

*El Compliance Normativo Empresarial en las
Contrataciones del Estado*
*Business Regulatory Compliance in
State Procurements*

Carlos Vicente Navas Rondón* <https://orcid.org/0000-0001-7110-418X>
Martha Rocío Gonzales Loli** <https://orcid.org/0000-0001-8849-4823>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i31.2468>

* Abogado por la Universidad San Agustín de Arequipa. Magister en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Alas Peruanas. Docente principal de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú.

Correo electrónico: carlosnavasr@hotmail.com; cnavas@unfv.edu.pe

** Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Maestra en Derecho Empresarial por la Universidad Alas Peruanas. Segunda Especialización en Docencia y Gestión Universitaria- UNFV. Post Doctorado de Didáctica en la Investigación Científica por la Universidad España, México. Árbitro, Conciliadora extrajudicial. Docente universitaria, Facultad de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.

Correo electrónico: mgonzaleslo@unfv.edu.pe

Lex





Cristo de Tayankani
Camino Brent, pintor peruano (Lima, 1909-1960)
Colección Museo de Arte de Lima

RESUMEN

La investigación considera al cumplimiento empresarial (compliance) como la nueva obligación que tienen las personas jurídicas u organizaciones, de establecer procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo, siendo necesario identificar y prevenir los riesgos para evitar sanciones o multas y/o ser excluidos en las contrataciones públicas que realiza el Estado con las empresas. Ha sido el objetivo de la investigación determinar la conveniencia de implementar un compliance normativo en las empresas privadas que contratan con el Estado; así como determinar cuáles son las infracciones más recurrentes que cometen las empresas y que están señaladas en la ley 30225¹. Se desarrolló una investigación básica, no experimental, de tipo descriptiva-explicativa, de enfoque mixto. concluyéndose con la necesidad de implementar el compliance normativo en las empresas que contratan con el estado, a fin de evitar riesgos de responsabilidad penal y/o administrativa, así como la imposibilidad de contratar con el Estado.

Palabras clave: *scompliance, buenas prácticas, empresa, contrato público, autorregulación, control de riesgos y sanciones.*

ABSTRACT

The investigation considers business compliance (compliance) as the new obligation that legal persons or organizations have to establish procedures that ensure internal and external regulatory compliance, being necessary to identify and prevent risks to avoid sanctions or fines and/or be excluded in public contracts carried out by the State with companies. The objective of the investigation has been to determine the convenience of implementing a regulatory Compliance in private companies that contract with the State; as well as to determine which are the most recurring infractions committed by companies and which are indicated in Law 30225. A basic, non-experimental investigation, of a descriptive-explanatory type, of a mixed approach, was developed. concluding with the need to implement regulatory compliance in companies that contract with the state, in order to avoid risks of criminal and/or administrative liability, as well as the impossibility of contracting with the State.

Keywords: *Compliance, good practices, company, public contract, self-regulation, risk control and sanctions.*

¹ Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

I. INTRODUCCIÓN

En la revisión de la literatura y obras vinculados al tema del *compliance* encontramos diversos conceptos y definiciones, como la que señala *Economipedia* al considerarlo como una función de las empresas para garantizar que se cumplan las normas y se respeten las leyes vigentes. Esta función se encarga de asesorar, vigilar y monitorizar los riesgos de posibles incumplimientos legales de las empresas, mediante la identificación y prevención para evitarlos, con la detección en las deficiencias para controlarlos y la información permanente de las posibles situaciones de riesgo por el probable incumplimiento de las normas.

Se sostiene que el *compliance* o programa de cumplimiento consiste en las disposiciones internas que las empresas deben implementar para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se puedan producir dentro de ellas o como parte de las variadas actividades que realizan sus empleados o funcionarios; tiene como propósito la identificación y señalamiento de los ámbitos de riesgo en cuanto a la posible comisión de infracciones y la forma de prevenirlos dentro de la misma empresa, según sean sus actividades; así como disponer los sistemas de actuación y procedimientos a seguir por quienes se encuentran en posición superior sobre sus subordinados.

Esta planificación permitirá mejorar la toma de decisiones dentro de la entidad corporativa, para la participación en los procesos de selección en forma más eficiente, identificando las áreas de mayor riesgo de la comisión de infracciones, para establecer señales de alerta y mecanismos de control respectivos, de tal forma que constituya una importante y útil herramienta para evitar infracciones sancionables y se promueva la buena administración que debe darse en toda empresa competitiva, que tenga la precaución y disponibilidad para que no sucedan situaciones

que posteriormente la perjudicaran.

Al respecto se dice que el *compliance*:

Es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos. Lo necesitamos porque el entorno legislativo en la que la empresa desarrolla sus actividades es cada vez más abundante y complejo; el nivel de beligerancia de las autoridades y organismos regulatorios es cada vez mayor, y el impacto de la regulación es más intensa que nunca².

La tendencia de aplicar soluciones rápidas a los problemas de la empresa conlleva riesgos altos y graves, vulnerando la legalidad; en este sentido, el nivel de sanciones relacionadas con incumplimientos legales ha aumentado y seguirá creciendo. Por ello, diferentes normas hacen hincapié en la importancia de la prevención como herramienta eficaz para luchar contra estas malas prácticas y es motivo principal para que el *compliance* haya aterrizado y haya venido para quedarse.³

En nuestro país se vienen propiciando nuevos criterios de ética en la gestión de negocios que deben desarrollar voluntariamente las personas jurídicas corporativas, como una de las formas más eficientes para tener un mejor desempeño en los fines que deben cumplir las empresas; es decir tener una mayor aplicación ética en los principios de responsabilidad, humanización, libre competencia, respeto a la ley y a las normas, en especial a los derechos fundamentales individuales y sociales, que se traducen en las disposiciones legales y códigos de conducta que regulan las actividades empresariales.

