

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**LA IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO
EN LAS EMPRESAS PRIVADAS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO**

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derecho Administrativo

Autor:

Dayhana Carolina Obregon Palomino

Asesor:

Lenin William Mayorga Elías

Lima, 2021

RESUMEN

En el presente trabajo se ha realizado un análisis cualitativo de la normativa peruana referida a los programas de cumplimiento en las empresas del sector privado. Para dicho fin se expone la normativa peruana aplicada al referido tema, así como las críticas a la misma, para luego pasar a analizar la normativa y experiencia comparada. Todo el análisis realizado lleva a la propuesta de a qué tipo de empresas interesadas en contratar con el Estado se les debe exigir contar con dichos programas y a qué otro tipo de empresas se les debe establecer como una herramienta opcional que les traerá beneficios como la obtención de puntos adicionales en la calificación de sus propuestas a la hora de participar en algún procedimiento de selección. Finalmente, se exponen los potenciales beneficios de contar con dichos programas, así como la propuesta del apoyo por parte del Estado teniendo en cuenta los beneficios tanto para el Estado como a las mismas empresas que los van a implementar; y se propone el contenido mínimo de dichos programas. Es importante que dichos programas de cumplimiento no sean solo compromisos de papel, sino que para activar sus beneficios deben pasar por la supervisión de la autoridad competente y que dicha autoridad determine su eficacia, de lo contrario, no serán tomados en cuenta porque no cumpliría con la finalidad prevista.

Palabras claves: programas de cumplimiento, compliance, contratación pública, corrupción, prevención, transparencia, integridad, atenuante, eximente, responsabilidad.

ABSTRACT

This paper has made a qualitative analysis of the Peruvian regulations on compliance programs in private sector companies. For this purpose, the Peruvian regulations applied to this issue are presented, as well as the criticisms to it, and then the comparative regulations and experience are analyzed. All the analysis carried out leads to the proposal of what type of companies interested in contracting with the State should be required to have such programs and what other type of companies should be established as an optional tool that will bring them benefits such as obtaining additional points in the qualification of their proposals when participating in a selection procedure. Finally, the potential benefits of having such programs are presented, as well as the proposed support from the State, taking into account the benefits for both the State and the companies that will implement them; and the minimum content of such programs is proposed. It is important that such compliance programs are not just paper commitments, but that in order to activate their benefits they must be supervised by the competent authority and that said authority determines their effectiveness, otherwise they will not be taken into account because they will not fulfill their intended purpose.

Key words: compliance programs, compliance, public procurement, corruption, prevention, transparency, integrity, mitigation, exemption, liability.

CONTENIDO

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
1. INTRODUCCIÓN	3
2. CAPÍTULO I: LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA NORMATIVA PERUANA	4
2.1 La corrupción en la contratación pública peruana	4
2.2 Los programas de cumplimiento en la Ley N° 30424	5
2.2.1 Regulación de los Programas de Cumplimiento:	7
2.2.1.1 Elementos mínimos del programa de prevención	8
2.3 Los programas de cumplimiento en la Ley N° 30737	10
2.3.1 Regulación de los Programas de Cumplimiento:	10
2.3.1.1 Elementos mínimos del modelo de cumplimiento:	11
2.4 Los programas de cumplimiento en las contrataciones con el Estado	11
3. CAPÍTULO II: SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA NORMATIVA COMPARADA	12
3.1 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE ESTADOS UNIDOS	12
3.2 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DEL REINO UNIDO	13
3.3 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	13
3.4 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE ARGENTINA	14
4. CAPÍTULO III: PROPUESTA SOBRE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	15
5. CONCLUSIONES	18
6. RECOMENDACIONES	19
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	20

1.INTRODUCCIÓN

La Contratación Pública resulta ser una herramienta o instrumento muy importante para que la Administración Pública cumpla con su finalidad como es la satisfacción del interés público, y esta finalidad se logra muchas veces a través de la colaboración de los privados, ya sean personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, lamentablemente, en nuestro país la estrecha relación entre la Administración Pública y el privado que se genera a raíz de la contratación pública no siempre se rige bajo los principios y disposiciones de dicha normativa como debería de ser. De hecho, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en La Contratación Pública en el Perú: Reforzando la capacidad y coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, “La contratación pública es una de las actividades gubernamentales con más riesgo de dispendio, mala gestión y corrupción. El tamaño, volumen y regularidad de las transacciones, las estrechas interacciones entre los sectores público y privado y, progresivamente, la complejidad de los procedimientos son las principales razones del fuerte potencial de corrupción en el sector público.”

