monitorear aquellos actos que podrían generar una vulneración o amenaza al cumplimiento normativo de carácter obligatorio o de aquellas obligaciones que la empresa hubiera asumido de manera voluntaria; de esta manera, el *compliance* se convierte en una forma efectiva de prevenir riesgos legales (Suyón, 2019, p. 16).

Podríamos decir que el *compliance* es una suerte de traje hecho a la medida porque los programas de cumplimiento deben realizarse según las características especiales de cada empresa; de tal manera que la prevención, detección y gestión de riesgos no solo se queden en el ámbito del cumplimiento normativo, sino que vayan más allá e involucren el cumplimiento de aquellas obligaciones voluntarias de las empresas, tales como códigos éticos y convenios, entre otros.

En esa misma línea tenemos al *criminal compliance*, el cual es un sistema de organización empresarial que garantiza el cumplimiento normativo de una empresa, pero limitándose a la observancia de la normativa jurídico-penal (Neira, 2016, p. 469). Es decir, el *criminal compliance* es un *compliance* limitado a prevenir el riesgo de que una empresa cometa alguno de los delitos señalados en el Código Penal del país que corresponda.

Como veremos más adelante, actualmente en nuestro país las personas jurídicas son responsables directas por su participación en la comisión de los delitos de colusión simple y agravada, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo (Ley 30424, 2016, art.

1). Siendo ello así, el *criminal compliance* cobra importancia toda vez que su implementación permitirá que las empresas reduzcan el riesgo de ser condenadas y sancionadas por los delitos antes señalados, incluso pudiendo ser eximidas de responsabilidad en caso hubiesen implementado el *compliance* antes de la comisión de alguno de los delitos.

Cabe señalar que nuestro ordenamiento traduce el *criminal compliance* como ‘modelo de prevención’; esto se puede apreciar a partir de la definición señalada en el reglamento de la ley, la cual indica que el modelo de prevención es un “sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la persona jurídica, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas”. (Reglamento de la Ley N.º 30424, 2019, art. 5).

Ahora bien, con la finalidad de nutrir el concepto del *compliance* y su utilidad dentro de una empresa, es necesario revisar conceptos como los de *estándares internacionales de gestión* y el de *gobierno corporativo*. El de los estándares internacionales, porque vienen a ser los modelos ya establecidos que las empresas acogen para implementar su propio sistema de *compliance*; y el de gobierno corporativo como un elemento necesario para la aplicación y funcionamiento efectivo del *compliance* en todas las áreas y niveles de las empresas.

1.3 Estándares Internacionales de Gestión

Según Sánchez, un estándar viene a ser un referente, un modelo que permite uniformizar aquello para lo que es creado; de tal forma que, si el modelo es replicado de manera idéntica, el resultado debería ser siempre el mismo. En esa misma línea, la estandarización, conocida como normalización, viene a ser un proceso a través del cual se uniformizan criterios que permitan a las personas u organizaciones desarrollar sus actividades de forma coordinada y armoniosa. Agrega el autor que la estandarización ha estado presente a lo largo de la historia, siendo que hoy en día se aplica en diversos campos. (Sánchez, 2016, p. 337)

Ahora bien, teniendo claro el concepto, cabe preguntarse cuál es el estándar que debe ser aplicado y quién debería elaborarlo. Al respecto, son varias las organizaciones que emiten estándares de gestión; algunos tienen alcances locales y otros, internacionales; así, tendríamos, por ejemplo, a la Asociación Española de Normalización (UNE), Comité Europeo de Normalización (CEN) y Australian Standards, entre otros; todos ellos se agrupan a nivel internacional en la Organización Internacional de Normalización (ISO, por sus siglas en inglés).

La ISO tiene su sede en Ginebra y su misión es facilitar el intercambio comercial a través de la estandarización; para ello publica normas que son el resultado de un consenso entre sus más de 150 países que la conforman, incluido el Perú. Elaborar una norma ISO demora entre tres y cinco años, tiempo en el cual se realizan revisiones y votaciones, y se culmina con la publicación de la norma técnica internacional. Así mismo, una norma ISO tiene las siguientes características (Sánchez, 2016, pp. 337-338):

- Permite establecer reglas, guías y características.
- Se establece para el uso común y repetido.
- Debe estar disponible para el uso del público en general.
- Es elaborada por una organización considerada como un referente.
- Representa un consenso entre una serie de partes interesadas.
- Se identifica como una referencia única.

A manera de ejemplo tenemos la norma ISO 9000 (Gestión de Calidad), la cual tiene por finalidad estandarizar la calidad de productos y servicios que son elaborados por las organizaciones. La norma ISO 14000 (Gestión del medio ambiente), que tiene por finalidad señalar los requisitos para un sistema de gestión ambiental que una organización debe usar para mejorar su desempeño ambiental. La norma ISO 27001, la cual señala los requisitos y procesos que una organización debe implementar para mantener y mejorar el sistema de gestión de seguridad de la información. Esas son algunas de las normas ISO que las organizaciones públicas o privadas pueden implementar a fin de estandarizar procesos que permitan mejorar sus prácticas. (Recuperado de <https://www.iso.org/obp/ui/es/#iso:std:iso:9000:ed-4:v1:es>).

Al referirnos al compliance destinado a prevenir actos de corrupción dentro de una empresa, son dos las normas ISO que se utilizan: el ISO 19600 y el ISO 37001. El ISO 19600, publicado en el año 2015, sobre Compliance Management Systems (CMS), el cual es un estándar usado para definir sistemas de gestión en diversos campos dentro de una empresa, así como para construir superestructuras que permitan la coordinación de diferentes bloques técnicos (privacidad, competencia, prevención y penal, entre otros) (Casanovas, 2018, p. 10). Es decir, está constituido por una serie de directrices que tienen como finalidad la creación de un sistema de gestión de *compliance* que pueda ser capaz de identificar y mitigar riesgos dentro de una empresa. Podría decirse que el ISO 19600 viene a ser un *compliance* en macro, mientras que el ISO 37001 está destinado a un tema en concreto: prevenir los actos de corrupción en los que podría incurrir la empresa.

En este escenario, y con la participación de 30 países y 20 en calidad de observadores, en el año 2014 comenzó a gestarse la norma ISO 37001, la cual fue publicada en el año 2016 con la denominación de Sistema de Gestión Antisoborno, que contiene directrices que las empresas deberían aplicar en su organización a fin de prevenir e identificar posibles actos de corrupción; esa norma, además, podría ser adoptada por cualquier tipo de organización, ya sea estatal, privada o sin fines de lucro. (Lizarzaburu, Barriga, Burneo & Noriega, 2019, p. 91)

Además, según Lizarzaburu, Barriga, Burneo, Noriega & Cisneros, los objetivos de la norma ISO 37001 son “mejorar la reputación de las empresas a través de la promoción de la confianza y la seguridad en los negocios; establecer una cultura ética y un marco antisoborno como sistema de gestión; prevenir, identificar y tomar medidas ante el soborno y la corrupción, buscando evitar daños significativos en el supuesto de que esto ocurra; mostrar y demostrar el esfuerzo de la organización en la gestión antisoborno”. (Lizarzaburu, Barriga, Burneo, Noriega & Cisneros, 2019, p. 116).

En el Perú, la entidad que se encarga de publicar y difundir el ISO 37001 de manera oficial es el Instituto Nacional de Calidad (INACAL), el cual señala que este ISO es una herramienta que tiene como objetivo principal prevenir, detectar y enfrentar casos de soborno dentro de una

empresa. Para ello, brinda una guía de prevención de actos de soborno en las organizaciones públicas, privadas y ONG (Inacal, 2018).

Aplicar los estándares de gestión dentro de una empresa permite identificar riesgos, tal como señala De la Torre. La prevención realizada por la auditoría interna dentro de una empresa es de vital importancia dentro de una gestión de fraude ya que, aparte de introducir políticas y principios, promueve en toda la organización una cultura positiva de valores éticos y difunde los graves impactos que podría tener la empresa en caso se produjera (De la Torre, 2018, p. 66). Además, la auditoría interna siempre será un mecanismo menos costoso que el tiempo y los recursos que sería necesario invertir para investigar y detectar el acto de corrupción cuando ya hubiese sido cometido (De la Torre, 2018, p. 61).

También es necesario precisar que la implementación y certificación en Estándares Internacionales, como el ISO 37001, genera varios efectos positivos para las empresas, efectos que no pueden ser cuantificados ya que están vinculados a la reputación e imagen que la empresa proyectará al público en general. Como señala Filomeno, citando a Justo Villafañe, “la reputación corporativa es el reconocimiento que los stakeholders de una compañía hacen de su comportamiento corporativo en función del cumplimiento de sus compromisos y de la satisfacción de las expectativas de esos stakeholders” (Filomeno, 2014, p. 7).

En ese sentido, en la medida que las empresas se muestren ante la sociedad como una empresa libre de actos de corrupción y con una política drástica sobre los mismos, será reconocida, lo cual puede transformarse en una buena reputación empresarial, fidelización por parte de los consumidores y, en consecuencia, un mayor aumento en sus ingresos. Todo ello tiene relación directa con la implementación de un buen gobierno corporativo en cada empresa, el cual debe ir de la mano con la ética empresarial.

Si bien contamos con normas ISO de utilidad para las empresas, estas no podrán ser implementadas adecuadamente si no se cuenta con una cultura de cumplimiento y políticas de buen gobierno corporativo en las empresas; es en este punto donde el papel de los directivos

tiene gran importancia, ya que liderarán las implementaciones necesarias, además de dar el ejemplo a los trabajadores y, de esa manera, comenzar a crear una cultura anticorrupción.

Finalmente, si bien las normas ISO son elaboradas y aprobadas en consenso por varios países participantes, estas no son obligatorias y cada país tiene la libertad de incluirlas o no dentro de su ordenamiento; como hemos visto, el Perú lo ha adoptado y lo hizo oficial desde el año 2017 mediante Resolución Directoral N.º 012-2017-INACAL/DN.

1.4 Gobierno corporativo

Según Fuentes, el gobierno corporativo es el sistema mediante el cual las empresas son dirigidas y controladas, entendiendo, además, que la dirección de las empresas debe estar orientada a cumplir sus fines y objetivos a través de una serie de decisiones que deben encontrarse dentro de un marco ético. (Fuentes, 2016, p. 164-165). Es decir, viene a ser un conjunto de principios que tienen como objetivo el servir de guía para la mejora de los procesos y la eficiencia de la administración de la empresa (Vega, 2019, p. 32); siendo su esencia el crear valor para la empresa, cumpliendo sus metas, objetivos y misión institucional; esto, con la participación de los agentes internos y externos de la empresa (Choy, 2007, p. 39), y siempre teniendo a la ética como base fundamental.

Las normas y prácticas destinadas a identificar y combatir la corrupción dentro de una empresa resultan de gran importancia, deben ser tomadas en cuenta e implementadas para garantizar un control y dirección empresarial ético, lo cual, además, ayuda a aumentar la confianza de los *stakeholders* en sus directivos.

En ese sentido, una empresa puede tener un gobierno corporativo bueno o malo dependiendo del tipo de normas y políticas que aplique en su entorno, siendo bueno aquel que cuente con una estructura sólida y eficaz de dirección y control dentro de la ética empresarial que guíe de manera íntegra su actuar. Todo esto se traduce en un uso eficiente de capitales y generación de una percepción de confianza, lo que puede conllevar a la obtención de menores

costos de financiamiento, mayor atractivo para captar capitales y, en consecuencia, una mejor posición competitiva en el mercado. (Fuentes, 2016, p. 170.)

En conclusión, asegurar un buen gobierno corporativo, que implemente políticas y normas éticas, incluidas normas relacionadas a detección y control de fraude o corrupción, suelen ser más sólidas y, en consecuencia, más rentables, además de generar la confianza necesaria en inversionistas y consumidores. Debemos tener en cuenta que la participación y compromiso de los órganos de dirección (directorio, gerentes, socios) resulta de vital importancia, ya que serán estos los encargados de que la implementación de las políticas y directrices sean aplicadas de manera eficiente, garantizando la creación de valor para la empresa.

Siendo ello así, el *compliance* y gobierno corporativo tienen una vinculación especial, ello debido a que el cumplimiento de la legalidad y la cultura organizacional propia del *compliance* deben formar parte de la toma de decisiones y de las políticas de buen gobierno corporativo que se implementan en una empresa (Suyón, 2019, pp. 17-18).

1.5 Autorregulación regulada del *compliance*

Hoy en día hay un consenso en aplicar la denominada autorregulación regulada del *compliance*; incluso en nuestro ordenamiento se recoge esta figura.

Al respecto, la autorregulación por sí misma es una actividad privada de creación y control del cumplimiento de normas, el cual descansa en el principio de la autonomía privada (Astudillo & Jiménez, 2015, p. 66). Es la capacidad que tienen los privados de auto someterse a reglas determinadas, creadas por ellos mismos o por terceros; además, este sometimiento no es obligatorio ni está condicionado por factores o sujetos externos, tampoco por la injerencia de los poderes públicos (Coca, 2013, pp. 48-49). Es decir, se basa exclusivamente en la decisión que tiene cada sujeto, incluidas las empresas, de someterse a las regulaciones que crean convenientes como, por ejemplo, contratos, convenios y estándares internacionales sobre gestión o calidad (ISO), entre otros; siempre y cuando estas no contravengan las leyes de la jurisdicción en la que se encuentren. En un primer momento, el *compliance* nació bajo esta

perspectiva; que fuesen las propias empresas las que, de manera voluntaria, y porque considerasen que era necesario, implementasen un mecanismo de cumplimiento normativo.

Por otra parte, desde sus inicios, el Estado ha buscado controlar algunas de las actividades realizadas por los privados, a través de la emisión de leyes o reglamentos; es decir, haciendo uso de su poder de regulación. Sin embargo, las empresas son entidades muy complejas y el Estado es incapaz de regularlas desde fuera, pues carece de la información necesaria y de los mecanismos para identificar y perseguir las infracciones que pudieran cometer dichas entidades; por lo que la única manera de garantizar que las empresas ejerzan su derecho de libertad empresarial dentro de límites tolerables (sin cometer ilícitos) sería el lograr que sean ellas mismas las que procedan a autorregularse dentro de un marco general; con esto, el Estado delega parcialmente a las empresas la tarea de autorregularse y perseguir los ilícitos (Coca, 2018, pp. 149-151).

Es así como nace la auto regulación regulada, la cual “alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizado por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado.” (Astudillo & Jiménez, 2015, p. 66). Es decir, el Estado crea un marco general sobre algún tema que quiere regular, como, por ejemplo, la corrupción empresarial, y elabora normas que incorporan algún tipo de beneficio si las empresas llegan a regular su actuación a determinadas directrices comprendidas en la fórmula legal, como, por ejemplo, eximir de responsabilidad a las empresas que hubieran implementado el modelo de prevención (*compliance*) de manera previa a la comisión de algún delito de corrupción.

En el caso del *compliance*, varios países, incluido el Perú, ya han adoptado el concepto de la autorregulación regulada sobre este tema; esto lo podemos apreciar con la creación de la responsabilidad penal de personas jurídicas, que recogen varios ordenamientos; las empresas pueden ser responsables por la comisión de delitos de corrupción; sin embargo, y es aquí donde entra la autorregulación regulada, se pueden atenuar las sanciones, o incluso eximir las de las mismas si se demuestra que, de manera previa a la comisión del delito, la empresa tenía implementado un *compliance* anticorrupción.