Según Tuyu Technology,⁴ el programa de cumplimiento consiste en establecer las políticas y procedimientos requeridos y adecuados para garantizar que una empresa cumpla con el marco normativo que se debe aplicar. Estas acciones deben involucrar a directivos, empleados en todos los niveles y a los agentes vinculados a la empresa. Siendo el cumplimiento normativo interno y externo de las empresas a través de la gestión de estrategias y acciones corporativas que permitirán evitar sanciones administrativas, civiles o penales, que se incrementan cada vez más en nuestra legislación debido a los recientes y graves escándalos de corrupción, motivadas por una serie de riesgos en la imagen y reputación de varias entidades comprometidas.

2 World Compliance Association (2018), <https://worldcomplianceassociation.com/>

3 CEUPE campus-virtual.ceupe.es CEUPE (2021), “Origen del *Compliance*”, www.ceupe.com

4 Tuyu Technology (2018), <https://www.tuyu.es/>

II. ANTECEDENTES LEGALES DEL COMPLAINE EMPRESARIAL

Como antecedente legal podemos señalar las disposiciones del marco de la ley N° 30424, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1352, que han establecido responsabilidades administrativas y penales para las Personas Jurídicas, por la comisión de ilícitos, bajo pautas de imputación tipificadas, que vinculan a una persona natural o jurídica que realiza acciones u omisiones punibles, para obtener ventajas en favor de una empresa; las mismas que se producen con mayor frecuencia cuando no existen sistemas de prevención suficientes, y son necesarias para evitar de que se cometan tales infracciones.

Al tener vigencia el nuevo reglamento de la Ley 30424⁵ (Decreto Supremo N° 002-2019-JUS)⁶ que regula fundamentalmente los modelos, estándares, componentes, requisitos mínimos y aplicabilidad de los modelos de prevención, como el *compliance*, se ratifica la importancia de esta figura para el nuevo modelo preventivo de control de riesgos que consideramos necesario implementar, en donde la empresa deja de ser un tercero civil, un espectador y se convierte en un actor procesal con deberes, pero también con derechos procesales y garantías para la defensa material y el debido proceso que se pudieran dar en los procedimientos administrativos sancionadores.

La mencionada ley establece cuales son los elementos mínimos que debe tener el modelo de prevención para la implementación del *compliance* en las personas jurídicas, considerando las características, necesidades, riesgos y naturaleza que estas poseen; y de esta manera puedan adoptar las medidas de vigilancia y control de riesgos que crean conveniente para prevenir las posibles infracciones en las que pudieran incurrir. Tal ley considera el concepto de Persona jurídica a todas a todas las entidades del sector privado y se clasifican en gran empresa, mediana, pequeña y microempresa, según las ventas anuales y la cantidad de trabajadores que tengan.

El *compliance* se asienta con fuerza en las legislaciones occidentales, como una herramienta que regula una conducta positiva de la persona jurídica, en base al desarrollo de modelos internos de control normativo, que deben ser elaborados sobre el análisis de diversos factores vinculados al contexto en el que la empresa desarrolla su actividad societaria, los riesgos a los que puede enfrentarse en sus relaciones comerciales, las políticas internas de control, códigos de conducta, prohibiciones de transgredir las normas penales y en general, el cumplimiento del marco normativo asociado al giro del negocio.⁷

Para Garberi Penal⁸, el concepto de *compliance* significa el conjunto de herramientas de carácter preventivo que tienen por objeto garantizar que la actividad que realiza la empresa y

5 Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

6 Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, Reglamento de la ley N° 30424.

7 Giovanna Abad Saldaña Giovanna, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo”, *Advocatus*, (2018).

8 Garberi Penal (2017), <https://www.garberipenal.com/corporate-programa-compliance-penal/>

quienes la conforman y actúan en su nombre lo hagan en apego de las normas legales, políticas internas, códigos éticos sectoriales y cualquier otra disposición que la misma este obligada a cumplir o que haya decidido hacerlo de manera voluntaria, como parte de sus buenas prácticas y respeto a la ley.

Para que una empresa tome la decisión de implementar un programa de compliance, resultan relevantes una serie de elementos. En primer lugar, importa determinar la probabilidad de incurrir en infracciones legales. Como segundo punto, interesa determinar la actividad que realiza la empresa y cómo esto puede generar una mayor probabilidad de infringir las normas. En tercer lugar, es relevante la estructura interna de la empresa, si se trata de una estructura compleja con diversas gerencias y funciones delimitadas. Más allá de analizar y conocer el comportamiento interno de los funcionarios y empleados de la empresa, resulta necesario tener en cuenta los elementos antes mencionados.⁹

III. SIMILITUD CON EL COMPLAINEE CRIMINAL

Si bien el compliance se viene implementando exclusivamente para evitar riesgos de responsabilidad penal y/o administrativa, mediante la identificación de una serie de infracciones que afectan a las entidades corporativas empresariales en problemas y casos de corrupción; esta situación no significa que se deje de lado las responsabilidades administrativas que se efectúan a través de las contrataciones que realiza el Estado, que son diversas y también significan graves afectaciones cuando el incumplimiento de las normas establecidas traen consigo graves sanciones, como lo plantearemos.