Al ser el sector privado uno de los principales colaboradores voluntarios de la Administración Pública para lograr la satisfacción de las necesidades públicas y así asegurar la continuidad en la provisión de algún servicio público, es menester que dichos colaboradores se rijan bajo altos estándares de integridad y transparencia, así como de calidad. De lo contrario, se produce un enorme riesgo en la cercanía de tales colaboradores del sector privado con el sector público, y esto se da muchas veces porque el privado no sabe cómo identificar los riesgos o no cuenta con manuales o código de ética que rijan el comportamiento de sus trabajadores, es decir, por desconocimiento.

Por estas razones, a través del presente trabajo se busca resaltar la importancia y necesidad de requerir una infraestructura ética en todas aquellas empresas del sector privado que estén interesadas en contratar con el Estado, a través de un programa de cumplimiento; y no confiar únicamente en la buena voluntad de aquellos. Asimismo, pese a los cambios normativos, hacen falta precisiones que permitan reducir al mínimo la posibilidad de actos de corrupción, debido a los antecedentes sobre casos de corrupción.

2. CAPÍTULO I: LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA NORMATIVA PERUANA

2.1 La corrupción en la contratación pública peruana

La Defensoría del Pueblo, en su Reporte: La Corrupción en el Perú, “de acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, el costo anual de la corrupción alcanza casi el 2% del producto bruto interno (PBI) mundial (FMI 2016: 5). Si se aplica este porcentaje al PBI peruano (S/ 648.719 millones), se obtiene la cifra de S/ 12.974 millones como costo anual de la corrupción. Este monto representa aproximadamente el 9% del presupuesto nacional para el año 2017, monto equiparable al que el Estado destina para la salud (10%) y mayor a lo invertido en protección social (4%), el orden público y la seguridad (7%), y la justicia (4%)” (2017, p. 5).

Siendo este el panorama, aunado a lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica a la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, según el cual es la misma Entidad quien se encargada de todo el proceso de contratación, como destinataria de los fondos públicos asignados para dicha contratación; tenemos que entre las posibles causas de la corrupción en la contratación pública de nuestro país se puede señalar que está el pobre sistema de capacitación en quienes se encargan de llevar a cabo dicho proceso, es decir, los que la planean, realizan el requerimiento, seleccionan al mejor postor, y posteriormente, ejecutan el contrato. Muchas veces se trata de personal de entidades públicas que no interiorizan la real importancia y finalidad de la contratación pública.

Estas falencias muchas veces son aprovechadas por el sector privado, puesto que encuentran la oportunidad de intervenir de manera contraria a los principios que deberían de regir toda contratación pública como es transparencia e integridad, aprovechando el desconocimiento o la falta de ética de ciertos empleados de entidades públicas.

Esta lamentable y no aislada situación ha generado que sea alto el índice de corrupción en las contrataciones públicas, sobre todo porque existe una carencia de un necesario enfoque preventivo desde el sector privado, y justamente se requieren técnicas dirigidas al buen

gobierno corporativo, a la prevención y en particular al uso de técnicas de compliance para garantizar la integridad en dichas empresas que, al pasar a ser colaboradoras, garantizarán la integridad en toda la contratación pública.

El compliance o los programas de cumplimiento se construyen sobre la base de reestructurar una organización, esto debido a que muchas veces las empresas no tienen sus códigos de ética, su manual de funciones de manera detallada respecto de cada actividad, no tienen un perfil de puestos, situación que genera un riesgo dentro de dichas empresas ya que los empleados mismos no tienen claras sus funciones y eso genera mayores riesgos de incurrir en alguna acción tipificada como delito que afectaría no solo a quién efectivamente lo cometió sino a la misma empresa y su representante legal. Es por ello, que quienes forman parte de la empresa deben ser conscientes de la política de la empresa y conocer claramente sus funciones y límites, es muy importante crear una cultura organizacional en sus empleados.

2.2 Los programas de cumplimiento en la Ley N° 30424

Una de las normas referidas al tema tratado en el presente trabajo de investigación es la Ley N° 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, cuya denominación fue modificada posteriormente por la Ley N° 30835, publicada el 2 de agosto de 2018, pasando a denominarse “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, que entró en vigencia en enero de 2018.