Como mencionamos en un inicio, el *compliance* tiene una naturaleza voluntaria; no se exige su implementación a ninguna empresa. Sin embargo, el Estado es el que se encarga de darle un mayor valor dependiendo de la materia que busca regular y sobre la cual considere necesaria la utilización del *compliance*.

En nuestro ordenamiento, el artículo 31 del Reglamento de la Ley N.º 30424 recoge la facultad de autorregulación de las personas jurídicas; además, el *compliance* o modelo de prevención se elaborará atendiendo a las características de cada persona jurídica, de acuerdo con su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones. Tiene la facultad de definir el alcance del modelo de prevención, así como los procedimientos o metodología para su diseño, implementación y monitoreo que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades y que, en función de ellos, resulte más eficaz.

Ahora bien, resulta necesario observar otras legislaciones con la finalidad de analizar la forma en que se aplica la autorregulación regulada del *compliance* desde la óptica de la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas.

1.6 Legislación comparada

En este punto se revisará la normativa aplicada en diversos países respecto al tratamiento de la responsabilidad administrativa o penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos de corrupción, así como el papel que tiene el *compliance* en cada una de ellas. Con esto se busca equipararlas a nuestra legislación y ver si es posible tomar de ejemplo algunas de ellas para evaluar alguna solución al problema de la corrupción desde al ámbito empresarial.

1.6.1. Colombia

Desde el 2011, Colombia cuenta con Estatuto anticorrupción, el cual fue introducido mediante la Ley N.º 1474, y que establece la responsabilidad de las personas jurídicas que están involucradas en actos de corrupción cometidos por sus representantes legales (Gómez,

2014, pp. 51-52). Con posterioridad, y con la finalidad de poder ingresar a ser miembro de la OCDE, en el 2016 se promulgó la Ley N.º 1778, la cual tuvo como objetivo establecer un régimen de responsabilidad administrativa para las personas jurídicas que hubieran cometido el delito de soborno transnacional (Missas, 2017, pp. 84-85).

De la revisión de la Ley N.º 1778, encontramos que la comisión del delito de corrupción es sancionada de distintas maneras, entre ellas, la aplicación de multas de hasta 200 mil salarios mínimos, inhabilitaciones para contratar con el Estado hasta por veinte años y la prohibición de recibir, por un plazo de cinco años, cualquier tipo de incentivo o subsidio por parte del Estado. Cabe señalar que las mismas sanciones son impuestas a las empresas que financien campañas electorales superiores al límite establecido (2 % de la suma máxima invertida por el candidato).

La imposición de las sanciones debe tener relación con el daño que se hubiera ocasionado, teniendo como criterio de gradualidad, entre otros, la existencia, ejecución y efectividad de programas de transparencia y ética empresarial o de mecanismos anticorrupción. Es decir, el hecho de contar con un *compliance* empresarial previo a la comisión del delito debe ser considerado por el juez como una atenuante para la imposición de la sanción, mas no para eximir de responsabilidad a las empresas.

Finalmente, la implementación de algún método de prevención o *compliance* no es voluntaria para las empresas, la cual puede ser útil al momento de reducir la sanción que corresponda.

1.6.2. Chile

Desde 1959 ya contaban con una suerte de sanción directa a las empresas que realizasen actos monopólicos de manera reiterativa. Esta pena accesoria consistía en la disolución (cancelación, revocación de autorización de existencia o disolución) de dichas empresas. Sin embargo, en el año 2009, se promulgó la Ley 20.393, Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo esta la primera norma que establece de manera expresa

la responsabilidad penal de las personas jurídicas que cometen, entre otros, delitos de corrupción. Cabe señalar que esta ley fue emitida en el marco del ingreso de Chile a la OCDE (Hernández, 2010, pp. 208-209).

De acuerdo con esta ley, la comisión del delito acarrea una serie de sanciones para la empresa, entre ellas, la disolución (no se aplica para empresas del Estado, tampoco para empresas de derecho privado que presten servicios de utilidad pública), la prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado, la pérdida parcial o total de beneficios fiscales y la prohibición absoluta de recibirlos, multa y decomiso. La imposición de las sanciones sería gradual dependiendo del daño que se hubiera ocasionado.

Ahora bien, de una interpretación del artículo 3 de la ley bajo análisis se infiere que las empresas que hubieran cometido actos de corrupción pueden eximirse de responsabilidad, siempre y cuando hubieran adoptado e implementado modelos de prevención antes de la comisión del delito.

Cabe señalar que la implementación de modelos de prevención es voluntaria; sin embargo, su implementación permite que no se le impute responsabilidad penal a la empresa o que, de ser el caso, sea una atenuante de las sanciones.

1.6.3. Brasil

Brasil cuentan con la Ley 12.846/2013, Ley responsabilidad de personas jurídicas por actos lesivos contra la Administración Pública Nacional y Extranjera. Dentro de esta norma se castiga a las personas jurídicas que cometan actos de corrupción, pudiendo ser sancionada con multas, confiscación de bienes, suspensión de actividades e incluso la disolución de la persona jurídica. Sin embargo, la norma prevé que una atenuante a estas sanciones será la implementación de mecanismos de compliance que permitan identificar y mitigar los eventuales casos de corrupción.

En ese sentido, a fin de dar cumplimiento a la implementación del sistema de *compliance*, se han creado agencias independientes que tienen la función de supervisar la actuación de las empresas a fin de beneficiar a aquellas que lo implementen y sanciona drásticamente a aquellas que cometan actos de corrupción (Carvalhosa, 2014, p. 42).

Al igual que en Colombia, la implementación del modelo de *compliance* solo es una atenuante, más no exime a la empresa que comete un delito de la responsabilidad que le corresponda.

Como se puede apreciar, en Latinoamérica se sigue una corriente que busca sancionar los actos de corrupción imponiendo sanciones fuertes, llegando incluso a disolver a las empresas que fuesen culpables de cometer actos de corrupción. Lo cierto es que también se viene implementando la posibilidad de recurrir al *compliance* a fin de mitigar las sanciones. Es decir, la implementación de modelos de prevención o *compliance* puede ser visto como un seguro para las empresas que pudieran verse involucradas en la comisión de actos de corrupción.

Ahora bien, ya vimos la legislación en Latinoamérica, que sigue un patrón muy similar; ahora veamos la normativa que aplica en otros lugares del mundo a fin de evidenciar algún nuevo aspecto para tener en cuenta.

1.6.4. España

Con la publicación de la Ley Orgánica 5/2010, el 22 de junio del 2010, se reforma el Código Penal Español y se instaura, por primera vez, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos que hubieran cometido en su beneficio, tanto por sus dirigentes como por sus subordinados. Dentro de los delitos que puede imputársele se encuentran los relacionados a actos de corrupción (cohecho, tráfico de influencias y corrupción de funcionario extranjero). Sin embargo, recién con la Ley Orgánica 1/2015 se establece la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, siempre y cuando cuente

con un “modelo de organización y gestión” previo a la comisión del delito. (Coca, 2018, pp.147-148.)

Las sanciones que puede recibir la empresa pueden ser de multas, suspensión de actividades, disolución de la persona jurídica, intervención judicial, inhabilitación para contratar con el Estado y recibir subsidios, entre otros.

Al igual que en Latinoamérica, el legislador español ha optado por darle importancia al *compliance* dentro de la actividad empresarial. Contar con un sistema de *compliance* permite atenuar las penas e incluso eximir de responsabilidad penal (Fernández & Chanjan, 2016, p. 368).

1.6.5. Estados Unidos de América

A partir del año 1977, Estados Unidos de América cuenta con el Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), la cual sanciona el cohecho activo internacional. A diferencia de los países antes mencionados, la norma estadounidense señala que serán pasibles de sanción aquellas empresas constituidas en ese país que coticen en bolsa de ese país pese a estar constituida en otros (por ejemplo, una empresa constituida en Brasil, pero que cotiza en la bolsa de New York). Es decir, el modelo estadounidense tiene un mayor alcance respecto a la aplicación de la norma anticorrupción (Gadea, 2015, pp. 155-156).

La institución encargada de supervisar el cumplimiento del FCPA son la Securities and Exchange Commission (SEC) y el Department of Justice (DOJ). Ambas instituciones trabajan de manera conjunta para investigar y sancionar a las empresas que comentan delito de corrupción. Las sanciones pueden ser monetarias y administrativas, incluso se les puede llegar a exigir que implementen un sistema de *compliance*. En esa línea, se prevé que aquellas empresas que hayan adoptado programas de *compliance*, que denuncien delitos detectados y colaboren con las investigaciones y que reparen los daños serán exentas de responsabilidad penal (Gadea, 2015, p. 162).

Es preciso señalar que el modelo estadounidense viene cambiando de manera drástica el comportamiento de las empresas, debido a que las sumas que deben pagar como sanción por la comisión de actos de corrupción suelen llegar a ser billonarias (Gadea, 2015, p. 158-159).

Como podemos apreciar, el modelo estadounidense parece que da mayores resultados, toda vez que cambia la manera de actuar de las empresas, ya que opera desde dos puntos: sanciones elevadas en caso se demuestren los actos de corrupción y la exigencia de un sistema de *compliance*.

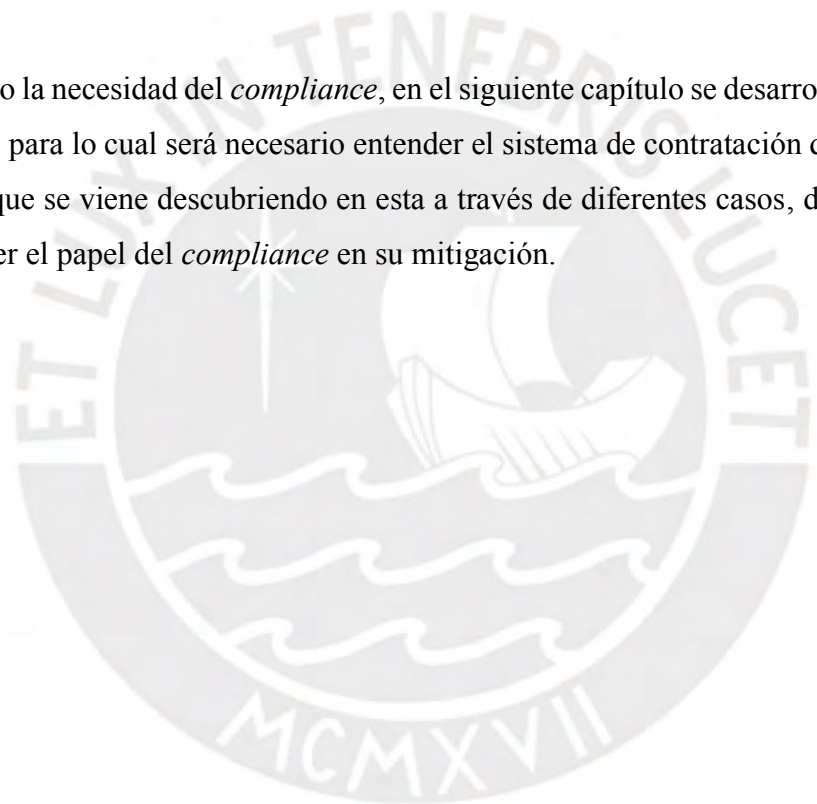
Como se ha expuesto, cada país es consciente de los actos de corrupción presentes en las diversas esferas, tanto públicas como privadas; es por ello por lo que varios países formulan ya normas que tengan como finalidad mitigar este mal.

Hemos visto que la mayoría de los países reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de delitos que hubieran llevado a cabo sus funcionarios o subordinados. Ahora bien, el delito que siempre es castigado es el relacionado a actos de corrupción, los cuales pueden llegar a tener sanciones de multas muy onerosas, cancelación de licencias, inhabilitación para contratar o incluso la disolución de la persona jurídica. Sin embargo, también es cierto que la mayoría de los ordenamientos jurídicos viene dándole una gran importancia a los sistemas de *compliance* que busquen prevenir los actos corruptos. Esto se ve reflejado en el hecho de que la implementación del *compliance* de manera previa a la comisión del delito permite que las sanciones puedan atenuarse e incluso que se pueda llegar a excluir a la persona jurídica de responsabilidad penal.

Se debe tener en cuenta que la implementación del *compliance* en todos los ordenamientos revisados es voluntaria, salvo que un juez exija su aplicación expresa en una sentencia. En cierta medida, esta situación es entendible, ya que la implementación de un *compliance* se rige por la autorregulación de las empresas, además, es costosa, y no muchas empresas, sobre todo, las pequeñas, se encuentran en capacidad de incurrir en dichos gastos.

Hasta este punto podemos observar que la corrupción es un mal que está arraigado en todas las sociedades, desde sus inicios. Sin embargo, los estados siempre han buscado mecanismos que permitan identificar y sancionar a los autores de dichos actos. Ahora bien, dentro de estos esfuerzos, los actores privados también comienzan a darse cuenta de los efectos nocivos de la corrupción, motivo por el cual buscan regular sus actividades dentro de un marco que, si bien no es exigido por alguna ley, lo consideran necesario a fin de realizar buenas prácticas que vayan de la mano de la ética y, en el proceso, ganar una mejor reputación ante la sociedad. Así, el *compliance* comienza a tener una mayor importancia como instrumento de cumplimiento que busca prevenir cualquier acto que pudiera terminar en algún delito y su posterior sanción.

Habiendo visto la necesidad del *compliance*, en el siguiente capítulo se desarrollará el problema de investigación, para lo cual será necesario entender el sistema de contratación de obras públicas y la corrupción que se viene descubriendo en esta a través de diferentes casos, de manera tal que podamos entender el papel del *compliance* en su mitigación.



CAPÍTULO 2: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Una vez conocidas las definiciones más importantes y el tratamiento normativo de otras legislaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos de corrupción, se aprecia que se comienza a dar una mayor importancia al *compliance* como instrumento para la lucha contra la corrupción.

En este capítulo se desarrollará el problema de investigación identificado, el cual radica en el hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el de otros países, el *compliance*, entendido como el modelo de prevención, es un instrumento que permite atenuar las sanciones e, incluso, eximir de responsabilidad a las empresas que cometan delitos de corrupción. Sin embargo, su implementación por parte de las empresas es voluntaria; es decir, no existe ninguna obligación de tipo legal que lo exija, lo cual tiene sentido si consideramos que la naturaleza del *compliance* es voluntaria al ser un mecanismo de autorregulación. Debemos considerar que el *compliance* tiene el efecto de organizar las empresas y comenzar a crear una cultura anticorrupción.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que la corrupción en nuestro país acarrea un perjuicio económico muy grande. Como señala la Defensoría del Pueblo, en el 2017, la corrupción le costó al país más de 12 974 millones de soles. Además, en los últimos rankings internacionales, como el de Transparencia Internacional, que mide la percepción de la corrupción, nos ubica en el puesto 101 de 180 países (Transparencia Internacional, 2019). Ante estos resultados, se entiende la necesidad de realizar una lucha más agresiva que no sólo involucre al órgano estatal, sino también a los privados, para lo cual el uso del *compliance* puede ser un instrumento necesario.