Es importante tener en cuenta de que existen múltiples razones para intentar prevenir y evitar las difíciles y graves repercusiones al interior de la empresa que es sancionada administrativamente, y lo que proponemos, es la implementación de un sistema o programación de tareas de cumplimiento de manera similar a las que ya existen en las grandes empresas para la prevención de delitos en actos de corrupción para evitar una responsabilidad penal, que si bien tiene mayores consecuencias en los actos de corrupción, también este tipo de compliance normativo, debe ser utilizado o acumulado para evitar las diversas infracciones administrativas establecidas en la ley y el reglamento de las contrataciones del Estado.

Se dice que la implementación del criminal compliance o compliance penal sirve para casos de prevención en delitos de corrupción, antes de que se hayan consumado, por lo que se debe realizar la labor de detección adecuada y poner en conocimiento las correspondientes normas

⁹ Camilo Clavijo Jave, "Criminal compliance en el derecho penal peruano", *Revista Derecho PUCP*, (2019).

de persecución existentes; como dispositivos internos que las empresas deben implementar para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan a niveles o escalas importantes.

Existen diversos criterios sobre la utilización del *compliance* empresarial, casi todos direccionados al ámbito penal y criminal sobre actos de corrupción, por lo que no tenemos mayores informaciones respecto a programas de cumplimiento para prevenir y evitar que se ocasionen infracciones específicas en el marco de las contrataciones que realiza el Estado, a pesar de la variedad y cantidad de infracciones que se han considerado en la ley de contrataciones públicas; por lo que resulta una propuesta válida y necesaria implementar este tipo de *compliance*.

Debemos tener en cuenta que en la actualidad los programas de cumplimiento normativo o *compliance* que mayoritariamente se vienen estudiando, tienen como objetivo evitar la comisión de delitos o infracciones penales dentro de una “gran” institución particular, por este motivo, frente a la problemática de la corrupción en nuestro país, estos programas surgen como una facultad justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas u de otro tipo dentro de una empresa que realiza importantes contrataciones con las entidades del Estado, especialmente en ejecuciones de obras y prestaciones de servicios.

Los programas de cumplimiento normativo o *compliance program* tienen como objetivo evitar el cometimiento de delitos dentro de una organización determinada, por este motivo, frente a la problemática de la corrupción en nuestro país, estos programas surgen como una opción justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas dentro de una organización. Sin embargo, en nuestro país no se encuentra lo suficientemente regulada la institución del *compliance program*, por lo que resulta menester implementar esta institución en nuestro ordenamiento jurídico para, desde una política de prevención eficaz, beneficiarnos de la práctica del *compliance* y sus efectos.¹⁰

La institución del *compliance* surge por la necesidad de controlar los riesgos generados por las actividades empresariales como una función de confirmación del derecho que se materializa en el establecimiento de diversos mecanismos confiables y seguros para la detección interna de las irregularidades cometidas, siendo el conjunto de herramientas de carácter preventivo con el objeto de prevenir la infracción de normas de carácter penal y evitar eventuales sanciones que generen responsabilidad a la empresa.¹¹

10 López Donayre, “Los programas de *compliance* y su reflejo en la contratación pública”, *Revista Derecho PUCP*, (2018).

11 Percy García Caveró, *Criminal compliance Anticorrupción y antilavado de activos* (Lima: Instituto Pacífico Lima, 2018).

Peña Cabrera¹² sostiene que la responsabilidad de la persona jurídica corresponde a una responsabilidad por la omisión de personas, que si bien no han intervenido activamente en los ilícitos, sin embargo por su función social podían y debían haberlo evitado en tanto se reconoce en ellos el deber de garante, que obliga en algunos casos, a sus directivos y funcionarios, que hayan conocido los hechos delictivos o irregulares, y debiendo evitarlo, no lo han hecho, lo que conlleva además a la responsabilidad de la persona jurídica.

La propuesta que presentamos es novedosa y original, dado que la implementación del *compliance* en las contrataciones del Estado no se ha dado o no tenemos conocimiento de su aplicación en forma similar, por lo que con los antecedentes que existen, lo tratamos de adecuar en lo posible y lo relacionamos al *compliance* criminal en materia penal diseñado para evitar actos de corrupción, que en los últimos años han sido considerados escándalos gravísimos por las afectaciones económicas efectuadas por empresas constructoras nacionales e internacionales, como las brasileñas Odebrecht, OAS, Andrade y Gutiérrez, Queiroz Galvao, las que conformaban el club de la construcción, como Graña y Montero, Obrainsa, COSAPI, Málaga, ICCGSA, entre otras; casos que están judicializados penalmente y no debemos olvidar.

El *compliance* según los especialistas, se debería implementar en las principales empresas para evitar riesgos de responsabilidad penal y/o administrativa, mediante la identificación de una serie de infracciones que afectan a las entidades corporativas empresariales; esta situación no significa que se deje de lado el control interno en las responsabilidades administrativas en otros temas, como incumplimientos en materia tributaria, laboral, sanitaria, municipal, responsabilidad social, etc., que son más numerosas y también significan graves afectaciones cuando se trasgreden de las normas establecidas, lo que trae consigo la aplicación de sanciones por la autoridad en otras áreas.

