

¿Es necesario implementar un Programa de Cumplimiento o Compliance normativo en las empresas privadas que contratan con el Estado?

Is it Necessary to Implement a Regulatory Compliance or Compliance Program in Private Companies that Contract with the State?

Daniel Alberto Juárez Fernández* <https://orcid.org/0000-0002-4140-1543>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v21i31.2471>

* Abogado al servicio del Estado, egresado de la maestría en Derecho Empresarial y Doctorado Universidad Nacional Federico Villarreal. Maestría en Tutela de Derechos y Gestión Pública Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ex Docente universitario. Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Resolución de Conflictos. Perú.
Correo electrónico: djf38495@hotmail.com

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



Danzante de La Diablada, Puno
Jorge Verástegui (fotógrafo, Lima, 1953)
Correo electrónico: jvccanito@yahoo.com

RESUMEN

Toda empresa que busque la implementación de un programa de cumplimiento debe colocar especial interés en la ética corporativa, por lo cual, es de importancia capital distinguir el compliance del mero cumplimiento normativo, los programas de cumplimiento, van más allá del aspecto legal; crean una responsabilidad de orden educativo al interior de la empresa. Con la implementación del programa de cumplimiento, la empresa y sus empleados no solo conocen las regulaciones aplicables dispuestas por el Poder Público (Constitución, Ley General de Sociedades, TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, Directivas de OSCE, MEF de la CGR etc.), sino que educa a todo el personal sobre las reglas internas de la empresa; por esa razón, los programas de cumplimiento contienen una perspectiva de capacitación con énfasis en las funciones y responsabilidades al interior de la persona jurídica. En el Perú, no hay un verdadero sistema de cumplimiento público al interior de cada entidad pública, menos aún en las Entidades Privadas. Pero el tema va más allá de una “norma de compliance público”, se necesita implementar un sistema de control interno de calidad dentro de cada organización y un compromiso permanente de los órganos de alta dirección en la implementación de dicho sistema de control interno para mitigar el nivel de riesgo.

Palabras clave: *responsabilidad, contrataciones, personal, organización y compromiso.*

ABSTRACT

Any company that seeks the implementation of a compliance program must place special interest in corporate ethics, for which it is of paramount importance to distinguish compliance from mere regulatory compliance, compliance programs go beyond the legal aspect; they create an educational responsibility within the company. With the implementation of the compliance program, the company and its employees are not only aware of the applicable regulations provided by the Public Power (Constitution, General Companies Law, TUO of the State Contracting Law and its Regulations, OSCE Directives, MEF of the CGR, etc.), but rather educates all personnel on the company's internal rules; For this reason, the compliance programs contain a training perspective with emphasis on the functions and responsibilities within the legal entity. In Peru, there is no real public compliance system within each public entity, much less in Private Entities. But the issue goes beyond a “public compliance standard”, it is necessary to implement an internal quality control system within each organization and a permanent commitment from senior management bodies in the implementation of said internal control system to mitigate the level of risk.

Keywords: *responsibility, hiring, personnel, organization and commitment.*

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas -esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al mejor precio y calidad, de forma oportuna- y en observancia de los principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario¹, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados mediante ley.

Así, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

Ahora bien, la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en ésta, pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones² y eventualmente percibir el pago como contraprestación el bien, servicio u obra efectuado en favor del Estado.

Sin embargo, existen eventos vinculados con la propia empresa que por acción u omisión del personal a su servicio hacen inviable la realización del pago e incluso ocasionan el apartamiento como Participante, Postor o Contratista.³

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

2 Opinión N° 070-2019/DTN.

3 “**Participante**: Proveedor que ha realizado su registro para intervenir en un procedimiento de selección.” “**Postor**:

Sobre dicha probabilidad adversa a los intereses de la Empresa, surge un mecanismo voluntario al interior de las organizaciones que reduciría significativamente el nivel de riesgo, al que en el mundo anglosajón se denomina *compliance* y que en nuestro medio la tenemos prevista –entre otros cuerpos normativos- en la Ley N° 30424, Ley que Regula la responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídica y su Reglamento aprobado por D. S. N° 002-2019-JUS.