Sumado a lo anterior, nuestro país atraviesa por un grave problema de institucionalidad, lo cual ha permitido crear el escenario perfecto para que la corrupción pueda aparecer en todos los niveles del Estado. Esta deficiencia impide que las autoridades puedan hacer un adecuado uso de las normas, siendo los propios funcionarios públicos los que buscan la forma de evitar su aplicación para favorecer intereses particulares.

En los últimos años, el Estado viene implementando normas y procedimientos que buscan atacar la corrupción que se encuentra dentro de sus instituciones, lo cual es un avance importante. Sin embargo, esta implementación aún está en desarrollo, por lo que el escenario para la corrupción sigue estando muy presente. Siendo ello así, resulta necesario que la labor de detección y mitigación de la corrupción no solo sea tarea del Estado, sino que también involucre a los particulares, sobre todo, a aquellos cuyas actividades pueden conllevar a potenciales actos de corrupción.

A partir de las investigaciones que analizaremos más adelante, veremos que los actos de corrupción que han generado un mayor perjuicio al Estado se encuentran ligados a contratos por obras públicas bajo la modalidad de licitaciones. Debido a ello, la presente investigación y las propuestas que se planteen tendrán como referente a este procedimiento de contratación, lo cual, además, se justifica por el hecho de que en el campo de las contrataciones estatales están en juego los recursos estatales, los cuales deben ser administrados de tal manera que permitan satisfacer las necesidades de toda la población y no solo de algunos particulares.

A fin de analizar el problema expuesto, el presente capítulo tendrá un enfoque metodológico, basado en riesgos legales, en la medida que será necesario evaluar el sistema de contrataciones actual, así como la normativa que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para identificar aquellos escenarios probables en los que la corrupción pueda estar presente; así también, será necesario revisar las normas relacionadas a la aplicación de *compliance* para evaluar la posibilidad de su implementación obligatoria.

En adición, resultará pertinente analizar la corrupción en los procesos de licitación de obras públicas y su impacto en el ejercicio del derecho de libre competencia. Esto, en la medida en que la ausencia de condiciones que garanticen la libre competencia es un riesgo legal muy importante que las empresas evalúan al momento de concursar para la adjudicación de alguna obra pública.

2.1. Enfoque de riesgo legal

Bajo este enfoque se busca determinar si la aplicación de la Ley N.º 30225, Ley de contrataciones del Estado, y la Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, puede generar escenarios en los cuales es posible la presencia de actos de corrupción.

Como veremos a continuación, las leyes antes señaladas recogen y regulan de manera adecuada los procedimientos que cada una de ellas señala, por lo que el principal problema y riesgo en su aplicación vienen a ser los operadores de estas; es decir, los funcionarios públicos y los privados. Como ejemplo de esto veremos los casos del Metro de Lima y la Carretera Interoceánica Sur.

Desde una óptica netamente empresarial, las empresas que participan en los concursos de licitación confían en que las condiciones para el ejercicio de la libre competencia se encuentran aseguradas; motivo por el cual toman la decisión de invertir tiempo y dinero en armar su propuesta y presentarla a concurso. La ausencia de estas condiciones puede llevar a que las empresas decidan no participar y, en consecuencia, se perdería el factor de eficiencia que se busca en las contrataciones estatales.

2.1.1 Contrataciones con el Estado

Según el Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) señala que “las contrataciones públicas son el principal instrumento que tiene el Estado para el cumplimiento de sus objetivos y para ello requiere de un sistema de contrataciones del sector público que convierta eficientemente el presupuesto aportado por todos los ciudadanos en bienes, obras y servicios para la comunidad”. (OSCE, 2009, p. 3)

En nuestro país, las contrataciones públicas están reguladas en la Ley N.º 30225, Ley de contrataciones del Estado, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, la cual señala que las normas contenidas en dicho cuerpo legal están orientadas a

maximizar el valor de los recursos públicos con la finalidad de obtener una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Para tal efecto, el OSCE es el organismo encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo emitir, dentro de sus funciones, directivas y bases estandarizadas que serán utilizadas durante los procesos de contratación.

Ahora bien, la contratación de bienes, servicios (incluidas las consultorías) u obras se realizará utilizando los siguientes procedimientos de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, selección de consultores individuales, comparación de precios o contratación directa, siendo que la determinación del procedimiento se realizará dependiendo del valor referencial del bien, servicio u obra, los cuales se determinan en la Ley del Presupuesto Público de cada año fiscal. Cabe señalar que, para el año 2020, según lo señalado en el Decreto de Urgencia N.º 014-2019, que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2020, los topes para la selección del procedimiento son los siguientes:

Tabla 1

Topes para los procedimientos de selección en la contratación de bienes y obras (año fiscal 2020).

Tipo	Monto (en S/.)	
	Bienes	Obras
Licitación pública	>= de 400,000	>= de 1'800,000
Concurso público	-	-
Adjudicación simplificada	< a 400,000 > de 34,000	< a 1'800,000 > de 34,000
Contratación directa	> de 34,000	> de 34,000
Comparación de precios	<= a 64,500 > de 34,400	-
Subasta inversa electrónica	> de 34,400	-

Selección de consultores independientes	-	-
---	---	---

Adaptado de: Dirección del SEACE – OSCE (2020).
Recuperado de <https://www2.seace.gob.pe/Documentos/189912301651175radF54D5.pdf>

Tabla 2

Topes para los procedimientos de selección en la contratación de servicios (año fiscal 2020).

Tipo	Monto (en S/.)		
	Servicio en general	Consultoría de obra	Consultoría en general
Licitación pública	-	-	-
Concurso público	>= de 400,000	>= de 400,000	>= de 400,000
Adjudicación simplificada	< a 400,000 > de 34,000	< a 400,000 > de 34,000	< a 400,000 > de 34,000
Contratación directa	> de 34,000	> de 34,000	> de 34,000
Comparación de precios	<= a 64,500 > de 34,400	-	-
Subasta inversa electrónica	> de 34400	-	-
Selección de consultores independientes	-	-	<= a 40,000 > de 34,400

Adaptado de: Dirección del SEACE – OSCE (2020).
Recuperado de <https://www2.seace.gob.pe/Documentos/189912301651175radF54D5.pdf>

Por otro lado, dentro del proceso de contratación, existen tres etapas: la primera, los actos preparatorios o de programación; la segunda, el proceso de selección; y la tercera, la ejecución contractual.

Durante la actuación preparatoria, la entidad del Estado que requiera algún bien, servicio u obra arma un expediente, el cual contendrá los documentos en los que aparecerán las actuaciones referidas a la contratación, incluidas las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE. Todas estas actuaciones se realizan dentro de la esfera interna de la entidad que

solicita el bien, servicio u obra. Estas actuaciones serán las siguientes: elaborar el plan de adquisiciones, el requerimiento, determinación del tipo de procedimiento contractual, organización administrativa y aprobación del expediente de contratación, designación del comité especial, estudio del mercado, disponibilidad presupuestal, bases del proceso de selección (Morón & Aguilera, 2019, pp. 120-128).

Posteriormente, durante la etapa de selección, tanto la entidad convocante como el postor, realizan actividades que tienen como finalidad concretar la manifestación de voluntad que llevará a la selección de la mejor propuesta. Las actividades que se realizarán por parte de la entidad convocante serán la convocatoria, la absolución de consultas, la absolución de observaciones, la integración de bases, la recepción, admisión y apertura de ofertas, y la adjudicación de la buena pro. Por su parte, el postor realizará el registro como participante, la formulación de consultas sobre las bases, la formulación de observaciones sobre las bases, y la presentación, aclaración y subsanación de propuestas. (Morón & Aguilera, 2019, pp. 128-137)

Finalmente, durante la etapa de ejecución contractual, se realizan actos relacionados a la ejecución del contrato. Se solicita al postor presentar toda la información y documentación requerida en las bases, además de documentar el acuerdo por escrito y suscribirlo por medio de los representantes autorizados de cada parte. Cabe señalar que durante la ejecución es posible que la entidad apruebe montos adicionales o ampliaciones a los plazos previstos inicialmente. (Morón & Aguilera, 2019, pp. 127-138)

Respecto a la corrupción, a partir del año 2017, mediante el Decreto Legislativo N.o 1341, se realizaron cambios a la Ley de contrataciones del Estado, muchos de los cuales, según la exposición de motivos del mencionado decreto legislativo, estuvieron referidos a implementar mayores controles en las diferentes etapas del proceso de contratación y sobre los funcionarios encargados de las mismas. Una de las novedades fue la inclusión obligatoria de una cláusula anticorrupción en todos los contratos que se celebren luego de otorgar la buena pro, siendo que el incumplimiento de esta conllevaría a la resolución automática del contrato, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas que pudiera generar.

Adicionalmente, a partir del año 2018, mediante las resoluciones N.ºs 063-2018-OSCE/PRE, 064-2018-OSCE/PRE y 051-2019-OSCE/PRE, la OSCE ha dado un paso importante respecto a la lucha contra la corrupción mediante la utilización del *compliance*, ya que ha establecido que se otorgue un puntaje adicional a las empresas que, durante la etapa de selección, presenten certificaciones ISO 37001; es decir, que acredite la implementación de un *compliance* anticorrupción. Cabe precisar, que este tipo de *compliance* solo otorga un puntaje adicional al momento de realizar la calificación, mas no es una exigencia.

Por otra parte, mediante Resolución N.º 110-2019-OSCE/PRE, se ha aprobado el “Manual del Sistema de Gestión Antisoborno del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado”, el cual busca establecer, implementar, mantener y mejorar continuamente un Sistema de Gestión Antisoborno dentro de la entidad y acorde a las directrices de la normativa ISO 37001; esto evidencia la voluntad desde el interior de la entidad por frenar los actos de corrupción en su sector.

Como hemos podido apreciar, la Ley N.º 30225 regula de manera adecuada los procedimientos de contrataciones con el Estado, siendo además que, recientemente, implementa mayores controles ante la posibilidad de la comisión de actos de corrupción. Si bien esta es una norma adecuada —como veremos más adelante—, el riesgo de su aplicación no radica en el procedimiento mismo, sino en los operadores que hacen uso de ella, tanto funcionarios públicos como entidades privadas.

2.1.2. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Como se mencionó, la corrupción no es un mal que esté arraigado en una sola sociedad, sino que es constante y está presente en muchos lugares. Ante este problema, varios organismos internacionales vienen realizando labores que buscan mitigar y, en lo posible, erradicar la corrupción; muchos de ellos, incluso, dándole una mayor importancia a la implementación del *compliance* anticorrupción.

Siendo ello así, el Perú también ha dado algunos avances respecto a la lucha contra la corrupción. Un ejemplo de ello es la Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y sus posteriores modificaciones (Decreto Legislativo N.º 1352 y Decreto Legislativo N.º 30835).

Cabe señalar que la mencionada ley nace en el contexto de que el Perú forme parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el cual obliga a sus miembros a contar, entre otros requisitos, con una regulación sobre la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en la comisión de delitos de cohecho internacional. Así también, con la promulgación de la Ley N.º 30424 se cumplió con las obligaciones que el país asumió con la suscripción de diversos instrumentos, como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. (Ministerio de justicia y Derechos Humanos, 2019, p.15)

Para tal efecto, en el artículo 1 de la mencionada ley se señala que a través de ella se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por la comisión de los delitos de cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión y tráfico de influencias.

Agrega, en su artículo 2, que la norma será de aplicación para las personas jurídicas de derecho privado, las asociaciones, fundaciones u comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado Peruano o sociedades de economía mixta.

Así también señala, en su artículo 3, que las empresas serán responsables cuando el delito haya sido cometido en su nombre y para su beneficio por (i) sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo; (ii) las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del

régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que actúan por orden o autorización de estos últimos; (iii) las personas naturales señaladas en el punto anterior cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica. Sin embargo, estarán fuera del alcance de la Ley las personas jurídicas cuyos representantes antes mencionados hubieran cometido el delito exclusivamente en beneficio propio o de un tercero distinto a ellas.

Un punto importante que ha regulado la Ley, y siguiendo la corriente de otros países, es el de la atenuación de las penas y la exclusión de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Para tal efecto, el artículo 12 establece que una circunstancia atenuante de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas aplicará si esta ha adoptado e implementado, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, un modelo de prevención. Así mismo, en el artículo 17 señala que la persona jurídica estará exenta de responsabilidad si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención que contenga medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de corrupción o para reducir el riesgo de su comisión.

Como podemos apreciar, es posible que una persona jurídica sea sancionada administrativamente si se demuestra que existieron intereses particulares en la comisión de los delitos señalados. Además, se tendrán atenuantes e incluso la exclusión de responsabilidad si se implementa un modelo de prevención o *compliance* antes de la comisión de los delitos.

En ese sentido, nuestra legislación comienza a darle fuerza al uso del *compliance* como un instrumento para la identificación y mitigación de actos de corrupción, corriente que, como vimos en el Capítulo I, también viene siendo aplicada en otros países del mundo, así como para la creación de una conciencia empresarial anticorrupción.

Adicionalmente, las empresas deben tener presente que, con la legislación actual, la implementación del modelo de prevención conlleva un doble beneficio para ellas: en primer lugar, la extinción de responsabilidad administrativa por la comisión de actos de corrupción; y, en segundo lugar, en el campo de las contrataciones, obtener calificaciones mayores en caso de que se encuentren interesadas en contratar con el Estado. Este es un aspecto que las empresas deberían evaluar y, además, considerar que el desembolso que realicen para la implementación del modelo es una inversión y no un gasto; adicionalmente, que resultan más caras las sanciones que pudiera tener la empresa que la implementación en sí misma.

Sin embargo, no debemos olvidar que la implementación del modelo es voluntaria; en ese sentido, si la empresa decidiera no realizar su implementación, no se generaría ningún tipo de perjuicio legal.

Como se ha podido apreciar, la Ley N.º 30424 responde a una serie de necesidades; entre ellas, el alinear nuestro ordenamiento con el de otros países a fin de contar con una herramienta importante para la lucha contra la corrupción, además de comenzar a crear una conciencia anticorrupción no sólo dentro del ámbito estatal, sino también en el empresarial y en la sociedad.

Ahora bien, tanto la Ley N.º 30225 como la Ley N.º 30424 contienen disposiciones importantes para combatir la corrupción; sin embargo, el riesgo legal que se puede evidenciar no se encuentra en su contenido, sino en los operadores que hacen uso de estas. Como veremos en los siguientes puntos, los casos de corrupción identificados en el Perú no están ligados al contenido de las normas, sino a la presencia de malos operadores que están presentes en las distintas etapas de la contratación estatal.

2.1.3. Corrupción en el Perú en materia de contrataciones públicas

Como señalamos en el Capítulo I, la corrupción es un mal que está presente en todo el mundo y el Perú no es ajeno a ello. A lo largo de nuestra historia hemos visto como se han venido descubriendo actos de corrupción en la gran mayoría de entidades del Estado, cuyo

alcance involucra a los más altos funcionarios estatales del país, llámense presidentes, ministros, viceministros o congresistas, entre otros.