Con la entrada en vigencia de dicha Ley, y según lo señalado por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, las personas jurídicas (gran, mediana, pequeña y micro empresas) tienen la posibilidad, de manera voluntaria, a implementar y poner en funcionamiento, en su organización, un Modelo de Prevención de Delitos adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneo para prevenir o para reducir el riesgo de comisión de los delitos. Con este propósito, se establecen incentivos consistentes en eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de algunos de los delitos detallados más adelante,

siempre y cuando se haya implementado y puesto en funcionamiento un programa de cumplimiento efectivo.

Al respecto, es pertinente señalar que la promulgación de dicha ley se da en un contexto en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como parte de su iniciativa de la lucha contra la corrupción en América Latina y el Caribe, establece como exigencia dicha adopción de medidas en los países que quieran integrarse, exigencia que se encuentra directamente relacionada con las medidas para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas que cometan delitos en dichos países. Por este motivo, siendo la voluntad del Estado peruano integrar la OCDE, adoptó medidas relacionadas a dichas exigencias.

Posteriormente, en el año 2017, se emitió el Decreto Legislativo N° 1352, que reforma la Ley N° 30424, puesto que mediante dicho Decreto se amplía la relación de delitos que podrían cometer las personas jurídicas; entonces se suman tres modalidades más de cohecho y todas las modalidades del delito de lavado de activos.

Luego, en el año 2018, como se señaló líneas arriba, se emite la Ley N° 30835, con la cual se continúa con la ampliación de la relación de los delitos que podrían cometer las personas jurídicas.

Como se puede ver la norma se ha ido adaptando a las necesidades político criminales de nuestro país, para procurar una mejor regulación. Por lo tanto, de todo lo explicado, se puede señalar que actualmente los delitos que pueden cometer las personas jurídicas en el Perú son 9, los siguientes:

- Colusión
- Tráfico de influencias
- Cohecho activo genérico
- Cohecho activo transnacional
- Cohecho activo específico
- Conversión y transferencia (Lavado de activos)
- Ocultamiento y tenencia (Lavado de activos)
- Transporte de dinero (Lavado de activos)

- Facilitación y colaboración al terrorismo

Entre las posibles sanciones están según lo regulado en el artículo 105, 105-A, esto es:

- La empresa podría ser suspendida en sus actividades
- La empresa podría ser multada
- La empresa podría ser cerrada
- La empresa podría ser inhabilitada, liquidada o disuelta

Asimismo, se debe mencionar que el Decreto Legislativo N° 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, modifica diversos aspectos del texto de la Ley N° 30424, siendo una de tales modificaciones la asignación a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) de la responsabilidad de emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional sobre la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención, cuando sea solicitado por un fiscal, en el marco de una investigación por la comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley N° 30424, por parte de personas jurídicas comprendidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de dicha ley.

Por otro lado, se puede mencionar que la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la citada Ley N° 30424, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, faculta a la SMV a aprobar las disposiciones que resulten necesarias a los fines de cumplir las funciones que le asigna dicha Ley y su Reglamento; así como guías o lineamientos, que pueden incluir pautas o criterios para determinar si la persona jurídica ha adoptado un modelo de prevención y si está debidamente implementado y en funcionamiento.

Tales Lineamientos que apruebe la SMV establecerán las pautas que, voluntariamente y con carácter referencial, podrán seguir las personas jurídicas para el diseño, implementación y funcionamiento de sus programas de prevención, en línea con lo dispuesto por la Ley N° 30424, sus modificatorias y su Reglamento.

2.2.1 Regulación de los Programas de Cumplimiento:

Ahora bien, la ley en cuestión regula los programas de cumplimiento de la siguiente manera:

- Por un lado, tenemos que el artículo 12° establece que la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención resulta como una atenuante.
- Por otro lado, tenemos que el artículo 17° establece que la implementación del modelo de prevención resulta como eximente de responsabilidad de la persona jurídica si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

2.2.1.1 Elementos mínimos del programa de prevención

Asimismo, en el inciso 2 del artículo 17° y en el Reglamento de dicha ley, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, se describen los elementos mínimos con los que debe contar el modelo de prevención. Estos son:

- Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.
- Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos antes señalados a través de la persona jurídica.
- Implementación de procedimientos de denuncia.
- Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
- Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.

De esta manera, se puede ver que la regulación establecida en Ley N° 30424, sus modificatorias y complementada por su Reglamento resulta ser un gran avance como

medida adoptada para la lucha contra la corrupción en nuestro país, de hecho. Uno de sus grandes aportes es que establece y detalla un contenido mínimo del programa de prevención con el que deben contar las empresas que busquen prevenir actos que luego puedan perjudicarlas, asimismo, se refiere a los programas de cumplimiento que debieran adoptar las micro, pequeña y mediana empresa, lo cual resulta muy interesante a los efectos del presente trabajo y que más adelante se explicará.