Respecto al *compliance*, podemos decir que esta institución tiene su origen en los Estados Unidos, aproximadamente en la década de los sesentas, donde las empresas eléctricas efectuaron una concertación de precios so pretexto de una coyuntura económica adversa.

A fin de reivindicar mejorar su reputación, dichas empresas voluntariamente se sometieron a programas de antimonopolio, creados por ellas mismas, entre los que destacan las directrices de comportamiento⁴.

Cabe precisar que si bien es cierto la solución no fue inmediata, podemos decir que este fue uno de primeros ejemplos de *compliance*; posteriormente, se produjeron diversos hallazgos en la industria de armamento, lo cual ayudó a consolidar el *compliance* como hoy lo conocemos, ya que tal evento motivó a que las empresas del rubro de defensa tomen acuerdos de orden éticos, incluyéndose al *whistleblowers*⁵ como forma de divulgación voluntaria de ilícitos al interior de cada empresa, con lo cual se podía denunciar de forma anónima conductas contraías a la ley al interior de la empresa⁶.

Posteriormente, estos estándares dieron pie a la creación del ISO 19600 y el ISO 37001 los mismos que tienen como referente *compliance*, entendido como un sistema de gestión de riesgos.

Dichos modelos lo que hacen en buena cuenta es precisar parámetros internacionales que coadyuvarán a que la empresa maneje de forma adecuada los riesgos vinculados al *compliance*.⁷

La persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.” “**Contratista:** El proveedor que celebra un contrato con una Entidad de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento.”

4 Andy Carrión Zenteno. *Criminal Compliance: De la Ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. (Lima: 2014).

5 El término anglosajón *whistleblower*, se traduce literalmente como “el que toca el silbato” y hace referencia a la persona que informa sobre una irregularidad en su ámbito laboral. El objetivo es comunicar lo antes posible los comportamientos no éticos y sacar a la luz todo aquello que pueda dañar la reputación de una organización. Con el nuevo Anteproyecto de Ley de protección de las personas que informen sobre infracciones, amparar a los informantes con canales de denuncias seguros y confidenciales es el principal requisito para las empresas. (ver en <https://www.integrityline.com/es/experiencia/blog/que-es-un-whistleblower/>)

6 Andy Carrión Zenteno Carrión. op. cit.

7 A. Casanova, *Stándares Internacionales en Compliance: ISO 19600 e ISO 37001, 2018*. Obtenido de: www.kpmgcompliancelegal.es

ISO 37001	=====	Se encuentra enfocado contra el Soborno tanto en el ámbito público como el privado.
ISO 19600	=====	Supervisión y coordinación entre áreas tales como (protección de datos, competencia, laboral, etc.)

Figura 1

II. EL ORIGEN DEL COMPLIANCE EN EL PERÚ - “EL PROGRAMA PAÍS”

Sobre el *compliance* y su aplicación en nuestra realidad, el Perú fue uno de los primeros países en participar en el “Programa País”, lanzado por OCDE, a fin de incluir a países emergentes y apoyarlos a fortificar sus políticas públicas.

Este programa generó diversas recomendaciones, siendo una de las principales la implementación de mecanismos que atenúen a la corrupción con especial atención a los actos contrarios a ley en el sector público.

Como acto de gestión, se promulgó la Ley N° 30424, norma que regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y el *compliance*. Esta unión coloca en la palestra a nuestra Institución, que, si bien fue referida en el Código de Protección al Consumidor, aprobado por Ley N° 29571 durante el año 2010, dicha norma no generó el mismo efecto que la Ley N° 30424.