Siendo ello así, para entender un poco más el escenario bajo el cual realizaremos el análisis del riesgo legal, es pertinente ver algunos estudios. Por ejemplo, Proética en su XI Encuesta Nacional Sobre Percepciones de la Corrupción en el Perú 2019, encontró que la percepción de los peruanos respecto a la corrupción en el país está aumentando; si bien aún se considera como el segundo problema más grave (52 % en el 2017 y 62 % en el 2019), siendo la delincuencia el primero (66 % en el 2017 y 66 % en el 2019), la brecha entre ambos cada vez es más corta; además de hallar que el 74 % de los encuestados considera que todos los involucrados en el caso Lava Jato, incluidos los políticos, comparten la misma responsabilidad. (Proética, 2019.)

Por su parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su informe temático “Corrupción en gobiernos locales y regionales”, del 2018, señala que, de los 4225 casos de corrupción analizados, el 58 % se encuentra relacionado a procesos de contratación efectuado por autoridades regionales y locales; y que, de estas, la mayor incidencia se advierte en la contratación de bienes y servicios, conjuntamente, con un 53 %, mientras que obras únicamente alcanza el 47 % de los casos analizados, lo cual daría a entender que en la contratación de obras estaría la mayor incidencia de actos de corrupción; finalmente, respecto a las fases de contratación, se pudo evidenciar que la mayoría de los actos de corrupción se realizan en la fase de ejecución contractual. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 16-17)

En ese sentido, según una última investigación, durante los años 2015 y 2018, se adjudicaron más de 57 mil millones de soles a través de procesos con riesgo de corrupción; estos, para la compra de bienes, contratación de servicios y construcción de obras. El mencionado estudio señala que el rubro que tuvo un mayor financiamiento fue el de construcción de obras, además de identificar irregularidades en la adquisición de bienes como combustibles y suministro médico (Cabral & Huamán, 2019).

Ahora bien, una investigación interesante es la que realiza Hernández al analizar las redes de corrupción en los procesos de selección de obras públicas en el sector transportes y comunicaciones entre los años 2005 y 2010. En dicho documento señala que los actos de corrupción en ese sector están presentes en las tres fases o etapas del proceso de contratación. Describe que, en la etapa de actos preparatorios, se favorece a determinadas empresas; esto se materializa en la determinación de obras que se realizarán, en la elaboración de los expedientes técnicos, en la elaboración de bases y en la designación de los miembros del comité especial. Durante la etapa de selección, los miembros del comité actúan bajo los intereses de terceros para otorgar la buena pro a alguna empresa en particular, esto a cambio de una contraprestación o beneficio especial. Así también, en la etapa de ejecución de obra se identificó que existen manipulaciones para algunos actos, como la aprobación de montos adicionales o la ampliación de plazos que favorezcan a terceros. Dentro de su investigación se señala que en estos actos están involucrados ministros, viceministros, varios funcionarios estatales, abogados e intermediarios de las diversas empresas. (Hernández, 2012, pp. 27-40)

De la información revisada se puede concluir que se cuenta con una normativa adecuada respecto al procedimiento de contrataciones con el Estado por obras públicas; sin embargo, el hecho de que se hubieran detectado tantos actos de corrupción se debe a la falta de ética de los operadores de las normas; estos son, los funcionarios públicos y los privados, principalmente, los funcionarios de alto rango de diversas empresas. A fin de contar con mayores luces al respecto, corresponde analizar algunos casos concretos en los que se podrá apreciar la forma en la que la corrupción se encuentra presente en diversas esferas del gobierno, la forma de actuar de las empresas privadas y cómo esto se materializa a lo largo de las tres etapas de la contratación.

2.1.4. Caso Metro de Lima

Sin duda alguna, el caso Lava Jato es uno de los más importantes de la última década, debido a la repercusión que tuvo en varios países de Latinoamérica, incluido el Perú. A esto se debe sumar el hecho de que los involucrados son funcionarios estatales de alto rango, entre ellos, presidentes y ministros.

En el Perú, la empresa constructora Odebrecht habría realizado el pago de sobornos a diversos funcionarios públicos con la finalidad de que se le entregue la buena pro para la ejecución de numerosas obras de infraestructura, los cuales ascenderían a 29 millones de dólares, entre los años 2005 y 2014. El pago de esos sobornos estaba a cargo del Departamento de Operaciones Estructuradas de la constructora. (Torres, 2017.)

Fueron varios los casos particulares ligados a la mencionada investigación, siendo el Metro de Lima uno de los más emblemáticos, sobre todo, porque se trató de una obra muy esperada, que vio sus primeras luces en el primer gobierno del expresidente Alan García (1985-1990) y que pudo ser concluido en su primera etapa durante el segundo gobierno del mencionado expresidente (2006-2011).

En su extensa investigación, Durand señala que las relaciones entre la empresa Odebrecht con el gobierno de turno, al mando del expresidente Alan García, comenzó en su primer gobierno. Alan García tenía una relación muy estrecha con la familia Odebrecht, por lo que retomar las relaciones en su segundo mandato no fue complicado. Durante el primer gobierno de García, Odebrecht se encargó de la construcción de la irrigación Chavimochic; con esta obra que se inician las relaciones personales entre los altos ejecutivos de la constructora y el entonces presidente, así como con otros personajes importantes de la política. (Durand, 2018, p. 137.)

Cabe señalar que altos funcionarios de la constructora han señalado que una de las políticas que tenían las empresas del grupo Odebrecht era el financiamiento de los partidos políticos, donando mayores cantidades a los partidos más importantes e, incluso, a los postulantes al Congreso; de esta manera, los políticos se encontraban *endeudados* con la empresa constructora. (Durand, 2018, p. 140.)

Respecto a la construcción del Metro de Lima, esta fue una obra que se realizó en varias etapas, siendo los tramos 1 y 2 en los que la participación de Odebrecht tuvo gran relevancia. En el 2008, Odebrecht, a través de su representante en el Perú, Jorge Barata, tomó contacto

con Jorge Cuba, quien posteriormente fue nombrado viceministro de comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; de igual manera, tomó contacto con las personas encargadas de aprobar la licitación como parte del Comité de Licitación, como Mariela Huerta, Edwin Luyo, Santiago Chau y Oswaldo Placencia; este último, con poderes para aprobar adendas, adicionales de obras, expedientes técnicos definitivos sin la necesidad de contar con la opinión de la Contraloría General de la República, además de mantener relaciones cercanas con las empresas constructoras Odebrecht y Graña y Montero del Consorcio Metro Lima. (Durand, 2018, pp. 142-144.)

La red de corrupción no solo abarcaba a políticos; también logró relaciones con los poderes fácticos del país, compuesto por las principales corporaciones, los mayores estudios de abogados y empresas consultoras, corporaciones mediáticas, la embajada de Brasil, periodistas, gremios empresariales y funcionarios del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Esto le permitía ganar proyectos, a la vez que obtenía prestigio y evitaba las fiscalizaciones. (Durand, 2018, p. 147.)

Ahora bien, a lo largo de la investigación realizada por Durand, se puede observar que en cada una de las etapas del procedimiento para la adjudicación del tramo 1 de la Línea 1 del Metro de Lima existieron indicios de actos de corrupción, los cuales serían los siguientes:

- Durante la etapa de actos preparatorios:

Tuvieron lugar una serie de reuniones entre ejecutivos de Odebrecht y representantes del Estado, entre ellos, el expresidente Alan García quien, según declaraciones de Marcelo Odebrecht, se encontraba muy interesado en que la constructora sea la que realizase la construcción del metro de Lima. (Durand, 2018, p. 141.)

En abril del 2007 y setiembre del 2008 se realizaron reuniones importantes en las que participaron Alan García, sus asesores y funcionarios de Odebrecht, entre ellos, Emilio y Marcelo Odebrecht. Luego de dichas reuniones se comienzan a tomar decisiones importantes para la realización del metro. Un indicio importante en los actos de

corrupción fueron las declaraciones de Barata en la que señala que Jorge Cuba ofreció crear una serie de condiciones técnicas y subjetivas en el proyecto para que Odebrecht pudiera obtener un mayor puntaje para adjudicarse el proyecto a cambio de una contrapartida de 1,4 millones de dólares, lo cual fue autorizado por el funcionario. (Durand, 2018, pp. 153-155.)

- Durante la etapa de calificación y selección:

La ayuda ofrecida por Jorge Cuba también incluía la manipulación de la licitación por medio de influencias sobre el comité de licitación, de tal manera que el ganador para los tramos 1 y 2 del metro fuese Odebrecht. (Durand, 2018, p. 155)

A tal efecto, en mayo del 2009 se nombró el Comité de Licitación al interior del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el cual estaba comandado por Oswaldo Placencia y Jorge Cuba. Según las declaraciones de Barata, Jorge Cuba les aseguró que contaba con personas de confianza dentro del comité, los cuales se encargarían de la validación técnica del proceso y permitirían que Odebrecht ganara la licitación. Las personas en mención eran Santiago Chau, Edwin Luyo y Mariella Huerta. (Durand, 2018, pp. 155-158.)

Siendo ello así, el 16 de diciembre de 2009, se emitió el informe final de la licitación que otorgaba la buena pro al Consorcio Tren Eléctrico Lima, el cual se encontraba conformado mayoritariamente por Odebrecht.

- Durante la etapa de ejecución contractual:

Luego de otorgada la buena pro del proyecto, entre el año 2010 y 2011, se emitió una serie de normativas que eliminaban barreras para la ejecución del metro y la posibilidad de hacer modificaciones al contrato. Así, tenemos el Decreto Supremo N.º 081-2010-EF, que exceptuaba a los tramos 1 y 2 de la aplicación de las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), y el Decreto Supremo N.º 262-2010-EF, que tuvo como

finalidad ejecutar de manera más rápida el metro, pero añadiendo costos a medida que la obra era realizada. Por otra parte, Placencia, al tener los poderes para autorizar cambios o adicionales, logró que se firmara una cuarta adenda al contrato inicial. En esta adenda se aprobó el presupuesto final de la obra, que ascendió a 519 millones de dólares y se dio por recibida la obra “sin observaciones”; cabe mencionar que el contrato inicial señalaba que la obra tendría un valor de 410 millones de dólares, entregándose la diferencia bajo el concepto de adicionales. (Durand, 2018, p. 158.)

En esa misma línea, en enero del 2011, se designó al comité de adjudicación para el tramo 2, el cual estuvo compuesto por las mismas personas; es decir, Santiago Chau, Edwin Luyo y Mariella Huerta. Finalmente, en junio del 2011, antes de terminar el mandato de Alan García, se entregó la buena pro del proyecto a Odebrecht. Por declaraciones de Barata, se supo que, para la adjudicación de este nuevo tramo, Jorge Cuba solicitó un soborno mayor al primero, el cual ascendía a 6,7 millones de dólares, el cual fue aprobado por el funcionario y se repitió los mismos procedimientos que en el tramo 1. (Durand, 2018, pp. 158-159.)

Si bien el caso del Metro de Lima aún se encuentra en investigación, lo actuado hasta el momento por los fiscales nos da claros indicios de la existencia de una red de corrupción que abarca a varias esferas públicas y privadas. Se puede evidenciar, además, que la corrupción estuvo presente en todas las etapas del proceso de adjudicación, por lo que, si bien se contaban con normas adecuadas que regulaban los procesos de adjudicación de obras públicas, son los operadores de estas normas los que hicieron que la corrupción naciera y se desarrollara.

Como dato adicional, se puede observar una investigación citada por Durand, en la cual indica que, al 2016, los sobrecostos y sobornos de Odebrecht le costó al Estado Peruano la suma de 5113 millones de dólares. (Durand, 2018, p. 288.)

Por otra parte, la investigación realizada por Torres para el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú nos muestra el detalle de

la participación de cada involucrado, así como las sumas que recibieron en cada caso. (Torres, 2017.)

Por el caso del Metro de Lima se encuentran en calidad de investigadas las siguientes personas:

- Edwin Luyo Barrientos, miembro del comité especial que se encargó de llevar a cabo el proceso de selección de la línea 1 del Metro de Lima, está vinculado con la empresa offshore Oblong International Corp. Odebrecht entregó documentación que acreditaba depósitos a la cuenta de Oblong por montos de 196 mil dólares en 2013 y de 304 mil dólares en el año 2014. (Torres, 2017.)
- Jorge Cuba Hidalgo, exviceministro de comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, habría ofrecido interceder en la adjudicación de los contratos de la línea 1 del Metro de Lima en favor de Odebrecht y está vinculado con la empresa offshore Hispamar International Corp. De obtenerse la adjudicación, Odebrecht debía realizar dos pagos: de 1,4 millones de dólares y de 2,6 millones de dólares. Odebrecht entregó documentación de dos depósitos durante el año 2013; uno de 505 mil dólares a la cuenta de Hispamar en 2013 y otro por un monto de 495 mil dólares. Asimismo, se tiene que, entre los beneficiarios de la cuenta de Hispamar se encuentran las siguientes personas: Jessica Tejada Guzmán (35 %), Edwin Luyo Barrientos (27,5 %), Miguel Navarro Portugal (27,5 %) y Mariella Huerta Minaya (10 %). (Torres, 2017.)
- Miguel Ángel Navarro Portugal, exfuncionario del despacho viceministerial de Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Es beneficiario del 25,5 % de la cuenta de Hispamar International Corp. Durante las diligencias realizadas en su domicilio entregó un dispositivo USB con archivos relacionados con la cuenta (autorizaciones, solicitudes, declaraciones juradas, cartas). Asimismo, se encontró un documento original de la Banca de Andorra con el cual se habría abierto una cuenta a nombre de la offshore Julson International y favor de Navarro Portugal (44 %) y de

Jéssica Tejada Guzmán (56 %), así como sus respectivos pasaportes escaneados. (Torres, 2017.)

- Mariella Huerta Minaya, presidenta del comité especial de los tramos 1 y 2 del Metro de Lima. Habría recibido dinero a fin de evaluar favorablemente a Odebrecht. La empresa realizó entregas parciales en el año 2013 a cuenta de la empresa Oblong International Inc. Asimismo, habría suscrito documentación de beneficiarios finales de las cuentas de las empresas *offshore* Hispamar, Oblong y Julson International. Además, conforme a la declaración de Navarro Portugal, Huerta Minaya habría participado en una consultoría para asesorar Odebrecht con relación al tema de iniciativas privadas con el Estado. (Torres, 2017.)
- Jéssica Tejada Guzmán, beneficiaria mayoritaria (35 %) de la cuenta de la empresa Hispamar. Se trata, además, de la pareja sentimental del exviceministro de comunicaciones, Jorge Cuba. Según la Fiscalía, habría suscrito documentos de beneficiaria final, además, de las cuentas de las empresas offshore Oblong y Julson International (constituidas en Panamá), abiertas en la Banca Privada de Andorra. (Torres, 2017.)
- A esto debemos sumar a Santiago Chu y Magdalena Bravo, ambos integrantes del comité especial de la licitación del Metro de Lima que, a la fecha, se encuentran prófugos; ambos habrían favorecido a Odebrecht para la obtención de la buena pro del contrato de obra. (Torres, 2017.)

Como se puede apreciar de las investigaciones realizadas por la fiscalía, los actos de corrupción en el caso Metro de Lima estarían presentes en las etapas de actuaciones preparatorias y la etapa de selección, lo cual podría dar a entender que existe un riesgo elevado de que se cometan actos de corrupción bajo la normativa del procedimiento de contrataciones estatales.