Sin embargo, aplicada dicha regulación a las relaciones que las entidades de la Administración Pública van a entablar con las empresas del sector privado en el marco de la contratación pública, se considera que dicha regulación no es suficiente para prevenir, detectar, sancionar y, menos aún, erradicar los actos de corrupción que se dan tanto en las relaciones que las empresas entablan con el sector público, como en las relaciones empresariales dentro del sector privado, como puede ser el caso de las subcontrataciones de las empresas adjudicadas y otra empresa del sector privado, que al final, en casos de corrupción, termina perjudicando al Estado y a la población.

Esto es así, por cuanto según dicha norma la implementación y puesta en funcionamiento de los modelos de prevención no resulta un mandato imperativo en la que se establezca la obligatoriedad de contar con los programas de cumplimiento sino que mas bien recae en la autorregulación voluntaria de las personas jurídicas, por lo que resulta voluntario la forma de gestionar la empresa basada en una cultura de integridad y transparencia, hecho que no genera confianza más aún si la empresa tiene la intención de trabajar con el sector público en el marco de una contratación pública.

Aunado a lo anterior, se considera que la intervención del Estado, a través de sus organismos competentes, en la evaluación de los programas de prevención, no sólo debe hacerse de forma posterior como consecuencia de la comisión de algún delito o consecuencia del requerimiento del Ministerio Público, como lo prevé la actual regulación, sino que, principalmente, el Estado debe realizar labores de supervisión de forma previa o de manera preventiva, a fin de mitigar los riesgos de corrupción y reducir el costo que genera la misma tanto para las empresas y como para el Estado.

Sólo en este contexto, luego de una revisión ex ante de los modelos de prevención y llegando a la conclusión que son programas realmente efectivos, se justificaría el eximente de responsabilidad penal para aquellas personas jurídicas que hayan cumplido o decidido implementar y poner en funcionamiento un modelo de prevención adecuado a su estructura organizacional según sus características particulares, por cuanto habría una mayor intervención y supervisión por parte del Estado, así como mayor eficacia en la prevención de la corrupción y demás delitos en los que puedan incurrir las personas jurídicas.

2.3 Los programas de cumplimiento en la Ley N° 30737

La promulgación de la Ley N° 30737, Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, se dio con fecha 18 de marzo de 2018, en un contexto de destapes de actos de corrupción en el sector de la construcción por parte de la empresa brasilera Odebrech, involucrándose a altas autoridades administrativas no solo de Brasil sino también de diferentes países de América Latina y EE.UU.

Como su denominación lo indica, el objetivo de dicha Ley es establecer y desarrollar las medidas que cauteleen el pago de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de delitos cometidos contra la administración pública, lavado de activos o delitos conexos; asimismo, entre otras medidas, y sobre el punto que resulta relevante para el presente informe, dicha ley busca mitigar los efectos adversos generados por los actos de corrupción de modo que busca promover que las empresas tengan un mejor control en la prevención de delitos, a través de la implementación de sus programas de cumplimiento.

2.3.1 Regulación de los Programas de Cumplimiento:

La ley contempla en su artículo 13° referida a la implementación de los programas de cumplimiento que, en un plazo de 90 días hábiles desde su entrada en vigencia, las personas jurídicas comprendidas en el artículo 9° de dicha Ley como son, por ejemplo, las personas jurídicas que en calidad de socios o consorciados, hayan participado en la adjudicación de manera conjunta con las personas jurídicas condenadas con sentencia firme, en el Perú o

en el extranjero por la comisión de delitos contra la administración pública; deberán iniciar la implementación de un modelo de cumplimiento adecuado a su naturaleza que establezca las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir la futura comisión de delitos o para la reducción significativa de los riesgos originados por su comisión.

2.3.1.1 Elementos mínimos del modelo de cumplimiento:

El contenido del modelo de cumplimiento, atendiendo a las características particulares de la persona jurídica, se desarrolla conforme lo dispuesto en la Ley N° 30424, sus modificatorias y su reglamento, sin perjuicio de que las personas jurídicas lo implementen con elementos adicionales basados en estándares internacionales como son el ISO 19600 y 37001 u optando por mayores estándares sobre la materia.