Con la dación de la Ley N° 30424, se generó inquietud por parte del sector privado, respecto de conductas que puedan configurar los delitos (Suyón, 2019), ya que, con esta norma, la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas⁸.

⁸ Ley N° 30424, Artículo 1. Objeto de la Ley: La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal.

Artículo 4. Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica. La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

III. DEFINICIÓN

El vocablo *compliance*, traducido a nuestra realidad, es una suerte de programa de cumplimiento o regulación al interior de las personas jurídicas privadas, esencialmente voluntario, que busca prevenir actos u omisiones que puedan configurar una infracción y/o trastocar la imagen de la empresa, la cual es promovida a nivel internacional.

En otras palabras, un programa de cumplimiento es en puridad un ejemplo de gobernanza voluntaria, en la cual un Ente privado (empresa) manifiestan su deber de cumplir prácticas orientadas a coadyuvar que las empresas creen una cultura de cumplimiento y detectar posibles conductas prohibidas, remediarlas y prevenir cualquier evento similar a futuro.

IV. IMPORTANCIA

La implementación del *compliance* busca:

1. Mejorar la calidad de servicio.
2. Reducir el nivel de riesgo de acciones a nivel jurisdiccional (judicial y/o arbitral) y administrativo. (egresos por concepto de indemnizaciones, multas, entre otros)
3. Fortalecer la posición de la empresa en el mercado. (Imagen, credibilidad y confianza en la empresa)
4. Señalar con claridad las funciones y responsabilidades al interior de la empresa.

V. CRÍTICA

Dentro de los conceptos esbozados por sus detractores tenemos:

1. Dentro de las desventajas de esta institución podemos mencionar el costo económico por instaurar un Programa de cumplimiento dentro de una empresa. (Crear una matriz de riesgos, el monitoreo constante, entre otros).
2. El carácter voluntario en su adopción. (En nuestro medio, el art. 1 del Reglamento aprobado por D. S. N° 002-2019-JUS)

3. La autorregulación de las empresas es una contradicción a su propia finalidad, al cual es la obtención del lucro.
4. Finalmente, es oportuno mencionar, en el Perú “... no existe estadística que nos pueda probar de manera cuantitativa los logros o beneficios que vienen obteniendo las empresas que han implementado el compliance dentro de sus organizaciones...”⁹.

VI. IMPLEMENTACIÓN

Dentro de los antecedentes encontrados, resalta un trabajo de investigación titulado “Remodelar una empresa a través de un programa de cumplimiento: el caso de Siemens” de Pawliw para dicho autor “... Los programas de cumplimiento se configuran para que las personas que trabajan dentro de una organización cumplan con las leyes y regulaciones que corresponden a su trabajo...”¹⁰

En la investigación citada, describió que el programa de cumplimiento cuenta con tres facetas:

1. El impacto del programa en las actividades diarias del empleado.
2. La relación de los empleados con la organización de cumplimiento local y,
3. La relación de los empleados con la identidad de ética corporativa.



Figura 2

Toda empresa que busque la implementación del *compliance* (programa de cumplimiento) debe colocar especial interés a la ética corporativa, por lo cual, es de importancia capital distinguir el *compliance* del mero cumplimiento normativo, los programas de cumplimiento,

9 Karen Suyón Cuadros, *El Compliance como herramienta de desarrollo para las pequeñas compañías peruanas*. (Lima: PUCP, 2019).

10 Pawliw, *Remodelar una empresa a través de un programa de cumplimiento: el caso de Siemens*. Dicho trabajo utilizó la teoría fundamentada (TF) es un método de investigación cualitativa que busca en los datos conceptualizaciones emergentes en patrones integrados y categorizados analizando, a través de pasos rigurosos, en un proceso de constante comparación (http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502020000200127).

van más allá del aspecto legal; crean una responsabilidad de orden educativo al interior de la empresa.