2.1.5. Caso Carretera Interoceánica Sur

Esta fue una de las obras de infraestructura más importantes realizadas en el país y tuvo como finalidad la construcción de una carretera que uniera el interior del Perú con el del Brasil. Fue un proyecto muy cuestionado desde sus inicios, sobre todo, por problemas geopolíticos y ambientales. Así, también, la corrupción estuvo presente bajo la misma modalidad usada en el Metro de Lima, incluyendo los sobornos y sobrecostos, con la diferencia de que los montos eran mucho mayores por la naturaleza del proyecto y por las adendas que se suscribieron luego de otorgar la buena pro. (Durand, 2018, pp. 177-188.)

A lo largo de la investigación realizada por Durand, se puede apreciar que los actos de corrupción están presentes en las tres etapas del proceso de contratación. La ejecución de este proyecto se dividió en cinco tramos, siendo que en cada uno de ellos se firmaron adendas cuyo resultado final fue la sobrevaloración de las obras. (Durand, 2018, pp. 185-186.)

Al igual que en el Metro de Lima, el actor privado más importante viene a ser la empresa Odebrecht; mientras que, por parte del Estado peruano, se han visto involucrados varios expresidentes, ministros y demás funcionarios públicos. Haciendo un análisis de cada una de las etapas del proceso de contratación, tendríamos lo siguiente:

- Durante la etapa de actos preparatorios:

A partir del año 2002, los gobiernos de Perú y Brasil impulsaron el proyecto para la construcción de la Carretera Interoceánica, motivo por el cual se realizaron una serie de reuniones entre los mandatarios de turno: Alejandro Toledo y Luis Lula da Silva. (Durand, 2018, p. 197.)

Dentro de esta primera etapa llama la atención las reuniones realizadas entre el 3 y 5 de noviembre de 2004 en Río de Janeiro, en la cual participaron Alejandro Toledo, su socio Josef Maiman y su jefe de seguridad Avi Dan On, siendo estos últimos los que negociaron con Barata una comisión de 35 millones de dólares a fin de conceder la buena

pro de la licitación para la construcción de la carretera. Según las propias declaraciones de Barata, funcionario de Odebrecht encargado de coordinar el pago de sobornos, Dan On le ofreció agilizar el proceso de licitación de la carretera, y le transmitió que el presidente quería tener una participación, una ventaja indebida, para que pudiera ayudar a ganar el proceso y otorgarles la buena pro. (Durand, 2018, pp. 198-199.)

Luego de esto comenzaron a realizarse una serie de acciones que tuvieron como finalidad el acelerar el proceso de licitación. Se aprobaron los estudios de factibilidad del proyecto, el cual fue elaborado por Alpha Consult, empresa acusada de recibir fondos de Odebrecht. Se solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones exceptuar el proyecto del SNIP, con lo cual se dejaba de lado el uso de estudios de ingeniería y geología para costear el proyecto de manera realista; esta acción se concretó el 10 de febrero del 2005 con la emisión de un decreto supremo para luego, el 12 de febrero del mismo año, aprobar las bases del concurso de licitación. (Durand, 2018, p. 199.)

De la investigación realizada por Durand podemos apreciar que los arreglos entre el ejecutivo y las empresas participantes del proyecto, lideradas por Odebrecht, son evidentes en esta etapa del proceso de licitación. Se buscó acelerar procedimientos y aligerar los obstáculos técnicos y financieros para aprobar las bases para el concurso de licitación.

- Durante la etapa de calificación:

Durand señala que en mayo del 2005 se llevó a cabo una reunión entre Barata y Toledo en la que también participó Sergio Bravo quien, además de ser experto en infraestructura e ingeniería financiera de contratos, presidió el comité que otorgó la buena pro a Odebrecht; actualmente se encuentra investigado por la fiscalía. (Durand, 2018, p. 200.)

La buena pro del proyecto se otorgó el 23 de junio del 2005 a los consorciados liderados por Odebrecht; sin embargo, cabe señalar que el contralor Gerardo Matute observó la adjudicación informando que varias de las empresas consorciadas mantenían

litigios con el Estado, motivo por el cual no podían ganar concursos. Incluso se llegó a advertir al propio Alejandro Toledo y, a su entonces ministro, Pedro Pablo Kuczynski, que se violaría la ley si se adjudicaba la construcción de la carretera a la empresa Odebrecht, ya que esta se encontraba prohibida de contratar con el Estado. Ante esta advertencia, Toledo se comunicó de manera directa con el contralor y lo amenazó con sacarlo de su puesto si informaba sobre lo acontecido. Pese a todo, la adjudicación se realizó nuevamente y Odebrecht lideró la construcción de la tan ansiada carretera. (Durand, 2018, pp. 200-201.)

- Durante la etapa de ejecución contractual:

Luego de la suscripción del contrato se comenzó con la construcción de la obra. Una vez iniciada la construcción de la carretera, sin embargo, a partir del año 2006, se comenzó a suscribir una serie de adendas procedimentales y presupuestales, siendo estas últimas en las que Odebrecht prestaba recibos para explicar el aumento de costos durante la ejecución de las obras. Cabe señalar que los pagos adicionales por las adendas presupuestales pasaban formalmente por varios filtros que daban el visto bueno sin ningún tipo de observación. (Durand, 2018, pp. 204-205.)

En total fueron más de veinte adendas las que suscribieron el Estado y Odebrecht, muchas de las cuales elevaban el costo del proyecto. En teoría, estas adendas fueron revisadas por ingenieros, economistas y abogados en varias instancias del Estado, lo cual da una señal del nivel de corrupción que se formó en torno a este proyecto. (Durand, 2018, p. 224.)

Tanto la Contraloría como el “Informe en minoría de la Comisión investigadora encargada de investigar el pago de presuntas coimas a funcionarios peruanos por parte de empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contrato con el Estado peruano”, conocido como Informe Pari, consideraron que el costo total de la Carretera Interoceánica Sur, presupuestada inicialmente en 2512 millones de

dólares, terminó costando 4233 millones de dólares. Esta diferencia se habría originado por los pagos adicionales suscritos en las adendas. Al no haberse usado normas internacionales, como los comparadores de costos, esta resultó ser la carretera más costosa jamás construida. (Durand, 2018, pp. 223-225.)

2.1.6. Otros casos investigados

Si bien los casos antes señalados son dos ejemplos de corrupción que involucran a altos funcionarios del gobierno central, lo cierto es que la corrupción también está presente en los gobiernos regionales y locales.

En ese sentido, la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción señaló que el 92 % de alcaldes (1693 de 1841) se encuentran en calidad de investigados por delitos contra la administración pública, tales como peculado, malversación de fondos, negociaciones incompatibles y colusión. En esa misma línea, señala que las entidades con mayores casos de corrupción son las municipalidades provinciales y distritales. (citado en Defensoría del Pueblo, 2017 B, p. 9.)

Por su parte, la Defensoría del Pueblo muestra algunos ejemplos de delitos de corrupción en obras públicas cometidos en algunas regiones. Así tenemos:

- Ayacucho: funcionarios de la Municipalidad Distrital de Paras habrían concertado con un proveedor el otorgamiento de la buena pro del proyecto “Construcción de Canal de Riego para la comunidad de Chahuchura, Maraysara, San Isidro, San Antonio, San Martín de Paras y Huayhuacco”. Se observó que el expediente técnico carecía de serias deficiencias, además de observarse irregularidades durante la ejecución de la obra, que tuvo que ser paralizada. Esto habría ocasionado un perjuicio económico de 3,8 millones de soles. El caso viene siendo investigado por el Ministerio Público. (Defensoría del Pueblo, 2017 B, p.10.)

- Tacna: una de las regidoras de la Municipalidad Distrital Alto de la Alianza presentó una denuncia penal contra el alcalde y el residente de la obra “Construcción del Complejo Deportivo Recreativo y Acuático”, al afirmar que existió una irregularidad en la ampliación del presupuesto, el cual estuvo estimado en 3 116 560 soles y terminó costando 7 447 476 soles. El caso está siendo investigado por el Ministerio público. (Defensoría del Pueblo, 2017 B, p.12.)

- Cusco: en noviembre del 2012 se declaró viable el proyecto “Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Avenida Evitamiento de la ciudad de Cusco”, por un monto de 305 988 582 soles. Este proyecto fue adjudicado al consorcio Vías de Cusco, conformado por la constructora Norberto Odebrecht S.A. y la empresa Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. La ejecución de la obra comenzó en julio del 2013 y debió culminarse en enero del 2015; sin embargo, para diciembre del 2014, solo se contaba con un avance del 70 %, pese al incremento aprobado mediante diversas adendas. La obra no fue entregada en el tiempo acordado, por lo que correspondía que el consorcio pagará una penalidad de 27 millones de soles, lo cual no ocurrió porque, en diciembre del 2014, un mes antes del plazo límite, el exdirector ejecutivo del PER Plan Copesco redujo las metas de la obra, evitando así la aplicación de penalidades al consorcio. Por otra parte, en abril del 2014, la empresa Odebrecht inicia un arbitraje contra el Gobierno Regional del Cusco por 63 millones de soles por conceptos de adicionales de obra. Este caso viene siendo investigado por la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. (Defensoría del Pueblo, 2017 B, p. 21.)

Se puede observar que la corrupción no solo está presente en el gobierno central, sino también en los gobiernos regionales y locales, estando presentes en las diferentes etapas de las contrataciones por obras públicas.

Si bien se podría entender que existe un riesgo muy elevado en el sistema de contrataciones, también es cierto que los actos de corrupción no existirían si no hubiera los actores que lo realicen. Es decir, los problemas de corrupción en el proceso de contrataciones con el Estado no se deben a deficiencias normativas —la cual, incluso, está sobre regulada—

, sino por la participación articulada de los diversos actores que buscan la manera de vulnerar la norma. (Hernández, 2012, p. 67.)

2.2. Libre competencia y corrupción en las contrataciones estatales

Según el artículo 61 de la actual Constitución Política del Perú, el *Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.* (Constitución, 1993.)

Así también, el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 757, Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, señala que *la libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.* (Decreto Legislativo N.º 757, 1991.)

Por su parte, el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 030-2019-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece que *la presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.* (Decreto Supremo N.º 030-2019-PCM, 2019.)

De lo anterior, nuestro Estado respeta y protege la libre competencia, de tal manera que sanciona aquellas conductas anticompetitivas que puedan afectarla. Al respecto, según Espinoza, “La competencia viene a ser un proceso natural que se da en el mercado y que puede ser definida como la rivalidad de empresas por obtener las preferencias de los consumidores e incrementar su participación en el mercado”. (citado en Dávila, 2019, p. 120.)

Siendo ello así, la competencia es una figura que condiciona el buen funcionamiento del mercado, mejora la economía, genera trabajo, beneficia a los consumidores y proveedores. En consecuencia, si no hay competencia, es probable que el esfuerzo de los proveedores por

acaparar la preferencia de los consumidores disminuya y se traduzca en un alza de precios y baja calidad de productos o servicios. (Dávila, 2019, p. 120.)

Lo contrario ocurre en un mercado competitivo, donde no existe perdedores, sino que se benefician tanto el Estado y las empresas como los consumidores. Por el lado de las empresas, estas compiten por ofrecer un mejor producto o servicio, y lograr un mejor posicionamiento en el mercado, lo cual se traducirá luego en un incremento en sus ingresos e imagen corporativa. Por parte de los consumidores, estos obtienen mejores productos o servicios a precios adecuados, lo cual ayuda a que mejore su calidad de vida. Por último, el Estado podrá recaudar mayores ingresos y destinarlos a mejorar los servicios que presta a la población. (Dávila, 2019, p.121.)

Como se puede apreciar, en un escenario de libre competencia todos los actores que participan resultan beneficiados de alguna manera. Por eso, con la finalidad de salvaguardar el bienestar de la población, el Estado debe velar por que se respete y garanticen las condiciones necesarias para que no se perjudique la libre competencia.

Para ello, el Estado debe hacer uso de políticas de libre competencia, las cuales deben estar encaminadas a conseguir el mayor bienestar para los consumidores; además de desincentivar y castigar aquellas conductas comerciales que puedan generar una asignación ineficiente de recursos. (Cáceres, 2002, p. 101.)

En esa misma línea, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) señala que “*Las normas de defensa y protección de la libre competencia buscan evitar que las empresas concentren poder de mercado por razones distintas a una mayor eficiencia, y también que utilicen de forma ilegal el poder de mercado que tienen*”. (INDECOPI, 2013, p. 11.)

De lo anterior, la libre competencia solo es posible cuando existen varios proveedores que compiten entre ellos con la finalidad de ofrecer un mejor bien o servicio. Llevando este enunciado al campo de las contrataciones por obras públicas, la libre competencia está

presente en la medida en que existan varios concursantes que compitan en igualdad de condiciones; es decir, que las reglas, sanciones o beneficios se apliquen a todos por igual.

En un primer momento, la elaboración de las bases de las licitaciones debe realizarse según las necesidades de la obra, estableciendo los requisitos que el ejecutor debe tener a fin de garantizar un adecuado cumplimiento. Como hemos visto en los casos estudiados, muchas de las bases de las licitaciones fueron elaboradas para favorecer a una empresa en particular, poniendo requisitos que la mayoría de los competidores no pudiera cumplir.

Luego, durante la etapa de calificación, el comité que se encargue de la calificación de cada uno de los concursantes también debe actuar de manera imparcial y verificar que se cumpla con los requisitos solicitados, de tal manera que puedan escoger a un ganador que cubra las necesidades que la obra requiere, lo cual, además, garantiza que la ejecución de la obra se realice de manera adecuada y con las condiciones técnicas y económicas requeridas. Sin embargo, hemos visto en los casos de estudio, que varios de los integrantes de la comisión de calificación se encontraban coludidos con algunas empresas, lo cual garantizaba que se les otorgase la buena pro de las licitaciones, incluso existiendo deficiencias técnicas que serían motivo de descalificación.

En consecuencia, el hecho de que existan actos de corrupción entre empresas privadas y funcionarios estatales durante un proceso de licitación vulnera el derecho de libre competencia, el cual es un factor importante en el desarrollo del país.

Si una empresa goza del favor del Estado para ganar una licitación, impide que los demás concursantes compitan en igualdad de condiciones. Esto se puede llegar a traducir en desinterés por parte de los concursantes, que ya no verían atractiva la posibilidad de participar en los concursos de licitación.

Entonces, es importante tener en cuenta que contar con un sistema de contrataciones desprestigiado, sobre todo, por los múltiples casos que se van encontrando, genera que las empresas formales, y que cuentan con códigos de ética debidamente constituidos, identifiquen

un riesgo muy alto al momento de participar en los concursos ya que, desde un inicio, pueden predecir que las obras serán adjudicadas a otras empresas que, aún sin contar con las condiciones técnicas y económicas necesarias, serán ganadoras por haberse coludido con los funcionarios públicos. Por lo que no verían atractiva la posibilidad de concursar.

Desde el punto de vista del Estado, se estaría perdiendo la posibilidad de contratar con el candidato mejor preparado y bajo las condiciones técnicas y económicas más adecuadas. Ello, además, repercute en la sociedad, toda vez que se corre el riesgo de que las obras, que son necesarias para la población, queden paralizadas o se realicen con una mala calidad.