2.4 Los programas de cumplimiento en las contrataciones con el Estado

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), con el propósito de mejorar los procesos de contratación del Estado, aprobó las resoluciones N° 063-2018-OSCE/PRE y N° 064-2018-OSCE/PRE cuyo objetivo es impulsar la lucha contra la corrupción y la transparencia, por lo que aprobó otorgar un puntaje adicional a las empresas participantes que presenten el certificado Iso Anti Soborno, de esta manera, se busca alentar a las empresas interesadas en contratar con el Estado a implementar buenas prácticas en materia de integridad y transparencia.

Se podría hablar entonces de una doble dimensión en la implementación de esta medida. Por un lado, como mitigante de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas. Mientras que por otro lado, desde la perspectiva del interés general perseguida por el derecho administrativo, la incorporación del programa de cumplimiento en aquellas empresas futuras colaboradoras de la Administración Pública, se configura como un instrumento preventivo en la lucha contra la corrupción.

Las normas comentadas en el presente capítulo, así como las críticas a las mismas que más adelante se detallarán, coadyuvarán a la propuesta final del presente trabajo de investigación.

3. CAPÍTULO II: SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA NORMATIVA COMPARADA

En el presente capítulo se hará un análisis del derecho comparado que regula los programas de cumplimiento en las personas jurídicas.

3.1 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE ESTADOS UNIDOS

El Compliance es una institución que se originó en Estados Unidos ante la corrupción generada por el mal funcionamiento de las instituciones públicas norteamericanas. Por lo que, este mecanismo tiene como finalidad establecer un compromiso político en la lucha anticorrupción, ya que busca proteger valores jurídicamente relevantes para su ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las normas del compliance no se limitan a combatir la corrupción, sino a establecer las estrategias que las empresas deben adoptar con miras a prevenirla; es decir, no sólo es un mecanismo ex post sino busca ser, sobre todo, un mecanismo ex ante. Entre las normas ISO que ha emitido la Organización Internacional de Normalización (ISO) se encuentran las siguientes:

- ISO 19600, que establece guías para la implementación de los sistemas compliance.
- ISO 31000, que prevé directrices técnicas para la gestión del riesgo en general.
- ISO 26000, criterios técnicos para la gestión de la responsabilidad social de empresas.
- ISO 20400, para las compras sostenibles.
- ISO 37001, para la gestión de riesgos de soborno y ética empresarial.

Al respecto, es preciso señalar que se trata de asegurar el cumplimiento de una regla que prohíbe actos de corrupción por parte de las empresas estadounidenses. En ese sentido, el contenido que establecen de tales programas de cumplimiento son (i) la identificación de

una actividad particular como un riesgo que debe ser objeto de atención por parte de la empresa, (ii) la incitación para que las compañías reformen su estructura administrativa o para atender adecuadamente los riesgos que se les presentan, y (iii) el estímulo de la actividad normativa interna de las empresas para que a través de la adopción de códigos de conducta o de los programas de cumplimiento, expresen su compromiso con el cumplimiento de normas. Por ello, se considera que es necesario establecer sanciones suficientemente altas, tratando de fijar una relación costo-beneficio que estimule el cumplimiento normativo (Sanclemente, 2020 p.17).

Entre estas sanciones se buscó establecer la responsabilidad de las personas jurídicas, el cual tiene origen en el Foreign Corrupt Practices Act, que es el instrumento más potente en el mundo para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional.

3.2 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DEL REINO UNIDO

En el 2010, en el Reino Unido se aprobó la UK Bribery Act (UKBA), Ley Antisoborno, que en su tercer principio, el de evaluación de riesgos, obliga a la organización a reflexionar sobre los posibles riesgos de corrupción en los que pueda incurrir o a los que se tendría que enfrentar (Hernández & Román, 2018, pp. 16-17). A través de dicha ley, se introduce delitos de responsabilidad estricta para las personas jurídicas por no prevenir el delito de soborno mediante sistemas eficaces de detección y control de irregularidades, entre los que se incluyen a los programas de Compliance.

3.3 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Por el lado de la Unión Europea, tenemos que según la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 26 de febrero de 2014, en el considerando 102° se señala que “(...) debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltas que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan

a producirse conductas ilícitas. (...) Cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate. (...).”

Asimismo, se tiene a la Exposición de Motivos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y se reconoce expresamente que “determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan”.