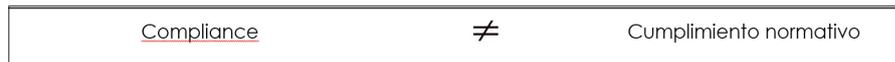


Figura 3

Con la implementación del programa de cumplimiento, la empresa y sus empleados no solo conocen las regulaciones aplicables dispuestas por el Poder Público (Constitución, Ley General de Sociedades, TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, Directivas de OSCE, MEF de la CGR etc.), sino que educa a todo el personal sobre las reglas internas de la empresa; por esa razón, los programas de cumplimiento contienen una perspectiva de capacitación con énfasis en las funciones y responsabilidades al interior de la persona jurídica.

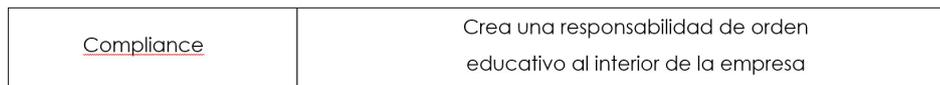


Figura 4

¿Se puede mejorar?

Independientemente de los detractores, hay hechos objetivos que fomentan estas prácticas, una de ellas es la necesidad constante de verificar el buen llevar de la ejecución presupuestaria en materia de bienes, servicios y obras, así como el buen llegar de las buenas prácticas empresariales.

En España, se habla de la sofisticación de la normativa de contratación pública y del agravamiento de las consecuencias de incumplirla, es por ello que con **la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**, incorporó al ordenamiento jurídico español la posibilidad de evitar las prohibiciones de contratar (e incluso de revisar una prohibición ya impuesta) si la empresa acredita haber adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones¹¹.

Vela indicar que en la legislación comparada se presentan casos de incumplimientos de obligaciones, vulneración de cláusulas esenciales de ejecución, resolución de contrato por causa

11 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. «medidas de autocorrección», de manera 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 en esta Ley.

imputable al contratista, presentación de documentación falsa y/o inexacta etc. (aspecto muy similar a nuestra realidad; por lo que la **implantación de un modelo de control del cumplimiento en materia de contratación pública** que acredite la “fiabilidad” del empresario en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Unión Europea es básico para que la empresa no se vea excluida de participar en procesos de selección¹².

¿Qué ocurre en el Perú?

En el Perú, no hay un verdadero sistema de *compliance* o cumplimiento público al interior de cada entidad pública, menos aún en las Entidades Privadas. Pero el tema –creemos- va más allá de una “norma de compliance público”, se necesita (i) Implementar un sistema de control interno de calidad dentro de cada entidad pública y (ii) Un compromiso permanente de los órganos de alta dirección en la implementación de dicho sistema de control interno para mitigar y controlar los riesgos en la contratación pública¹³. Lamentablemente, ambos casos se desvanecen con los continuos cambios de gestión e inestabilidad que padece el Perú desde su creación o como magistralmente resumía Basadre: El Estado empírico y el abismo social.

¿Qué condiciones debe tener el responsable del compliance al interior de las Entidad Privadas?

De lo hasta aquí plasmado, si se requiere la creación de una unidad orgánica, al interior de la Entidad Privada a cargo del compliance, cuyo responsable será el oficial de cumplimiento, quien deberá presentar -entre otras particularidades- las siguientes:

- Título profesional, de preferencia en las carreras de Administración, Economía, Contabilidad, Ingeniería o Derecho.
- Experiencia en actividades logísticas y, capacitación en materia de contratación pública y del procedimiento administrativo sancionador.
- No tener sanción administrativa dispuesta por Tribunal Administrativo; ni condenado por delito doloso, ni ser deudor moroso dentro del sector financiero.