IV. CAUSALES DE SANCIÓN SEÑALADAS EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

En las contrataciones del Estado es necesario para las empresas privadas conocer y prevenir cuáles son las infracciones más recurrentes que se pueden cometer en su participación y contratación con las entidades públicas (licitaciones, concursos, adjudicaciones, subasta inversa, etc.); y de qué manera las causales de sanción o infracciones que señala la ley 30225 requieren la implementación de un *compliance* normativo empresarial para estas empresas privadas que contratan con el Estado y puedan evitar sanciones, aplicadas por falta de previsión.

12 Alonso Peña Cabrera, *Delitos contra la Administración pública* (Lima: Instituto Pacífico, 2016).

Hay que tener en cuenta las graves consecuencias y causales de sanción establecidas que sufren y sufrirían las empresas privadas al ser sancionadas con multas, inhabilitaciones temporales o permanentes u otras medidas; limitando y no permitiendo su participación en los procesos de selección que convocan todas las entidades públicas; sin embargo, esta situación podrían evitarse con programas de cumplimiento, al evaluarse los riesgos y perjuicios que traen consigo conductas inapropiadas, señaladas en la propia ley de contrataciones del Estado, las mismas que perjudicaría notablemente la economía de las empresa privadas sancionadas.

Las infracciones señaladas en la ley 30225 que regula las contrataciones del Estado, se han incrementado en forma notoria, elevando el riesgo de que estas se produzcan con mayor frecuencia, por lo que se requiere que sean identificadas y conocidas por los proveedores, señaladas en las variedades en que se producen, con los programas de cumplimiento y observación de riesgos, especialmente aquellas que han sido materia de sanción desde que entró en vigor la ley, y que se aplican en virtud de la potestad que tiene el Tribunal de contrataciones del Estado, luego de un procedimiento administrativo establecido.

Las principales causales de sanción que señala la ley son: Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta; Incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco; Contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en la ley; Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco; Presentación de informaciones inexactas a las Entidades, al Tribunal del OSCE o al Registro Nacional de Proveedores; Presentación de documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al RNP; y otras infracciones previstas.

También se sanciona: Incumplir la prohibición expresa de que el residente o supervisor de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra a la vez; No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación, según lo requerido por la Entidad, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o en vía arbitral; Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o ya se hubiera efectuado; Presentar cuestionamientos y recursos maliciosos o manifiestamente infundados.; así como registrarse como participantes, presentar propuestas o suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP; Perfeccionar el contrato, luego de notificada en el SEACE, la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el OSCE y Formular estudios de preinversión, expedientes técnicos o estudios definitivos con omisiones, deficiencias o información equivocada, que ocasionen perjuicio económico a las entidades.

Está prohibido legalmente además el ejercicio de malas prácticas como la concertación de precios, condiciones o ventajas que se puedan dar entre proveedores y terceros, con la

finalidad de afectar la mayor concurrencia y/o competencia necesaria en toda contratación, con anuencia de los funcionarios responsables. Los acuerdos para no participar o no presentar propuestas trasgreden el principio de libre competencia; por lo que los agentes que intervienen o favorecen estas malas prácticas con indicios o evidencias de corrupción, por lo que también son responsables de una sanción administrativa y penal.

Entre las malas prácticas que traen consigo responsabilidades éticas y administrativas frecuentes, en las que puede incurrir los gestores de las empresas que intervienen en las compras estatales, tenemos una serie de inconductas anómalas que, si bien muchas de ellas no están reguladas directamente en la ley o en su reglamento, originan responsabilidades administrativas funcionales, como el tráfico de influencias, malversación, cohechos, sobornos y otras corruptelas; obviamente conductas de carácter ético y moral, cuando ocasionan perjuicios y afectan los principios de moralidad, transparencia, imparcialidad, eficiencia y otros.

Para contrarrestar algunos de estos actos ilegales o de corrupción que se pueden presentar en las adquisiciones de bienes, prestaciones de servicios, consultorías y ejecuciones de obras existe la potestad sancionadora del Estado en las contrataciones públicas que no es ilimitada, sino por el contrario, está debidamente encuadrada en diversos criterios y causales determinados por el principio de legalidad, debido proceso y las circunstancias necesarias para proteger al individuo o a la empresa de una excesiva y desproporcionada actividad represora del OSCE, que es el Organismo encargado de investigar y sancionar a través de su Tribunal de Contrataciones del Estado.

Al evitarse conductas infractoras en las contrataciones públicas existiría una mayor confianza en la Sociedad respecto a las prácticas de las empresas que muchas veces olvidan el debido procedimiento para conseguir el otorgamiento de la Buena pro, es decir de valerse de medios vedados para resultar ser ganadores, afectando la libre competencia y el interés social. Uno de los principios normativos que rigen las contrataciones públicas es la sostenibilidad Ambiental, en la que se deben considerar criterios y prácticas que permitan contribuir a la protección medioambiental, por lo que debe ser una política empresarial de responsabilidad social, omitiendo infracciones que afecten el entorno ambiental.