Para garantizar una libre competencia, el Estado puede hacer uso de diversos instrumentos, como las normas de libre competencia. Así también la exigencia de implementar un *compliance* anticorrupción podría ser otra vía. Como vimos en el Capítulo 1, el *compliance* busca que las empresas implementen los mecanismos de control y supervisión que garanticen el cumplimiento normativo, por lo que reduce el riesgo de que las empresas cometan delitos como los de corrupción. Por lo tanto, al reducir el riesgo de corrupción, las condiciones para el ejercicio de la libre competencia estarían aseguradas, lo cual generaría una mayor confianza en las empresas que decidan concursar en licitaciones.

2.3. Conclusiones del capítulo

De lo expuesto, podemos observar que en nuestra legislación contamos con algunas herramientas que buscan enfrentar la corrupción en el ámbito empresarial. Para ello, el *compliance*, a través del modelo de prevención, viene a ser una herramienta importante para tal fin. Sin embargo, esta implementación es voluntaria, el Estado no exige que una empresa tenga que realizar la implementación para realizar sus actividades.

Como se mencionó, la naturaleza del *compliance* es ser un mecanismo de autorregulación, por lo que las empresas pueden optar por implementarlo o no. Son muchas las que deciden hacerlo porque entienden que con ello obtendrán una serie de beneficios, como, por ejemplo,

la exclusión de responsabilidad penal, mejor imagen corporativa y aumento del valor de la empresa, entre otros.

Sin embargo, nuestro país tiene una historia de corrupción muy marcada; eso lo demuestran los estudios, rankings internacionales y las noticias que, en los últimos años, han sido materia de investigaciones judiciales, como el caso del Metro de Lima o el de la Carretera Interoceánica Sur. En este escenario es que se siente la necesidad de implementar medidas drásticas para luchar contra la corrupción.

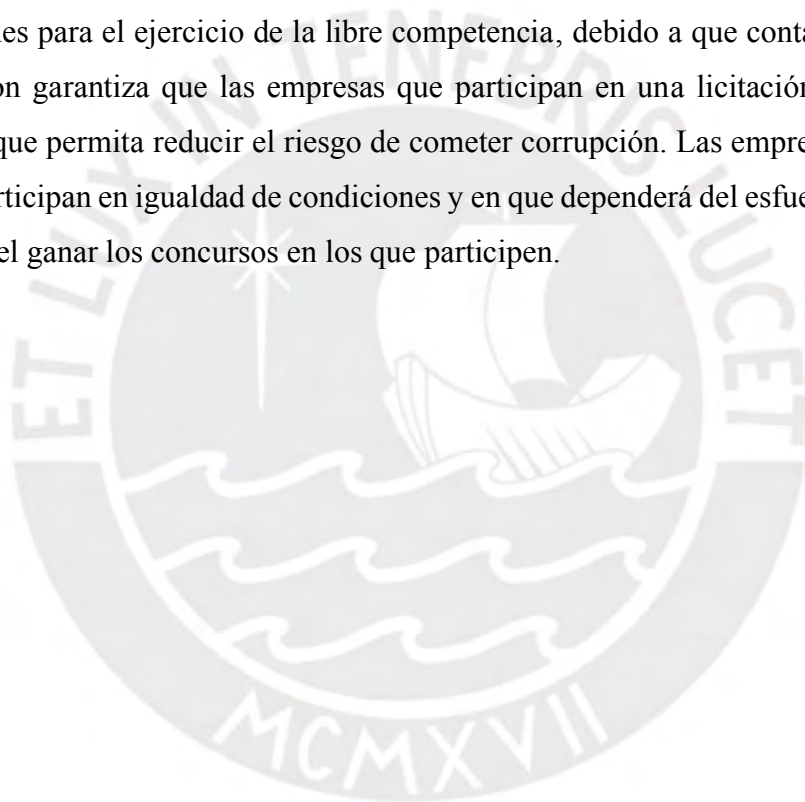
Considerando que la mayor parte de la corrupción está ligada a los contratos de obras en infraestructura, es en ese sector en el que resulta necesaria una regulación que exija que las empresas que contraten con el Estado por estos conceptos deban implementar de manera obligatoria un sistema de *compliance* anticorrupción. Esta medida debería ser incluida dentro de las bases de contratación, no solo como un beneficio de puntaje adicional, sino como un requisito indispensable.

Es cierto que contamos con normas buenas y necesarias (leyes 30225 y 30424) para hacer frente a los actos de corrupción empresarial; sin embargo, es posible que contemos con una buena regulación, pero de nada servirá si no se cuenta con el compromiso de los distintos actores (funcionarios públicos y privados). En ese sentido, por el lado de la OSCE se evidencia que ya se comienza a implementar los mecanismos necesarios para un funcionamiento adecuado de la institución, el cual permitiría que, en las contrataciones estatales futuras, la posibilidad de que se cometan actos de corrupción sea mínima.

No debemos dejar de lado el hecho de que la presencia de corrupción en las licitaciones por obras públicas vulnera el ejercicio de la libre competencia, el cual es un factor clave para obtener la eficiencia que se busca en las contrataciones con el Estado. La presencia de corrupción genera un elevado riesgo en las empresas concursantes, las cuales pueden desistir de participar y, con ello, se vería afectado el Estado y, sobre todo, la población.

Por otra parte, como se aprecia de los estudios e investigaciones expuestos, existe un riesgo muy grande de que se cometan actos de corrupción en los procesos de contratación estatal, sobre todo, en las relacionadas a obras de infraestructura. Siendo ello así, se considera razonable la implementación obligatoria de modelos de prevención o *compliance* en aquellas empresas que contraten con el Estado bajo el mecanismo de licitaciones, mientras que, para las demás empresas, dicha implementación sería voluntaria, pero siempre informando sobre los beneficios a los que podrían acceder.

Además, la implementación del *compliance* permitiría reducir el riesgo asociado a la falta de condiciones para el ejercicio de la libre competencia, debido a que contar con un modelo de prevención garantiza que las empresas que participan en una licitación cuenten con un mecanismo que permita reducir el riesgo de cometer corrupción. Las empresas confiarían en que todas participan en igualdad de condiciones y en que dependerá del esfuerzo y habilidades de cada una el ganar los concursos en los que participen.



CAPÍTULO 3: DISCUSIÓN

En el desarrollo de los capítulos anteriores hemos podido observar que existe un esfuerzo por parte del legislador peruano por hacer frente a la lucha contra la corrupción a nivel estatal y empresarial, además de alinear nuestra legislación en materia de corrupción con las de organismos internacionales, como el ODCE.

Como pudimos ver en el Capítulo 2, la corrupción se encuentra en las distintas etapas de la contratación. Si bien la presente investigación se realizó teniendo como base los contratos por obras bajo la modalidad de licitaciones, lo cierto es que la corrupción se puede evidenciar en todos los procesos de selección, que pueden ser para la adquisición de bienes, servicios u obras públicas de menor cuantía, tanto para el gobierno central y regional como local, tal como ha señalado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en su informe temático “La corrupción en los gobiernos regionales y locales”.

Ahora bien, del capítulo anterior se puede desprender una serie de problemas como falta de institucionalidad, riesgo asociado a la libre competencia, falta de una cultura anticorrupción, tanto de parte del Estado como de los ciudadanos, entre otros; sin embargo, es necesario tener presente el problema materia de esta investigación y sobre el cual se busca dar una posible solución en este capítulo; esto es, la implementación del *compliance* anticorrupción, bajo las directrices del ISO 37001, de manera obligatoria en las empresas que liciten con el Estado por obras públicas, con la finalidad de ser usado como una herramienta para la lucha contra la corrupción desde el ámbito empresarial.

Como se ha visto, contamos con una normativa que regula de manera adecuada las contrataciones estatales; sin embargo, son los propios funcionarios públicos los que buscan la manera de no aplicar las normas de manera tal que se asegure una ventaja a terceros interesados. Siendo ello así, observamos una ineficiencia por parte del Estado, lo cual lleva a buscar otro tipo de soluciones, esta vez, desde el lado del otro actor involucrado en las redes de corrupción: las empresas. Así, la propuesta de la presente investigación se centra en la obligatoriedad del

compliance anticorrupción en las empresas que contratan con el Estado a fin de compensar la mencionada ineficiencia estatal.

Cabe señalar que, si bien existe cierto grado de ineficiencia estatal, en los últimos años se ha visto un mayor interés de parte del Estado de solucionar este problema a través de la aprobación e implementación de diferentes mecanismos, como por ejemplo, la “Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción”, los “Lineamientos para la implementación de la función de integridad en las entidades de la Administración pública”, la creación de las Oficinas de Integridad Institucional en todas las administraciones públicas, y otras más; así como la implementación del ISO 37001 por parte de entidades como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerable, el Ministerio de Defensa y la Autoridad Nacional del Agua, entre otros.

Si bien se trata de medidas necesarias, en muchos casos, su implementación aún se encuentra en proceso, pero, una vez realizadas, podrán ser herramientas útiles que se complementarán con medidas como las que se plantearán en este capítulo; todo esto con la finalidad de formar un sistema integral, tanto de parte del Estado como de los privados, para hacer frente a la corrupción, y más aún, comenzar a generar una cultura anticorrupción en la sociedad.

3.1. Modelo mixto para la implementación del *compliance* anticorrupción

Como pudimos ver en el Capítulo 1, en sus inicios, la implementación del *compliance* se realizaba por la propia voluntad de las empresas; es decir, por la autorregulación, con lo cual cada una de ellas decidía de manera voluntaria si debían implementar o no algún *compliance* dentro de su organización. Esta decisión se toma basándose en muchos criterios, siendo uno de ellos los costos de transacción asociados a dicha implementación, que pueden llegar a ser elevados, lo cual implica que no muchas empresas, sobre todo, las pequeñas, no estén en posibilidad de afrontar.

Al respecto, los costos de transacción involucrados en la implementación de un *compliance* se pueden dividir en tres aspectos: los costos de mantenimiento, los costos sobre incumplimiento y los costos relacionados a la gobernabilidad.

Respecto al primero, se refiere a los costos para ejecutar y promover la política como, por ejemplo, el costo de personal, capacitaciones, consultoría, etc.; sobre los costos de incumplimiento, estos están referidos a las sanciones, multas, impuestos, pérdida de ingresos, daños de reputación a la empresa, honorarios de abogados, etc.; y, por último, los costos relacionados a la gobernabilidad son aquellos relacionados al mantenimiento y gastos de la junta directiva, costos legales y jurídicos, auditoría independiente y relaciones con inversionistas y comunicaciones. (Pereira, 2015, p. 267.)

Como se puede apreciar, la inversión para la implementación del *compliance* no solo se da en un primer momento, sino que viene a ser un presupuesto adicional que estará presente a lo largo de la vida de la empresa, lo cual hace que sea poco atractiva para empresas medianas o pequeñas que no quieren incurrir en desembolsos adicionales. Como señala Juape en una entrevista periodística, el costo de la implementación de un *compliance* depende de las características de la organización “[...] un plan de prevención de delitos puede partir desde unos pocos miles de soles hasta muchos cientos de miles en función de las características tamaño y complejidad desde la organización.” (Gestión, junio 2019.)

Al respecto, debemos tener en cuenta que el *compliance* o modelo de prevención tiene que ser diseñado de manera específica para cada empresa; es decir, su diseño dependerá de las características y complejidades que tenga la empresa que hará uso de ella.

Pasando al ámbito de la autorregulación, como vimos en el Capítulo 2, la Ley N.º 30424 establece que las personas jurídicas pueden ser responsables por la comisión de los delitos, entre ellos, los de corrupción; sin embargo, se establece la posibilidad de eximir las de dicha responsabilidad si, previamente a la comisión del delito, hubieran implementado un modelo de prevención o *compliance*, modelo que, además, deberá contar con los siguientes elementos mínimos (Ley 30424, 2016, artículo 17):

- Designar un encargado de prevención.
- Identificación, evaluación y mitigación de riesgos de la comisión de los delitos señalados por la norma.

- Implementación de procedimientos de denuncia.
- Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
- Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Es decir, el Estado permite que sean las propias empresas las que se encarguen de diseñar el modelo de prevención que se adecue mejor a su organización, pero siempre incluyendo en este los elementos mínimos antes señalados. Cabe señalar que la implementación del modelo de prevención es voluntaria; cada empresa determinará si realiza la implementación y, en consecuencia, gozará del beneficio de eximir la responsabilidad.

A fin de plantear la propuesta de un sistema mixto de implementación de *compliance* es necesario tener en cuenta varios factores, los cuales, además, fueron analizados en los capítulos anteriores.

Por un lado, queda claro que la corrupción ha estado presente a lo largo de nuestra historia, cuyo perjuicio económico ha sido sentido por la población. Por otro lado, la lucha contra la corrupción debe ser una de las principales tareas del Estado, desde la cual deben nacer las iniciativas y servir de ejemplo para la sociedad. Sin embargo, en los últimos años se ha evidenciado una falta de institucionalidad en gran parte de las entidades estatales, por lo que la lucha contra la corrupción no ha dado mayores frutos. Si bien últimamente se está intentando cambiar esta situación, aún falta un gran camino por recorrer.

Finalmente, de los diversos estudios revisados, los casos de corrupción más importantes, y cuyo perjuicio económico ha sido considerable, están relacionados a la construcción de infraestructura, siendo la licitación por obras el instrumento más utilizado para llevarlas a cabo. Sobre este punto debemos considerar que estamos ante un uso indebido de recursos del Estado, los cuales pertenecen a todos los peruanos y deberían ser usados para garantizar su bienestar, que, además, es un derecho fundamental recogido en nuestra Constitución y que el Estado está obligado a salvaguardar.

De igual manera, el Estado debe garantizar el ejercicio de la libre competencia, el cual es base para un adecuado funcionamiento del mercado, lo cual se traduce luego en un bienestar de la población al ver cubiertas sus necesidades.

Una primera propuesta de esta investigación planteó la posibilidad de realizar modificaciones a la Ley N.º 30424 con la finalidad de pasar de un modelo voluntario de *compliance* a uno obligatorio, con lo cual todas las empresas deberían contar con un modelo de prevención. Esta podría ser una propuesta válida para hacer frente a la corrupción; sin embargo, se deben tener en cuenta los costos de transacción y la realidad de muchas empresas en nuestro país, sobre todo, de las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYME) que no cuentan con los recursos para realizarlo, además de ir en contra de la naturaleza propia del *compliance*, el cual es su voluntariedad.

Al respecto, según las estadísticas del Ministerio de la Producción, en el 2017, las MIPYME representaban el 99,5 % del total de las empresas formales en la economía peruana, de las cuales el 87,6 % se dedicaban a la actividad de comercio y servicio, y el restante 12,4% a la actividad productiva; además, sólo el 6 % de las MIPYME acceden al sistema financiero regulado, cifra que va en aumento. (Ministerio de la Producción, revisado el 3 de junio de 2020.)

Considerando estas cifras, además del hecho de que la implementación de un modelo de prevención no suele ser barato, resultaría contraproducente exigirle a las MIPYME que implementen un *compliance*. Esta medida, más que un incentivo, es una carga pesada, además de fomentar la informalidad de las empresas que tienen pensado constituirse.

Por otra parte, no debemos dejar de lado la naturaleza voluntaria del *compliance*, además de la autorregulación regulada instaurada por el Estado sobre este tema, por lo que no se podría obligar a las empresas, incluso las de gran tamaño, a que implementen un modelo de prevención que consideren innecesario en su organización.