3.4 LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA REGULACIÓN DE ARGENTINA

En el 2017, se aprobó en Argentina la Ley 27.401, donde se establece que “la existencia de un Programa de Integridad adecuado conforme los artículos 22 y 23, será condición necesaria para poder contratar con el Estado nacional, en el marco de los contratos que: a) Según la normativa vigente, por su monto, deberá ser aprobado por la autoridad competente con rango no menor a Ministro; y b) Se encuentren comprendidos en el artículo 4° del decreto delegado N° 1023/01 y/o regidos por las leyes 13.064, 17.520, 27.328 y los contratos de concesión o licencia de servicios públicos” (art. 24). Además, el Decreto Reglamentario 277/2018, establece que “la existencia del Programa de Integridad conforme los artículos 22 y 23 de la Ley N° 27.401, como condición necesaria para contratar con el Estado Nacional en todos aquellos procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, deberá ser acreditada junto con el resto de la documentación que integra la oferta, en la forma y en los términos que en cada proceso de contratación disponga el organismo que realice la convocatoria” (art. 3).

Asimismo, en el art. 22 de la ley comentada, se dispone que, en el sistema argentino, las personas jurídicas podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos en materia de corrupción. Ahora bien, dicha ley, a su vez, establece que la

implementación de programas de compliance es obligatorio para las empresas que contratan con el Estado Nacional; en ese sentido, la existencia de programas de cumplimiento será condición obligatoria para poder contratar con el Estado Nacional.

4. CAPÍTULO III: PROPUESTA SOBRE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Luego de haberse analizado la normativa nacional, así como la normativa extranjera con relación a los programas de cumplimiento, el presente trabajo de investigación tiene como objetivo evidenciar la necesidad e importancia de exigirse que las personas jurídicas interesadas en contratar con el Estado, cuenten con sus programas de cumplimiento. Teniendo en cuentas las cifras de los perjuicios que causa a todo el país los actos de corrupción se debe buscar e incentivar que todas las empresas cuenten con programas de cumplimiento acorde a su naturaleza y línea de negocio.

Sin embargo, es una realidad que tal exigencia no debe aplicarse de manera idéntica a las micro, pequeñas y medianas empresas en comparación con las grandes empresas, debido a los costos en que están deberán de incurrir para cumplir con la normativa. Por lo que, a través del presente trabajo se plantea que sean las grandes empresas interesadas en contratar con el Estado las que tengan la obligación de contar con estos programas de cumplimiento, tomando en cuenta el monto contractual, el tipo de obligaciones que contenga los contratos de prestación de servicios y el plazo de dicho contrato; y para el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas se dé de manera opcional o voluntaria de acuerdo a sus propias características y naturaleza.

Ahora bien, tomando en cuenta al incentivo planteado por el OSCE de otorgar puntos adicionales a aquellas empresas que cuenten con la implementación del ISO Antisoborno 37001, se tiene la convicción de que al ser esta exigencia algo nuevo para las empresas, sería ideal primero exigir implementar de forma gradual la norma peruana la Ley N° 30424 y después, de forma gradual o voluntaria, implementar el ISO Antisoborno 37001.

Asimismo, con respecto al caso de las micro, pequeñas y medianas empresas capacitando a los encargados de prevención, se propone que sea el Estado quien brinde apoyo capacitando de manera gratuita a los encargados de la implementación de dichos programas, teniendo en cuenta que según la normativa comentada el rol del encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración; capacitándolos en temas de obligaciones y prevención en delitos en los que pueda incurrir la persona jurídica.

BENEFICIOS PARA LAS EMPRESAS

Definitivamente, contar con estos programas de cumplimiento trae muchos beneficios para las empresas que los implementan, como son:

- Evitar o minimizar las consecuencias adversas de la infracción a la normativa.
- Evitar incurrir en los gastos legales para hacer frente a las investigaciones o posibles consecuencias.
- Evitar reclamaciones de daños y perjuicios de aquellos que han sufrido daños como resultado de la infracción cometida.
- La detección temprana de cualquier infracción que haya cometido la empresa, permitiendo poder revertirlos o mitigarlos.
- Su consideración como elemento atenuante o eximente de la responsabilidad de la persona jurídica.
- La identificación y reconocimiento por parte de los empleadores de indicios de infracción de sus trabajadores que pidieran traer graves consecuencias para la persona jurídica.
- Beneficios en el prestigio de tales personas jurídicas con la implementación de los programas de cumplimiento en comparación con las que no cuenten con ello, hecho que aumenta la confianza tanto en los clientes como en sus potenciales socios o consorciados.