En el Derecho administrativo sancionador el riesgo constituye, junto con la diligencia debida y la buena fe, una de las particularidades de la culpabilidad. Se entiende así que el riesgo es el núcleo de su estudio, en una sociedad que se complejiza aceleradamente y donde el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos, a fin de garantizar la coexistencia armónica.¹³

13 Alberto Retamozo Linares, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control* (Lima, Jurista Editores, 2012).

El análisis de riesgos es vital en cualquier sistema de cumplimiento porque asegura su racionalidad, el que la organización destine eficazmente sus recursos preventivos, centrándolos en aquellas actividades donde el riesgo resulta más alto. Igualmente es imprescindible para redactar o desarrollar el código de conducta y normas represoras. No pueden acabar de perfilarse los comportamientos prohibidos en materia de corrupción, si cada ente administrativo no tiene claro en qué actividades pueden aparecer.¹⁴

V. IMPLEMENTACIÓN DEL COMPLAINE EMPRESARIAL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Todos los proveedores que contratan con el Estado (ejecutores de obra, consultores, prestadores de servicios y adjudicadores de bienes) están sujetos a una serie de disposiciones señaladas en la ley, su reglamento y directivas que emite el OSCE, siendo las más trascendentes aquellas que sancionan y los inhabilitan para seguir participando en los procesos de selección que convocan las entidades públicas; por lo que se debe utilizar los mecanismos y ventajas que nos brinda la implementación de un programa de compliance para evitarlos.

Existen diversos criterios sobre la utilización del compliance empresarial, casi todos direccionados al ámbito penal y criminal sobre actos de corrupción, por lo que no tenemos mayores informaciones respecto a programas de cumplimiento para prevenir y evitar que se ocasionen infracciones específicas en el marco de las contrataciones que realiza el Estado, por lo que resulta una propuesta válida y necesaria, implementar este tipo de compliance.

Las empresas que contratan con el Estado siempre asumen riesgos de incumplimientos, muchas veces significando la vulneración de las normativas de las compras públicas, porque el objetivo principal que tienen es ganar la buena pro de la manera que sea; lo que perjudica no solo el uso de los recursos públicos y un proceso de selección, sino también la toma de malas decisiones de las empresas, motivadas por beneficios particulares y perjudicando directamente el bienestar común y el presupuesto público, que traen consecuencias sancionadoras cuando son descubiertas; incluso por actuaciones negligentes por falta de pericia o capacidad.

En materia de contrataciones del Estado, a lo largo de nuestra experiencia hemos observado las serias dificultades y apuros que tienen que pasar las empresas que fueron sindicadas como infractoras de la ley, teniendo que seguir como denunciados, un proceso administrativo

¹⁴ Adán Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (España: Aranzadi, 2015).

sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado; especialmente por no haber prevenido situaciones que en muchos casos no son las directas responsables, pero por haber confiado en terceras personas o en sus propios empleados tienen que asumir las consecuencias de sanciones que pudieron haberse evitado, incluso con responsabilidad vicaria por haber confiado en terceros, sin que exista ninguna intención.

Implementar el compliance en las contrataciones del Estado, permite indicar las graves consecuencias y causales de sanción que sufren las empresas al ser sancionadas con multas, inhabilitaciones temporales o permanentes para que puedan participar en los procesos de selección que convocan todas las entidades públicas; sin embargo, estas situaciones podrían evitarse con programas de cumplimiento, al evaluarse los riesgos y perjuicios que traen consigo conductas inapropiadas, señaladas en la propia ley de contrataciones del Estado.

Los principios normativos que regulan las contrataciones públicas son necesarios y trascendentes en la gestión privada, debiendo cumplirse también, mediante la autorregulación que deben hacer las propias sociedades mercantiles, donde no resultan suficientes la imposición voluntaria de estándares de conducta y protocolos impuestos legalmente por el Estado. El gobierno debe condicionar y fomentar nuevas estructuras y actividades que permitan este autocontrol, como son la aplicación novedosa de Programas de cumplimiento y prevención corporativo; y no queden solo en buenas intenciones.

La implementación del compliance privado en las personas jurídicas que se dedican a contratar con el Estado, permitiría mejorar los procesos de toma de decisiones dentro de la empresa, identificando las áreas de mayor riesgo y las principales causales de comisión de las infracciones señaladas, para establecer señales de alerta y mecanismos de control respectivos, especialmente en la presentación de propuestas en los procesos de selección o en la elaboración del expediente técnico; de forma que constituya una herramienta valiosa para evitar actuaciones cuestionables y sancionables, con lo que se promueve una eficiente y buena gestión administrativa al interior de aquellas empresas.

Como una herramienta de fomento en la cultura de cumplimiento del marco normativo jurídico de las contrataciones del Estado, el compliance generaría vías de anticipación, prevención, canalización, identificación y represión de conductas reprochables cometidos en el interior de una empresa que participa en los diversos procesos de selección en contrataciones públicas como son las licitaciones, concursos, adjudicaciones, convenios marcos, subastas inversas y otros, siendo útil para evidenciar la irresponsabilidad de una persona corporativa, como fundamento de culpabilidad ante la ausencia o defectuosidad del cumplimiento de las normas vigentes, que se visualizan en los procedimientos que se llevan ante el OSCE.