Considerando lo antes mencionado, no es posible exigir la implementación del modelo de prevención a todas las empresas, motivo por el cual será necesario tomar en cuenta otros criterios que respalden la obligatoriedad de su aplicación en determinadas empresas. Es así como se plantea la utilización del modelo mixto.

Debemos tener presente que, al hablar de contrataciones con el Estado, el dinero que se usa para pagar por el bien, el servicio o la obra son recursos estatales, recursos que pertenecen a todos los peruanos y que deben ser destinados al bienestar colectivo y no solo al de unos cuantos. Además, se ha identificado que las contrataciones por obras públicas han sido los instrumentos que más corrupción han generado.

También es cierto que la implementación de un *compliance* anticorrupción o modelo de prevención implica gastos adicionales para las empresas, sobre todo, para las MIPYME, cuyos ingresos no son tan elevados como el de las grandes empresas, o para aquellas que recién inician operaciones, lo que las imposibilita de costear la mencionada implementación. Sin embargo, por el otro lado, tenemos la corrupción como el gran mal de la sociedad, que se debe atacar a fin de conseguir el bienestar social de la población, sumado a ello la crisis de institucionalidad que aún está presente en varias entidades del Estado.

Por ello, se hace necesaria la creación de un modelo mixto de implementación del *compliance* anticorrupción, con lo cual la implementación será obligatoria para algunas empresas y voluntaria para otras; con esto estaríamos equiparando la carga que las empresas deberían soportar.

Debido a los problemas ya mencionados, la implementación obligatoria debería ser instaurada para aquellas empresas que contraten con el Estado por obras públicas bajo la modalidad de licitaciones; es decir, obras cuya valoración sea igual o mayor a 1 800 000 soles.

Es cierto que en el tema de contrataciones por obras públicas ya se cuenta con un proceso que permite otorgar puntajes adicionales a aquellas empresas que acrediten la implementación

del ISO 37001. Esta iniciativa debería ser modificada y pasar a ser una exigencia para las empresas interesadas en participar en los procesos de selección.

Son muchos los modelos que pueden usar las empresas a fin de implementar el *compliance* requerido por la Ley 30424; sin embargo, a fin de tener un estándar, este debería ser el del ISO 37001, ya que, es la norma internacional adoptada por el Estado a través del INACAL; además, según la exposición de motivos del Reglamento de la Ley 30424, el contenido de dicha norma se elaboró basándose en el mencionado ISO; por último, es el ISO que reconoce la OSCE dentro de sus procesos de selección.

Por otra parte, para aquellas empresas que no se encuentren obligadas, sería necesario que desde el Estado se busque la manera de informar sobre los beneficios que acarrea la implementación del *compliance*, los cuales están relacionados a imagen institucional, mejores posibilidades de financiamiento y creación de una cultura anticorrupción, entre otras; todo esto con la finalidad de captar el interés de los empresarios que verían el *compliance* como una inversión y no como un gasto innecesario, además de concientizar sobre la cultura anticorrupción en sus trabajadores, los cuales la podrían replicar luego en el resto de la sociedad y así comenzar a crear una cultura anticorrupción, tan necesaria para el país.

De manera gráfica tendríamos lo siguiente:

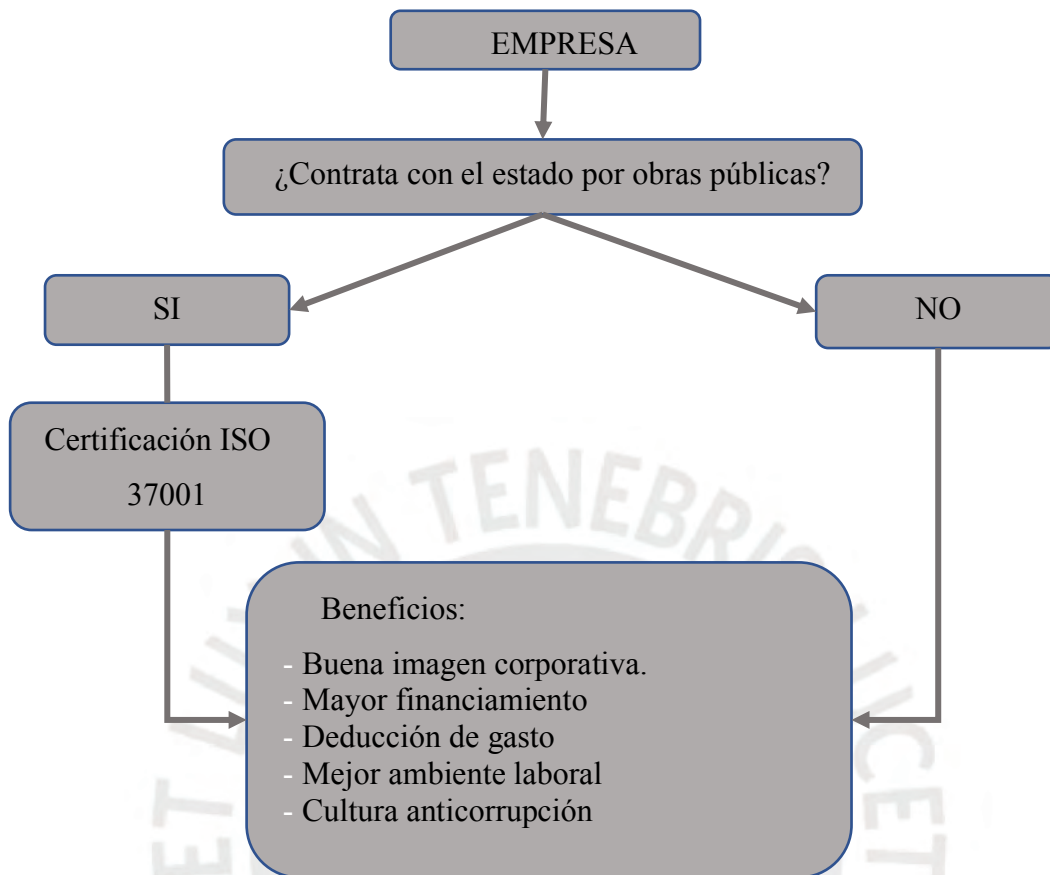


Figura 1. Aplicación del modelo mixto

Adicionalmente, contar con un *compliance* debe ser visto como una garantía de que las empresas respetan las normas y conducen de manera adecuada sus actividades; lo cual garantiza que se genera una adecuada competencia en el mercado, donde cada proveedor de bienes o servicios sería reconocido por su esfuerzo y la calidad del producto que brinda, criterio que, además, es importante dentro de las contrataciones estatales.

En consecuencia, contar con un sistema mixto, obligatoria para las empresas que contraten con el Estado por obras públicas, garantizaría que la comisión de actos de corrupción disminuya debido a que dichas acciones serían identificadas de manera oportuna antes de que se cometa el ilícito.

3.2. Beneficios adicionales a la implementación del *compliance* anticorrupción

Es cierto que la implementación de un *compliance* requiere de una inversión considerable; sin embargo, el factor monetario no debería de ser el único criterio que evalúen las empresas al momento de tomar la decisión de su implementación. Para ello es necesario mostrar los beneficios adicionales, tanto para las empresas como para las entidades del Estado que podrían generarse con la mencionada implementación.

3.2.1. Para la empresa

Uno de los beneficios más importantes para las empresas que implementen un *compliance* está relacionado a la reducción del riesgo de comisión de actos de corrupción y las implicancias de estas. Es decir, se evita incurrir en un delito de corrupción y tener que hacer frente a un proceso penal que implica, entre otros, el gasto de abogados, pago de reparaciones civiles, cancelación de licencias y contratos con el Estado. Esto perjudica a la empresa a todo nivel, tanto en aspectos económicos, porque se dejaría de percibir las ganancias estimadas, como aspectos relacionado a la reputación frente a la sociedad.

Según estudios sobre el valor comercial del *compliance*, se concluyó que 1,00 dólar gastado en la implementación del *compliance* equivale a un ahorro de 5,00 dólares para los gastos con demandas, daños de reputación y la pérdida de productividad (Pereira, 2015, p. 267). En pocas palabras, es mejor invertir en la implementación de un buen *compliance* a tener que soportar las consecuencias de no tener uno.

Por otra parte, también se deben tener en cuenta otros beneficios que la implementación del *compliance* puede otorgar y los cuales están ligados a una buena imagen corporativa, así tenemos (Marquina, 2016, p. 247):

- Mejora de la percepción de los consumidores sobre la calidad de los productos o servicios.
- Mejora la capacidad de contratación y retención de las corporaciones.

- Levanta la moral de los empleados y, en consecuencia, la productividad.
- Protege valor: disminuye el impacto de la escrutinización, crisis y ataques competitivos.
- Precede y ayuda a la expansión internacional; no sólo en términos de penetración de mercado, sino también preparando el terreno entre comunidades claves y facilitando alianzas.
- Atrae un mayor número de inversionistas, ya que otorga credibilidad.
- Diferencia a la compañía de sus competidores.
- Permite acceso a un capital o financiamiento más barato.

Desde un punto de vista financiero, se puede lograr una mayor valorización de las acciones debido a que se cuenta con reglas que evitan infracciones futuras, una mejora en la transparencia de la información, facilidades para acceder a financiamiento bancario y mejores tasas de interés, entre otros. (Clavijo, 2014, pp. 632-633.)

A esto debemos agregar que, tributariamente, la inversión que se realice en la implementación del *compliance* puede ser deducido como gasto del ejercicio en que se ejecute.

De lo visto se puede observar que los beneficios pueden ser varios y de diferente índole, por lo que la evaluación de su implementación debería ser tomada en serio por parte de las empresas. Es mejor invertir en un *compliance* que afrontar las consecuencias de no tenerlo, además del castigo social que podría generarse.

3.2.2. Para el Estado

La implementación obligatoria del *compliance* anticorrupción también acarrea una serie de beneficios para el Estado.

La comisión de algún tipo de soborno por parte de una empresa a un funcionario público puede llegar a afectar la competencia y reducir la competitividad (Astudillo, 2016, p. 239). Esto puede apreciarse en los casos analizados. El pago del soborno conllevaba a que las

bases de la licitación fueran favorables para una empresa y no para las demás participantes, con lo cual se generaba un escenario en el cual la libre competencia se vio vulnerada. En consecuencia, la implementación del *compliance* anticorrupción puede evitar que se cometan actos de corrupción —como el soborno—, que afecten la libre competencia en el mercado.

Ahora, respecto a la etapa de calificación, la implementación del *compliance* anticorrupción puede evitar que se presenten empresas *casarón* al proceso, creadas con la finalidad de encubrir actos indebidos o limitar la responsabilidad de las empresas que la constituyen. Con esto se reduce el número de empresas participantes, y que, además, son aquellas constituidas de manera legítima y con sus accionistas debidamente identificados, por lo que se produciría un ahorro de horas hombre para el Estado.

Durante la etapa de ejecución del contrato, considerando que la implementación del *compliance* implica que la empresa ejecutora realice sus actividades de una manera ética, correcta, eficiente y alineada con las buenas prácticas empresariales del sector, se tendría la seguridad de haber contratado con una buena empresa, en el sentido de que cumple con todos los criterios éticos y económicos, por lo que sería capaz de asumir todas las obligaciones que se establezcan en el contrato. Es decir, se estaría garantizando la ejecución íntegra de las obras contratadas, además de contar con una buena calidad en su edificación. Este punto resulta de importancia si tenemos en cuenta que, según el Reporte de Obras Paralizadas 2019, elaborado por la Contraloría General de la República, al 31 de julio de 2018 se tenían 867 obras paralizadas por un monto contratado de 16 870 855,767 soles (La Contraloría General de la República, 2019, p.1). Estas cifras podrían reducirse con la implementación del *compliance* anticorrupción obligatorio para las empresas que contraten con el Estado por obras públicas.

Ahora bien, contar con un *compliance* por parte de las empresas que participen en las licitaciones asegura que estas cuenten con una línea ética, y que realizarán sus propuestas considerando los costos reales de la ejecución (mano de obra, materiales, diseños, etc.), con lo cual se evitaría que durante la ejecución de la obra se reduzca la posibilidad de generar

los famosos costos adicionales, los que, como hemos visto en el caso del Metro de Lima, pueden llegar a aumentar el valor real de la obra.

Finalmente, al haber realizado la obra de manera adecuada y siguiendo los parámetros técnicos, se evitarían conflictos que pudieran terminar en arbitrajes o procesos judiciales. Se estaría reduciendo costos de transacción para el Estado.

3.2.2. Para la sociedad

Como se mencionó, el hecho de que las empresas cuenten con un *compliance* anticorrupción puede llegar a dar cierta garantía de que se trata de entidades que cumplen con las normas y conducen sus actividades dentro de un marco ético, lo cual asegura que los bienes y servicios que ofrecen son adecuados y de calidad.

En el ámbito de las contrataciones con el Estado, las empresas que obtengan la buena pro de las obras públicas garantizan que estas se ejecutarán de manera óptima. Es decir, al contar con buenas obras, se asegura que las necesidades de la población sean atendidas de manera adecuada y que mejoren su calidad de vida.

Además, debemos tener en cuenta que la implementación de un *compliance* anticorrupción conlleva la participación de todos los integrantes de una empresa, es decir, a todos los trabajadores. Por lo que, si se llega a instaurar una política de anticorrupción en estas personas y las hacen parte de su día a día, esta forma de pensar podría ser replicada en otros aspectos de su vida en sociedad, en sus hogares y centros educativos, entre otros, con lo cual se estaría dando inicio a la creación de la cultura anticorrupción que tanto se necesita en el país.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de la historia del Perú se han visto muchos casos de corrupción, los cuales muchas veces han sido engendrados por la incapacidad de las instituciones y los funcionarios públicos a su cargo. Si bien en los últimos años ya se cuenta con un compromiso para revertir esta situación, aún está en una etapa inicial, por lo que resulta necesario que el sector privado también se involucre en este cambio.
2. Una de las herramientas que viene siendo usada en distintos países es la implementación de los programas de cumplimiento o *compliance* por las empresas. En nuestro país, esta implementación ha sido recogida en la Ley N.º 30424; sin embargo, su implementación es voluntaria.
3. Los casos de corrupción más importantes han sido detectados en el sector de obras públicas de infraestructura, motivo por el cual resulta necesario hacer un análisis del proceso de contrataciones de obras públicas e identificar los posibles riesgos de corrupción.
4. Actualmente contamos con una normativa adecuada en materia de contrataciones estatales, así como de responsabilidad aplicada a las empresas que cometan delitos de corrupción (Ley N.º 30225 y Ley N.º 30424); sin embargo, el problema radica en los operadores de estas normas, tanto funcionarios públicos como empresas privadas, coludiéndose para adjudicarse las obras de mayor cuantía. Esto se pudo apreciar en los casos analizados del Metro de Lima y Carretera Interoceánica Sur.
5. De la revisión de los casos, se ha identificado que la corrupción está presente en las tres etapas de la contratación, lo cual implica que las redes de corrupción se encuentran arraigadas en todos los niveles del Estado, llegando a implicar incluso a ex presidentes de la república, ministros y otros funcionarios de alto rango.

