



Universidad
Continental

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN GERENCIA PÚBLICA

Trabajo de Investigación

**Propuesta de diseño del modelo de prevención
de riesgos en las empresas privadas como
proveedoras del Estado para la fase del
procedimiento de selección**

para optar el Grado Académico de Maestro en
Gerencia Pública

Magali Fiorella Rojas Delgado

Lima, 2018



Repositorio Institucional Continental

Trabajo de Investigación



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

Asesora

Dr. Elizabeth Izquierdo Quea

Dedicatoria

A mis hijas por ser mi razón de vivir, a mis padres por su confianza y a mi manita por ser mi fan.

Agradecimiento

A la Comunidad Educativa de la Universidad Continental por haber hecho posible el logro de ser una profesional competitiva con enfoque global.

Resumen

El Trabajo de Investigación Aplicada que se presenta está dirigido en primer término a contextualizar la determinación del problema y su justificación, lo que sirvió para identificar los objetivos y productos de la presente investigación que constituyen un aporte para la definición del diseño de mecanismos anticorrupción, que están siendo regulados dentro de los parámetros normativos que se orientan a la lucha contra la corrupción, como Política Pública Nacional.

Seguidamente, se formuló el diagnóstico del problema identificando los riesgos relacionados al rol de las empresas proveedoras del Estado en un procedimiento de selección dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, así como se ha referido detalladamente el marco teórico normativo dentro del cual se establece la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos como un mecanismo de gradualidad en la aplicación de las sanciones administrativas.

En forma complementaria, se analizó la propuesta de aprobación e implementación de la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos no sólo como mecanismo de gradualidad, sino también como una forma de prevenir los riesgos que asumen las empresas proveedoras en su rol de participantes, postores y adjudicatarios y se logre reducir o eliminar las malas prácticas y desviaciones administrativas, así como establecer los factores de viabilidad y factibilidad que asegurarán el éxito de la implementación del Modelo y de la Guía de Actuaciones Administrativas.

Finalmente, se incorpora dentro del concepto del Modelo de Prevención un sistema de monitoreo y seguimiento, que asegure la vigencia y el funcionamiento del mismo en toda la organización, lo que se reflejará en la participación de cada empresa y en el resultado del procedimiento de selección.

Palabras claves: Política Anticorrupción. Mecanismo de gradualidad de responsabilidad administrativa. Directiva que regula el Modelo de prevención de riesgos en las empresas privadas. Guía de actuaciones administrativas.

Abstract

To start with, we had to context the definition of the problem and its justification, which was useful to identify objectives and products of this investigation; they constitute a worthy contribution to achieve the definition of the design of anticorruption mechanisms, which are being regulated within the normative parameters oriented to fight corruption, as a public national policy.

The next step was to formulate the diagnosis of the problem by identifying dangers related to the objective of suppliers in a selection of contracting procedures for services within the limits of the law for public procurement, inasmuch as the theoretic normative frame has been properly referred to, in which limits, the risk-prevention model is established as a gradual-condition mechanism to apply administrative sanctions.

To complement the above-mentioned facts, a detailed implementation was studied, as well as the viability and feasibility factors which will guarantee the success for the model implementation and for the The Guide for Managing Performances in the organization of State- supplying enterprises which participate in a selecting process, so that all risks they assume as participants, bidders or grantees could be prevented and bad purchasing practices or administrative defections could be reduced to a minimum or eliminated.

Finally, a monitory and follow-up system has been designed to secure an updating function of the model in all the organizations, which will be reflected in a major participation of companies and the results in the selection process.

Keywords: Anticorruption Policy. Gradual-condition mechanism to apply administrative sanctions. The risk-prevention model. Guide for Managing Performances.

Índice

| | |
|---|-----|
| Asesora | ii |
| Dedicatoria | iii |
| Agradecimiento | iv |
| Resumen..... | v |
| Índice..... | vii |
| Índice de Tablas | xi |
| Índice de Figuras..... | xi |
| Introducción..... | 12 |
| Capítulo I Generalidades..... | 13 |
| 1.1. Antecedentes | 13 |
| 1.2. Determinación del problema..... | 18 |
| 1.2.1. Problema general: | 22 |
| 1.2.2. Problemas específicos:..... | 22 |
| A. Problema específico 1:..... | 22 |
| B. Problema Específico 2: | 22 |
| 1.3. Justificación del Trabajo de Investigación | 22 |
| 1.3.1. Justificación normativa..... | 27 |
| 1.3.2. Justificación metodológica | 30 |
| 1.3.3. Justificación internacional | 31 |
| 1.4. Objetivos Generales y Específicos | 33 |
| 1.4.1. Objetivo General:..... | 33 |
| 1.4.2. Objetivos Específicos..... | 33 |
| A. Objetivo Específico 1 | 33 |
| B. Objetivo Específico 2:..... | 33 |
| 1.5. Descripción de los productos propuestos..... | 34 |
| 1.5.1. Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos..... | 34 |
| 1.5.2. Guía de actuaciones preventivas..... | 34 |
| 1.6. Alcances y limitaciones del Trabajo de Investigación..... | 34 |
| 1.6.1. Alcances | 34 |
| 1.6.2. Limitaciones..... | 35 |