CONTENIDO MÍNIMO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO:

Luego de revisado la normativa aplicada, se rescata el contenido mínimo que en esas se establecen, por lo que se propone como contenido mínimo las siguientes consideraciones en la implementación de los programas de cumplimiento:

1. EVALUACIÓN DE RIESGOS

Es el primer paso donde la empresa debe identificar, evaluar y definir su perfil de riesgo. Es en base a estos riesgos a los que se enfrenta según su línea de negocio y demás particularidades que se va a estructurar el programa de cumplimiento de cada empresa. Es necesario que esta evaluación de riesgo debe ser actualizada y someterse a revisiones periódicas.

Asimismo, es importante en este punto, que la empresa pueda monitorear en su evaluación periódica, la experiencia adquirida a causa de problemas previos que haya pasado o incluso, de ser posible, de otras empresas que operen en el mismo sector.

2. POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS

La empresa debe contar con un código de conducta tanto de la empresa donde se comprometa a cumplir con la normativa aplicable a su naturaleza y código de conducta para los trabajadores.

Las políticas que adopte la empresa deben ser comunicada a todos los trabajadores y terceros relevantes, así como entendible.

3. CAPACITACIÓN Y COMUNICACIÓN

Las políticas y procedimientos deben ser integradas en la organización mediante capacitaciones y comunicaciones a todo el personal.

La capacitación sobre todo a los trabajadores de alto riesgo, para esto debe haber determinado qué empleado debe recibir la capacitación.

La capacitación debe abordar lo aprendido en incidentes previos relacionados con el cumplimiento. Que se atienda las dudas de los trabajadores.

4. PRESENTACIÓN DE DENUNCIAS CONFIDENCIALES Y PROCESO DE INVESTIGACIÓN

Asimismo, debe implementarse un mecanismo eficiente y confiable mediante el cual los empleados pueden reportar, anónima o confidencialmente, los incumplimientos del código de conducta o de las políticas de la empresa o sobre infracciones. Debe procurarse un ambiente de trabajo sin temor a represalias y se deben sentir protegidos.

Asimismo, los procesos de la empresa referentes al manejo de las investigaciones de tales denuncias deben ser eficientes, lo cual implica que la conclusión de las investigaciones exhaustivas debe de ser oportuna, así como la toma de medidas disciplinarias correspondientes.

Definitivamente, otra de las características con la que debe contar un programa de cumplimiento bien diseñado y para que tenga éxito es que se le debe destinar recursos y personal idóneo para su implementación y seguimiento, y no ser un simple “programa de cumplimiento de papel”. Asimismo, debe haber un compromiso de la alta dirección y gerencia, así como dar el ejemplo en el cumplimiento del código de conducta y las políticas.

Finalmente, la implementación efectiva también requiere que los encargados de la supervisión diaria de un programa de cumplimiento actúen con la autoridad adecuada, es decir, que tengan determinado empoderamiento para poder actuar de manera autónoma e imparcial.

5. CONCLUSIONES

- La importancia de los programas de cumplimiento en las empresas del sector privado interesadas para contratar con Estado resulta innegable y muy beneficioso tanto para el Estado como para las mismas empresas que implementan dichos programas.
- Sin embargo, definitivamente la exigencia de contar con dichos programas de cumplimiento para poder contratar con el Estado debe hacerse de acuerdo a la naturaleza de cada empresa. Por lo que, en el presente trabajo se ha propuesto que sea de forma obligatoria para las grandes empresas y de forma voluntaria para las micro, pequeñas y medianas empresas.

- Debido a que, evidentemente, las empresas tendrán que destinar recursos económicos y personal a la implementación, se propone que el Estado brinde capacitaciones gratuitas a los órganos encargados de la implementación de tales programas en el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- A través del presente trabajo, se ha propuesto el contenido mínimo de los programas de cumplimiento como son: evaluación de riesgos, políticas y procedimiento; capacitación y comunicación y presentación de denuncias confidenciales y proceso de investigación
- Para la adecuada eficacia de tales programas de cumplimiento debe haber compromiso de la alta dirección.
- Es recomendable que las empresas cuenten con sistemas personalizados que le ayuden a sus directivos y accionistas a procurar el cumplimiento de sus obligaciones y/o saber cuáles son las actividades que le suponen un mayor riesgo
- La implantación de un modelo de prevención de delitos en la empresa no conlleva la automática exoneración de la empresa, sino que además y sobre todo se deberá de acreditar su eficacia en la prevención y detección de acciones delictivas.
- Los programas de cumplimiento deben estar elaborados de acuerdo a la estructura de cada empresa atendiendo a las características concretas de la empresa.