Se debe tener en cuenta que si bien anteriormente se han efectuado trabajos y publicaciones de las infracciones y sanciones que se pueden aplicar a los proveedores, postores y contratistas

que intervienen en los procesos de selección con al entidades públicas, las mismas que se han venido incrementando y modificando en las nuevas normas y disposiciones legales que se han efectuado para mejorar la ley y el Reglamento de las contrataciones del Estado, pero nuestra investigación está referida a una manera de prevención y control de riesgos, precisamente para que no sucedan estas sanciones administrativas que aplica el OSCE.

En nuestra experiencia hemos advertido las graves consecuencias que sufren las empresas, ya sean estas personas naturales o jurídicas, cuando son sancionadas por haber infringido la ley de contrataciones públicas en los procesos administrativos establecidos; por lo que son inhabilitadas para contratar con el Estado por largos periodos de tiempo, que prácticamente hacen posible su desaparición, es como si le aplicaran la pena de muerte; con serias consecuencias que no solo afectan a la empresa y sus directivos, sino también a sus trabajadores, a sus proveedores, a sus acreedores, a su prestigio ante la opinión pública y al propio Estado que dejara de percibir los impuestos y contribuciones sociales que requieren.

No solo se debe buscar evitar la aplicación de las sanciones administrativas mediante la implementación del compliance normativo para las empresas, para no incurrir en el pago de multas e incluso la inhabilitación para contratar con el Estado, que les significaría grandes pérdidas de carácter económico al no poder participar en los procesos de selección que convocan las entidades públicas; sino que también se estaría practicando principios de responsabilidad social empresarial en la tarea de evitar consecuencias funestas no solo para sus directivos, sino también para todos sus miembros.

VI. METODOLOGÍA

La investigación desarrollada es una investigación básica, no experimental, de tipo descriptiva- explicativa, de enfoque mixto, pues se analizó las Resoluciones sancionadoras del OSCE y sometieron a una encuesta a funcionarios especializados vinculados a las empresas privadas que realizan contrataciones con el Estado. De enfoque cuantitativo. La investigación se realizó en el ámbito del OSCE y su plataforma institucional, en el periodo 2019-2020.

La población y la muestra encuestada estuvo compuesta por 54 especialistas en contrataciones con el Estado vinculados con empresas privadas. También se tomó en cuenta las Resoluciones de las sanciones impuestas por el Tribunal administrativo de contrataciones del Estado durante los años 2019, 2020 y 2021. Las técnicas utilizadas fueron la encuesta y el análisis documental y los instrumentos aplicados el cuestionario y la ficha.

VII. RESULTADOS

Tabla 1
Registro de infracciones y sanciones

Literal	2019	2020	2021	Total
a	10	0	1	11
b	55	16	50	121
c	31	50	196	277
d	0	1	0	1
f	379	232	335	946
g	0	6	1	7
h	10	5	15	30
i	867	684	811	2362
j	376	493	686	1555
k	2	1	1	4
Total	1730	1488	2096	5314

Fuente: Elaboración propia, demostrando que la causal de sanción más aplicada durante los años 2019, 2020 y 2021 por el Tribunal de contrataciones del Estado del OSCE siguen siendo la de Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas–Perú Compras

Encuesta formulada:

1. *¿Considera que la implementación de un compliance beneficia a las empresas que contratan con el Estado?*

Escala	Cantidad	%
1. Desconozco totalmente y/o estoy plenamente en desacuerdo	2	4
2. No conozco y/o no estoy de acuerdo	4	7
3. Algo tengo de conocimiento y/o estaría parcialmente de acuerdo	11	20
4. Conozco y/o estoy de acuerdo	22	41
5. Conozco plenamente y/o estoy plenamente de acuerdo	15	28

Nota: La mayoría de los encuestados considera que la implementación del compliance beneficiará a las empresas que contratan con el Estado (89%)

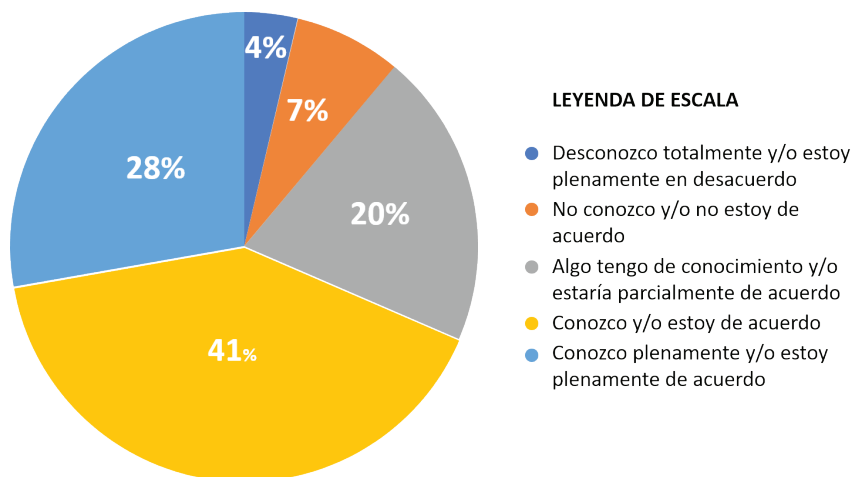


Imagen 1. *¿Considera que la implementación de un compliance beneficia a las empresas que contratan con el Estado?*

2. *¿Considera que solo las grandes empresas deberían implementar el compliance normativo como modelo de prevención?*