Conforme al carácter voluntario del modelo de prevención; la designación, será formalizada

12 López. ¿Mi empresa necesita un modelo de cumplimiento en contratación pública?, 2021.

Obtenido de <https://www.tendencias.kpmg.es/2021/10/empresa-necesita-modelo-cumplimiento-contratacion-publica/>

13 Huapaya, “Desafío y riesgos que enfrentan las contrataciones públicas”, entrevista en Gestión Pública&Control N° 21, La ley-El ángulo legal de la Noticia, 28 de septiembre de 2021. obtenido de:

<https://laley.pe/art/12058/ramon-huapaya-es-perfectamente-viable-aplicar-una-politica-de-gestion-de-riesgos-en-todo-el-sistema-de-contratacion-public>.

conforme a las normas de organización de la Entidad Privada y sobre la base de la disponibilidad presupuestal.

VII. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto, la implementación del *compliance* va más allá del cumplimiento normativo, o dicho en otros términos “más allá” del mero cumplimiento del ordenamiento jurídico.

Consideramos pues que la implementación del *compliance* tiene dos miradas:

La sustantiva

1. La implementación del *compliance*, pasa por tener un sistema de información que permita (i) evaluar, (ii) predecir y (iii) administrar el nivel de riesgo, a fin de reducirlo.
2. La implementación del *compliance*, coadyuva en la toma del proceso de decisión segura al interior de la empresa, previniendo un eventual daño económico (multa, indemnizaciones) y lo que es más importante: La pérdida de la reputación de la empresa.
3. La implementación del *compliance*, requiere la acción preventiva de la empresa, a todo nivel. (compromiso del personal al servicio de la empresa a todo nivel)

La operativa

El área encargada del manejo operativo de *compliance*, puede estar fuera de la estructura interna de la organización (art. 5 del Reglamento aprobado por D. S. N° 002-2019-JUS), pero en todos los casos debe gozar de autonomía, haciendo especial énfasis en:

1. Estructura organizativa (como se organiza la empresa e identificación de las responsabilidades de cada área, para lo cual es indispensable la verificación del RIT – Reglamento Interno de Trabajo y de la Carta Funcional de cada colaborador de la empresa; mapa de Actividades actualizado, desde los Directivos de la empresa hasta los trabajadores).
2. Contar con la matriz de riesgo operativo, la cual constituye un mecanismo para la eficiencia, seguridad, solvencia y supervisión de la gestión en todo tipo de empresas. (probabilidad de riesgo, gravedad de riesgo).
3. Capacidad de respuesta frente a la materialización del riesgo (evaluación del daño: económico, imagen, repercusión legal, entre otras).

REFERENCIAS

- Carrión Zenteno, Andy. *Criminal Compliance: De la Ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: 2014.
- Casanovas, A. *Stándares Internacionales en Compliance: ISO 19600 e ISO 37001, 2018*. Obtenido de www.kpmgcumplimientolegal.es Huapaya. *La Ley* N° 21, 2021.
- Huapaya Tapia, R. “Desafío y riesgos que enfrentan las contrataciones públicas”, entrevista en *Gestión Pública&Control* N° 21, La ley-El ángulo legal de la Noticia, 28 de septiembre de 2021. obtenido de: <https://laley.pe/art/12058/ramon-huapaya-es-perfectamente-viable-aplicar-una-politica-de-gestion-de-riesgos-en-todo-el-sistema-de-contratacion-public>.
- López C. Ana. *¿Mi empresa necesita un modelo de cumplimiento en contratación pública? 2021*. Obtenido de <https://www.tendencias.kpmg.es/2021/10/empresa-necesita-modelo-cumplimiento-contratacion-publica/>
- Pawliw, P. *Remolding a company through a Compliance program: The case of Siemens*. Université de Sherbrooke: 2016.
- Suyón Cuadros, Karen. “El Compliance como herramienta de desarrollo para las pequeñas compañías peruanas”. Lima: PUCP, 2019. Trabajo de investigación para optar el grado académico de magíster en Derecho a la Empresa, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 2019.

Recibido: 18/03/2023

Aprobado: 25/04/2023