6. La presencia de actos de corrupción en las contrataciones estatales llega a ser un riesgo que es percibido por las empresas que buscan participar en los procesos de licitaciones. Es decir, saber de la posible existencia de actos que beneficien a determinadas empresas, hace que una empresa cualquiera vea un riesgo elevado el hecho de participar en algún concurso de licitación porque sabe que es muy probable que no resulte ganador. Con lo cual, además, se estaría vulnerado el derecho a la libre competencia, generando un desincentivo que termina perjudicando al Estado y la sociedad.
7. Una posible solución es la implementación obligatoria del *compliance* anticorrupción. Sin embargo, esta obligación no puede ser aplicada a todas las empresas porque no todas cuentan con la capacidad económica para realizar dicha actividad.
8. Considerando que los casos de corrupción más importantes están relacionados a las contrataciones por obras públicas bajo la modalidad de licitaciones, es para estas empresas que se debería aplicar la obligación de implementar el *compliance* anticorrupción. Esto se justifica también, en el hecho de que la contraprestación que recibirán las empresas son recursos estatales que pertenecen a todos los peruanos y que deben ser usados de manera eficiente para garantizar el bienestar de todos.
9. Las empresas que no se encuentren obligadas a la implementación deben entender que los beneficios que podrían obtener no solo se limitan a la exoneración de responsabilidad en casos de delito de corrupción, sino que va más allá de ello y en concordancia con los fines de un buen gobierno corporativo. Es decir, al generar una mejor situación en el mercado mediante diversos factores como, por ejemplo, creando una mejor imagen ante los inversionistas y la sociedad, se obtendrían mayores facilidades para el financiamiento (mejor récord crediticio, menores tasas de interés y mayor valor de la empresa en caso se decidiera vender) y mayor valor de la marca, entre otros. Además, se comenzaría a generar una cultura anticorrupción en los empleados, los cuales a su vez podrían replicar ese comportamiento en la sociedad.

10. La implementación de *compliance* anticorrupción también permitiría reducir el riesgo de la vulneración al ejercicio de la libre competencia. Se garantizaría que las empresas respetan la ley y que, por ende, compitan entre ellas en igualdad de condiciones. En el ámbito de las contrataciones estatales por obras públicas, se generaría una mayor confianza entre los postores.
11. Ahora bien, una solución normativa sería modificar la Ley N.º 30424; sin embargo, hay que considerar que este camino acarrea una serie de procedimientos legislativos que podrían retrasar e incluso evitar la mencionada modificación. Ante ello, la fórmula jurídica más eficaz y menos onerosa sería la emisión, por parte del OSCE, de una resolución en la que se estableciese que las empresas que contraten con el Estado por la ejecución de obras de infraestructura bajo la modalidad de licitaciones, esto es, por obras mayores a 1 800 000 soles, deben acreditar la implementación del ISO 37001, que es la norma adoptada por nuestro ordenamiento. A su vez, el ISO 37001 debería ser certificado por una institución independiente, como el Instituto Nacional de Calidad (Inacal) o algún otro auditor externo con experiencia en el tema.
12. Si bien la propuesta planteada puede ser de ayuda para combatir la corrupción desde el sector empresarial, lo cierto es que contar con un *compliance* como el ISO 37001 no garantiza que no se sigan cometiendo actos de corrupción; el riesgo siempre ha estado presente desde el inicio de los tiempos y lo seguirá estando. La implementación del *compliance* busca reducir de manera considerable los riesgos de corrupción y el compromiso de las empresas para que esto suceda.
13. En todo caso, el reto real, y para lo cual el *compliance* es de gran utilidad, es comenzar a cambiar la cultura de la sociedad y de las organizaciones, de tal manera que se pueda interiorizar el hecho de que las conductas ilícitas, como el de la corrupción, nos perjudica a todos e impide el desarrollo del país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Astudillo, G & Jiménez, S. (2015). Programas de cumplimiento como mecanismo de lucha contra la corrupción: especial referencia a la autorregulación de las empresas. *Derecho & Sociedad*, (45), 63-73.
- Astudillo, G. (2016). Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (*compliance*) en el Perú. En Hurtado, J (Ed.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance* (pp. 233-258), Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cabral, E. & Huamán, G. (2019). Funes: 40 % de las contrataciones con el Estado Peruano tienen riesgo de corrupción. Revisado en: <https://ojo-publico.com/1499/proyecto-funes-riesgos-de-corrupcion-en-contratos-publicos>
- Cáceres, F. (2002). El por qué de la política de libre competencia. *Derecho & Sociedad*, (19), 89-103.
- Carvalhosa, M. (2014). La nueva ley anticorrupción brasileña. *Revista Ars Iuris Salmanticensis*, (2), 37-45.
- Casanovas, A. (2018). *Estándares internacionales de compliance: ISO 19600 e ISO 37001*. Recuperado de: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2018/07/estandares-internacionales-compliance.pdf>
- Clavijo, C. (2014). Criminal *compliance* en el derecho penal peruano. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, (74), 625-647.
- Coca, I. (2018). Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad “penal” empresarial en el ordenamiento jurídico español. En Reyna, L. (Ed.),

Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE. UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador) (pp. 145-169), Lima: Ideas.

- Coca, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de regulación autorregulada? En Silvia, JM (Ed.), *Criminalidad de empresas y compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-76), Barcelona: Atelier.
- Choy, E. (2007). Principios de buen gobierno corporativo para las empresas peruanas. *Revista Alternativa Financiera*, 4(4), 37-40.
- Código Penal [Código]. (2016). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Congreso de la República del Perú. (21, abril 2016). Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. Ley N.º 30424. DO: El Peruano.
- Congreso de la República del Perú. (11, julio 2014). Ley de contrataciones del Estado. Ley N.º 30225. DO: El Peruano.
- Congreso de la República del Perú. (11, julio 2014). Ley de contrataciones del Estado. Ley N.º 30225. DO: El Peruano.
- Congreso de la República del Perú. (13, noviembre 1991). Ley marco para el crecimiento de la Inversión privada. Decreto Legislativo N.º 757. DO: El Peruano.
- Congreso de la República de Colombia. (12, julio 2011). Normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad del control de la gestión pública. Ley N.º 1474. Recuperado de: <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Ley%201474%20de%2012%20de%20Julio%20de%202011.pdf>

- Congreso de la República de Colombia. (2, febrero 2016). Normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción. Ley N.º 1778.
- Congreso Nacional de Brasil. (02, agosto 2013). Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica. Ley N.º 12.846/2013
Recuperado de: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei-12846-2013.htm>
- Constitución Política del Perú 1993. (29 de diciembre de 1993). Recuperado de: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Dávila, R. (2019). Mercado y conductas anticompetitivas. *Ius Et Praxis*, (48-49), 117-137.
- Defensoría del Pueblo (2017) A. El sistema anticorrupción peruano: diagnóstico y desafíos. Lima: Defensoría del Pueblo
- Defensoría del Pueblo (2017) B. Radiografía de la corrupción en el Perú. Lima: Defensoría del Pueblo
- Defensoría del Pueblo (2013). *¡No callar! Guía práctica para la denuncia ciudadana contra actos de corrupción y otras faltas contra la ética pública*. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Guia-IMPRESA-2.pdf>
- De la Torre, M. (2018). Gestión de riesgo organizacional de fraude y el rol de Auditoría Interna. *Revista Contabilidad y Negocios*, 25 (13), 57-69.
- Durand, F. (2018). Odebrecht. La empresa que capturaba gobiernos. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Fernández, C & Chanjan, R. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (77), 349-379.
- Filomeno, M. (2014). Reputación: Más allá de los rankings. En Estudio realizado para Apoyo Comunicación Corporativa, Lima: Apoyo Comunicación Corporativa.
- Fuentes, A. (2016). El Buen Gobierno Corporativo y su Avance en el Perú. En Marquina, P. (Ed.), *Empresas Responsables y Competitivas, el desafío de hoy* (pp. 153-195), Lima: Pearson.
- Gadea, H (2015). El *Foreign Corrupt Practices Act* y la responsabilidad penal de la empresa. *Revista Themis*, (68), 153-162.
- Gestión. (4 de junio de 2019). World *Compliance* Association: El riesgo en corrupción siempre existirá, solo se puede controlar. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/posible-eliminar-totalidad-riesgos-existen-seres-humanos-existen-riesgos-corrupcion-269055-noticia/?ref=gesr>
- Gestión. (8 de octubre de 2019). SIN: Perú sigue perdiendo competitividad a pesar de mejorar en la mayoría de indicadores. Recuperado de: <https://gestion.pe/economia/sni-peru-sigue-perdiendo-competitividad-a-pesar-de-mejorar-en-la-mayoria-de-indicadores-noticia/>
- Gómez, P. (2014). Corrupción y colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, 17 (33), 43-56.
- Hernández, H. (2010). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. *Política Criminal*, 5 (9), 207-236.

- Hernández, S. (2012). Estructuras de las redes de corrupción en los procesos de selección en obras públicas en el sector transporte y comunicaciones entre los años 2005 y 2010. (Tesis de maestría). Pontificia universidad Católica del Perú, Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5546>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) (2013). *Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios. Libre Competencia*. Recuperado de: https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Instituto Nacional de Calidad (INACAL). (2018). *Norma Antisoborno ISO 37001 beneficia a todos los peruanos*. Revisado en: <https://www.inacal.gob.pe/principal/noticia/norma37>
- International Organization for Standardization. Recuperado de <https://www.iso.org/home.html>
- Jefatura del Estado (España). (22, junio 2010). Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 5/2010
Recuperado de: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2010.html
- Jefatura del Estado (España). (31, marzo 2015). Ley por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ley Orgánica 1/2015
Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>
- La Contraloría General de la República (2019). *Reporte de obras paralizadas 2019*.
Recuperado de:
http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2019/Reporte_Obras_Paralizadas.pdf

- Lechuga, P. (2017). Contexto constitucional de la lucha contra la corrupción en el Perú. *Revista especializada del Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios del Congreso de la República del Perú*, 1 (19), 85-101.
- Lizarzaburu, E., Barriga, G., Burneo, K & Noriega, E. (2019). Gestión integral de riesgos y antisoborno: Un enfoque operacional desde la perspectiva ISO 31000 e ISO 37001. *Universidad & Empresa*, 21(36), 79-118.
- Lizarzaburu, E., Barriga, G., Burneo, K., Noriega, E & Cisneros, J. (2019). Gestión empresarial: una revisión a la norma ISO 37001 antisoborno. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (73), 113-152.
- Marquina, P. (2016). Comprensión y medición de la reputación corporativa. En Marquina, P. (Ed.), *Empresas Responsables y Competitivas, el desafío de hoy* (pp. 241-261), Lima: Pearson.
- Maúrtua de Romaña, O. (2018). La Corrupción: Una perspectiva internacional. En Maúrtua de Romaña, O (Ed.), *Enfoques sobre la corrupción en el Perú*. (pp. 52-70), Lima: Oscar Maúrtua de Romaña.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (31, diciembre 2018). Reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N.º 344-2018-EF. DO: El Peruano.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (09, enero 2019). Reglamento de la Ley N.º 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). *La corrupción en los gobiernos regionales y locales*. Recuperado de:

<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/LA-CORRUPCI%C3%93N-EN-GOBIERNOS-REGIONALES-Y-LOCALES.pdf>

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2019). *La responsabilidad de la persona jurídica en los delitos de corrupción*. Recuperado de:
<https://procuraduriaanticorrupcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/INFORME-LA-RESPONSABILIDAD-DE-LAS-PERSONAS-JURIDICAS.pdf>
- Ministerio de la Producción (revisado el 03 de junio de 2020). Estadística MYPIME. Recuperado de:
<http://ogeiee.produce.gob.pe/index.php/shortcode/estadistica-oe/estadisticas-mipyme#url>
- Ministerio de Hacienda (Chile). (02, diciembre 2009). Ley que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de Cohecho.
- Missas, J. (2017). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia. Problemáticas sobre su aplicación desde la expedición del código Penal. *Criterio Jurídico*, 16 (1), 69-106.
- Morón, J. & Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neira, A. (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*. 11(22), 467-520.

- Nieto, M. (2016). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En Hurtado, J (Ed.), *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance* (pp. 171-200), Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (09, agosto, 2018). Modificación de la Directiva N.º 015-2017-OSCE/CD “Procedimiento de Adjudicación Simplificada en forma electrónica y Bases Estándar para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general”. Resolución N.º 063-2018-OSCE/PRE. DO: El Peruano
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (09, agosto, 2018). Modifican la Directiva N.º 001-2017-OSCE/CD “Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N.º 30225”. Resolución N.º 064-2018-OSCE/PRE. DO: El Peruano
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (12, junio, 2019). “Manual del sistema de gestión antisoborno del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE”. Resolución N.º 110-2019-OSCE/PRE. DO: El Peruano.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (18, marzo, 2019). Tableros de requisitos de calificación y factores de evaluación según objeto contractual. Resolución N.º 051-2019-OSCE/PRE. DO: El Peruano.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2009). *Plan estratégico de contrataciones públicas del Estado Peruano*. Recuperado de:
http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas%20contrataciones%20publicas.pdf
- Palestina, I. (2018). Corrupción y crecimiento económico: las percepciones de la sociedad colombiana. *Revista CES Derecho*, 9(1), 59-72.

- Pereira, M. (2015). *Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña N.º 12.846/2013*. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 2(1), 257-281.
- Presidencia del Consejo de ministros (9, diciembre 2012). Plan nacional de lucha contra la corrupción 2012-2016. Decreto Supremo N.º 119-2012-PMC. DO: El Peruano.
- Presidencia del Consejo de ministros (14, setiembre 2017). Política nacional de integridad y lucha contra la corrupción. Decreto Supremo N.º 092-2017-PMC. DO: El Peruano.
- Presidencia del Consejo de ministros (19, febrero 2019). Decreto supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Decreto Supremo N.º 030-2019-PMC. DO: El Peruano.
- Proética (2019). *XI Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019*. Recuperado de:
<https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>
- Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*.
Lima: Instituto de Estudios Peruanos
- Sánchez, S. (2016). Estándares y Modelos de Gestión de Responsabilidad Social. En Marquina, P. (Ed.), *Empresas Responsables y Competitivas, el desafío de hoy* (pp. 335-3353), Lima: Pearson.
- Sierra, O & Vargas, Y. (2015). Corrupción en las empresas y la evasión tributaria del IVA en Colombia: un método alternativo de medición. *Revista CIFE*, (26), 37-74.

- Suyón, K. (2019). El *compliance* como herramienta de desarrollo para las pequeñas compañías peruanas. (Tesis de maestría). Pontificia universidad Católica del Perú, Perú. Recuperado de:
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/14689>

- Torres, D. (2017). *Lava jato: análisis de la estrategia en los casos Línea 1 del Metro de Lima y Alejandro Toledo*. Recuperado de:
https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/lava-jato-analisis-de-la-estrategia-en-los-casos-linea-1-del-metro-de-lima-y-alejandro-toledo/#_ftn1

- Transparencia Internacional. (2019). Índice de percepción de la corrupción. Recuperado de: <https://www.transparency.org/es/cpi/2019/results>

- Ugaz, P. (2010). Algunos apuntes sobre corrupción. *Ius et veritas*, (40), 370-379.

- Vega, G. (2019). Los estándares del buen gobierno corporativo como alternativa para la prevención de la corrupción corporativa. (Tesis de maestría). Pontificia universidad Católica del Perú, Perú. Recuperado de
<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15474>