Escala	Cantidad	%
1. Desconozco totalmente y/o estoy plenamente en desacuerdo	7	13
2. No conozco y/o no estoy de acuerdo	12	22
3. Algo tengo de conocimiento y/o estaría parcialmente de acuerdo	10	18
4. Conozco y/o estoy de acuerdo	16	30
5. Conozco plenamente y/o estoy plenamente de acuerdo	9	17

Nota: La mayoría de los encuestados considera que solo las grandes empresas deberían implementar el compliance normativo (65 %)

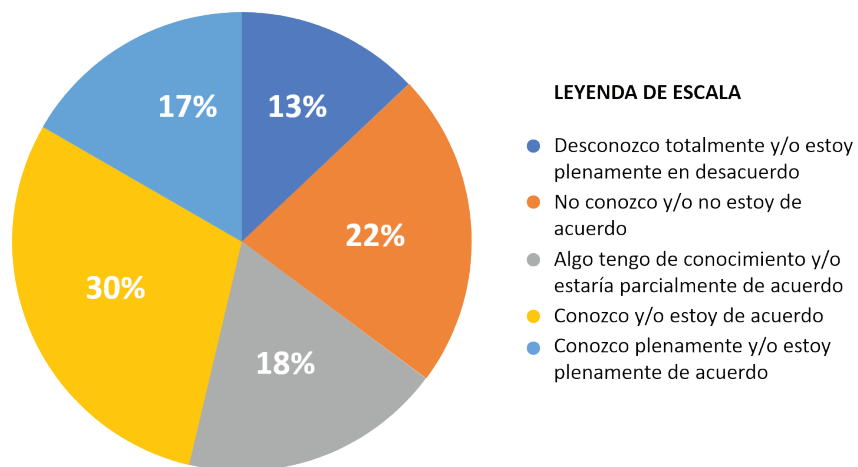


Imagen 2. *¿Considera que solo las grandes empresas deberían implementar el compliance normativo como modelo de prevención?*

3. *¿Tiene conocimiento si las sanciones aplicadas a empresas que contratan con el Estado pudieron ser prevenidas?*

Escala	Cantidad	%
1. Desconozco totalmente y/o estoy plenamente en desacuerdo	2	4
2. No conozco y/o no estoy de acuerdo	8	15
3. Algo tengo de conocimiento y/o estaría parcialmente de acuerdo	18	33
4. Conozco y/o estoy de acuerdo	16	30
5. Conozco plenamente y/o estoy plenamente de acuerdo	10	18

Nota: La mayoría de los encuestados considera que solo las grandes empresas deberían implementar el compliance normativo (81 %)

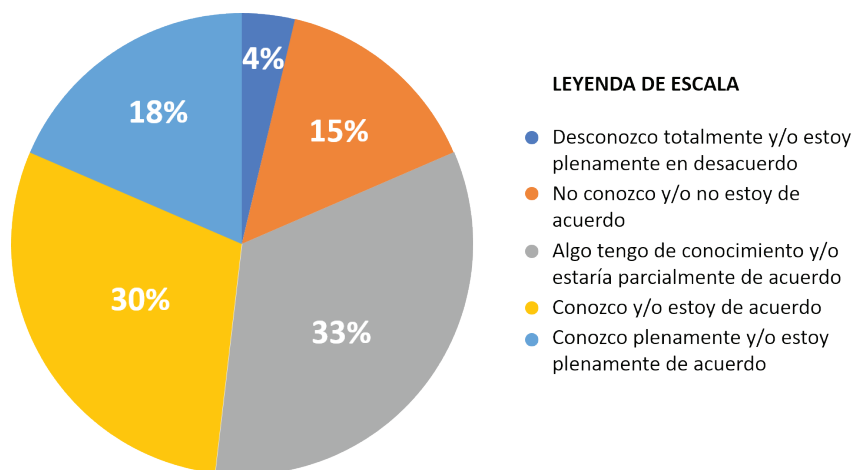


Imagen 3. *¿Tiene conocimiento si las sanciones aplicadas a empresas que contratan con el Estado pudieron ser prevenidas?*

4.- *¿Estima pertinente que en las bases administrativas para las contrataciones con el estado debería considerarse la implementación de un compliance empresarial?*

Escala	Cantidad	%
1. Desconozco totalmente y/o estoy plenamente en desacuerdo	3	6
2. No conozco y/o no estoy de acuerdo	3	6
3. Algo tengo de conocimiento y/o estaría parcialmente de acuerdo	11	20
4. Conozco y/o estoy de acuerdo	26	48
5. Conozco plenamente y/o estoy plenamente de acuerdo	11	20

Nota: La mayoría de los encuestados considera que solo las grandes empresas deberían implementar el compliance normativo (88 %)

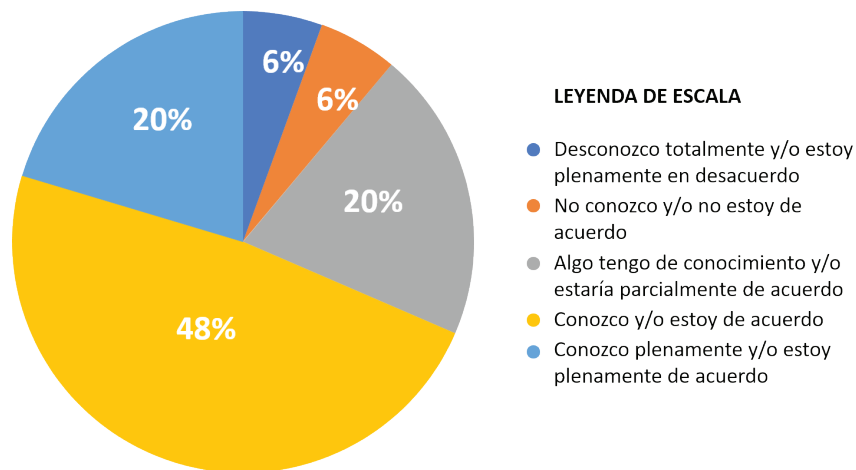


Imagen 4. *¿Estima pertinente que en las bases administrativas para las contrataciones con el estado debería considerarse la implementación de un compliance empresarial?*