6. RECOMENDACIONES

- Como parte de las recomendaciones se debe precisar que así como la Ley N° 30424, denominada en un inicio como “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, y posteriormente, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, se dio en un contexto en el que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como parte de su iniciativa de la lucha contra la corrupción (sobre todo, primigeniamente, sobre el delito de cohecho activo transnacional por los actos de corrupción surgidos en Estados Unidos), por lo que, siendo ahora una exigencia en Estados Unidos que las empresas cuenten con estos programas de cumplimiento, tarde o temprano, dicha exigencia se convertirá en un requisito para formar parte de la OCDE, por lo que las empresas peruanas se deben de ir preparando.

- El Decreto Legislativo N° 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, modifica diversos aspectos del texto de la Ley N° 30424, siendo una de tales modificaciones la asignación a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) de la responsabilidad de emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional sobre la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención, sin embargo, se recomienda que le caso de las empresas interesadas en contratar con el estado sea el OSCE el encargado de emitir un informe técnico con calidad de pericia institucional sobre la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Boehm, F. (2005). Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. *Revista de Economía Institucional*, 7 (13), 245-263.
- Chocano, Ch. (2019). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. *Lima: Círculo de Derecho Administrativo*, 35-65.
- Carhuancho, L. E. (2018). *Análisis de la contratación pública en una institución del Estado, Lima 2018* (Tesis de maestría). Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo, Lima, Perú.
- Danos, J. (2016). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Lima: Revista de Derecho Administrativo*, 9-44.
- De Cores, C., y Cal, J. (2007). El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 6(11), 132.
- Del Castillo, G. (2020). Análisis para la aplicación de Programas de Compliance en materia de Contratación Pública. *Tesis para optar por el título de abogado*. Universidad de Piura.

Dromi, R. (1998). Derecho Administrativo. Edición número (07). Argentina.

Guimaraes, E. (2016). Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión. *Lima: Revista de Derecho, Tema* (68),129-137.

Hernández M. & Román S. (2018). Guía para la implementación de UNE-ISO 37001:2017. *Madrid, España: AENOR*.

López, M. (2019). Los Programas de Compliance y su Reflejo en la Contratación Pública. Disponible en línea: https://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160713/revista_gabilex_no_6_autora_ma_belen_lopez_donaire.pdf [Consultado el 23 de setiembre de 2021].

Ministerio de la organización (2019). Directiva N° 010-2019-OSCE/CD - Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas_2019/Directiva_010-2019_Supervision.pdf.

Montoya, V. (2021). Metas del sistema penal anticorrupción. *Anticorrupción y transparencia*, 326-362.

Moreno, J. A. (2011). La importante evolución hacia un derecho global de la contratación pública. España.

Morón, J. C. (2020). *Contratación pública, Revista de Derecho Administrativo*. Lima, Perú: CDA.

Morón, J. y Aguilera, Z. (2017). Recensión de aspectos jurídicos de la contratación estatal, Lima: PUCP.

- Revilla, A. T. (2011). La transparencia en la ley de contrataciones del Estado. *Lima: Derecho PUCP, número (66)*, 195-221.
- Rodríguez-Arana, J. (2020). Self-cleaning en la contratación pública (consideraciones generales). *España: Revista de Derecho Administrativo Círculo de Derecho Administrativo, número (18)*, 251-275.
- Rojas, P. (2015). Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú. *Revista digital de Derecho Administrativo, primer semestre (13)*, 193-209.
- Sagástegui, C. (2020). El Congreso, el compadrazgo, el antaurismo y FREPAP. *Revista Ideele, número (294)*.
- Salazar, R. (2004). La Contratación de la administración pública en función a los Intereses involucrados en cada contrato. *Derecho & Sociedad, número (23)*, 36-42.
- Salazar, R. (2009) Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras. *Circulo de derecho Administrativo, número (7)*, 24-35.
- Sanclemente, J. (2020) Compliance, empresas y corrupción: una mirada internacional. *Revista de la Facultad de Derecho, número (85)*, 9-40.
- Vallejo, G. (2016) La Captura Regulatoria y su Relación con las fallas del Mercado. *Colombia: JUS Público, numero (15)*, 13-35.
- Yunque, A. (2017). Implementación del Procedimiento Administrativo Electrónico en el marco de la modernización del Estado. *Administración Pública & Control, numero (37)*, 55-60.