VIII. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Al concluir que las empresas deben implementar el *compliance* de manera voluntaria y necesaria, para establecer estándares normativos de cumplimiento, garantizando la fidelidad de la empresa a las normas éticas y legales para evitar sanciones de naturaleza administrativa o de cualquier otra naturaleza, que en nuestro caso se encuentran direccionadas a las contrataciones del Estado con el fin de evitar la aplicación de sanciones previstas en la ley 30225.

Lo concluido se encuentra concordante con lo señalado por el CEUPE (2021) cuando puntualiza la importancia de la prevención como herramienta eficaz para luchar contra estas malas prácticas y es motivo principal para que el *compliance* haya aterrizado y ha venido para quedarse. Asimismo, lo señalado concuerda con López¹⁵ cuando señala que Los programas de cumplimiento normativo tienen como objetivo evitar el cometimiento de infracciones dentro de una organización determinada y estos programas surgen como una opción justificada para identificar y sancionar las prácticas corruptas dentro de una organización. Por ello, es pertinente agregar que en nuestro País no se encuentra debidamente implementada la institución del *compliance* por lo que se hace necesario su implementación en el caso concreto a las empresas que realizan contrataciones con el Estado.

La implementación del *compliance* en contrataciones públicas permite disponer que las empresas deban contar con un programa de prevención, para eximirse de responsabilidades penales o administrativas, dejando de lado a las Entidades del Estado que tienen el control supervisor y sancionador, que coadyuven a combatir la ilegalidad al interior de la organización de la empresa, evitando incurrir en las faltas más frecuentes y reiterantes como es la presentación de información inexacta ante las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP) . Ello concuerda con Tuyu Technology cuando sostiene que el programa de cumplimiento establece políticas y procedimientos adecuados que garanticen que una empresa cumpla con el marco normativo que se debe aplicar incluyendo en ello la veracidad de su información. Es importante recalcar que estas acciones deben involucrar a directivos y empleados en todos los niveles, así como a los agentes vinculados a la empresa a través de la gestión de estrategias y acciones corporativas que permitirán evitar sanciones administrativas, civiles o penales.

Se ha evidenciado que durante últimos años la comisión frecuente de infracciones en las empresas que contratan con las entidades públicas, en causales establecidas la Ley N° 30225, siendo la causal que más recurrente en las contrataciones del Estado, la de presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro

15 López Donayre, “Los programas de *compliance* y su reflejo en la contratación pública”, *Revista Derecho PUCP*, (2018).

Nacional de Proveedores (RNP). También en los últimos años se ha producido un creciente y variado grupo de bloques normativos que afectan a cualquier organización empresarial, entre ellas se encuentran las contempladas en las contrataciones públicas, es por ello por lo que resulta esencial, que el OSCE dentro de su base normativa consigne una regulación referente a la implementación de un programa de cumplimiento normativo en aquellas grandes empresas que contratan con el estado.

Por ello el compliance es una cultura de responsabilidad ética, que no solo evita riesgos y genera seguridad jurídica, sino que además hace mejor a las empresas, unificando las estrategias comerciales, perfeccionando los procedimientos sobre el cumplimiento de las normas y previniendo las infracciones que señala la ley 30225 para implementar progresivamente por sectores, especialmente en las ejecuciones de obra, la obligatoriedad del compliance normativo en las grandes empresas que contratan con el Estado, debido a los montos que se manejan en dichas contrataciones y los riesgos que deben asumir ante el quebrantamiento de las normas.

REFERENCIAS

- Abad Saldaña, Giovanna. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo”. *Advocatus*, (2018).
- Clavijo Jave, Camilo. “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”, *Revista Derecho PUCP*, (2019).
- García Cavero, Percy. *Criminal compliance Anticorrupción y antilavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico Lima, 2018.
- López Donayre. “Los programas de compliance y su reflejo en la contratación pública”. *Revista Derecho PUCP*, (2018).
- Nieto Martín, Adán. *Autorregulación y sanciones*. España: Aranzadi, 2015.
- Peña Cabrera, Alonso. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- Retamozo Linares, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima, Jurista Editores, 2012.

Referencias informáticas

- CEUPE campus-virtual.ceupe.es CEUPE (2021). “Origen del Compliance”. www.ceupe.com
- Garberi Penal (2017). <https://www.garberipenal.com/corporate-programa-compliance-penal/>

- Tuyu Technology. <https://www.tuyu.es/>
- World Compliance Association (2018). <https://worldcomplianceassociation.com/>

Referencias legales

- Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.
- Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, Reglamento de la ley N° 30424.
- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Recibido: 24/02/2023

Aprobado: 20/04/2023