| | |
|--|----|
| Capítulo II El Diagnóstico | 36 |
| 2.1. Propósito del Trabajo de Investigación..... | 36 |
| 2.2. Diagnóstico Situacional | 38 |
| 2.2.1. Naturaleza Jurídica de los proveedores..... | 38 |
| 2.2.2. Obligaciones administrativas | 40 |
| 2.2.3. Supuestos de infracción administrativa..... | 50 |
| 2.2.4. Entorno organizacional | 52 |
| A. Entorno inmediato | 53 |
| B. Entorno intermedio | 55 |
| C. Tendencias Globales..... | 57 |
| 2.2.5. Alianzas Estratégicas..... | 61 |
| 2.3. Diagnóstico de Realidad Problema | 61 |
| 2.3.1. Subsistema razón de ser (teleológico)..... | 61 |
| 2.3.2. Subsistema tecnológico | 62 |
| 2.3.3. Subsistema psicosocial..... | 62 |
| 2.3.4. Subsistema de gestión..... | 63 |
| 2.4. Problemas o riesgos..... | 63 |
| Capítulo III La Formulación | 65 |
| 3.1. Marco Teórico..... | 65 |
| 3.1.1. Bases Teóricas | 65 |
| A. Sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas . | 65 |
| B. Sobre responsabilidad administrativa dentro del ámbito de | |
| la Ley de Contrataciones del Estado..... | 67 |
| C. Sobre el ISO 37001 – Norma Técnica Peruana 2017 ... | 72 |
| 3.1.2. Definición de términos básicos | 73 |
| 3.2. Objetivos del Trabajo de Investigación | 77 |
| 3.2.1. Objetivo General..... | 79 |
| 3.2.2. Objetivos Específicos..... | 79 |
| 3.3. Estrategias | 79 |
| 3.4. Productos | 80 |
| 3.4.1. Prevención:..... | 81 |
| 3.4.2. Detección:..... | 81 |

| | |
|--|-----|
| 3.4.3. Reacción frente a la detección de delitos y/o comportamientos irregulares:..... | 82 |
| Capítulo IV La propuesta de implementación..... | 83 |
| 4.1. Identificación de Recursos Críticos | 83 |
| 4.1.1. Recursos Humanos | 83 |
| 4.1.2. Recursos Financieros y Logísticos | 83 |
| 4.1.3. Recurso Tiempo | 85 |
| 4.2. Actores | 86 |
| 4.3. Metodología y Técnicas..... | 86 |
| 4.3.1. Metodología propuesta por Kast y Rosenzweig..... | 86 |
| 4.3.2. Metodología de Collette y Schneider | 87 |
| 4.3.3. Metodología SADCI – Sistema de Análisis de Capacidad Institucional..... | 87 |
| 4.4. Aspectos Administrativos | 87 |
| CAPÍTULO V Análisis de Viabilidad y Factibilidad | 89 |
| 5.1. Metodología SADCI – Sistema de Análisis de Capacidad Institucional | 89 |
| 5.2. Metodología de MACTOR – Matriz de Alianzas y Conflictos: Tácticas, Objetivos y Recomendaciones. | 97 |
| 5.3. Matriz de Consistencia | 100 |
| Capítulo VI..... | 103 |
| Monitoreo y Evaluación | 103 |
| 6.1. Mecanismos de Seguimiento | 103 |
| 6.1.1. Distribución de Funciones..... | 103 |
| 6.1.2. Registro de la información relevante | 104 |
| 6.1.3. Revisión de la documentación generada..... | 104 |
| 6.1.4. Determinación de indicadores | 104 |
| 6.1.5. Auditorías internas..... | 105 |
| 6.1.6. Revisión por parte de la Alta Dirección..... | 105 |
| 6.2. Evaluación..... | 106 |
| Capítulo VII La Síntesis..... | 108 |
| 7.1. Análisis | 108 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 7.1.1. | Respecto al objetivo general de fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios. | 108 |
| 7.1.2. | Respecto al objetivo específico de ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección. | 111 |
| 7.1.3. | Con relación al objetivo específico enfocado a lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección. | 113 |
| | Conclusiones | 114 |
| | Recomendaciones | 115 |
| | Referencias Bibliográficas | 116 |
| | Anexos | 121 |
| | Anexo N° 01 PROYECTO DE DIRECTIVA | 123 |
| | ANEXO N° 02 GUÍA DE ACTUACIONES PREVENTIVAS | 129 |
| | Anexo N° 03 Anexo documental (evidencias): | 135 |

Índice de Tablas

| | |
|---|-----|
| Tabla 1 <i>Metas propuestas para el cumplimiento de productos</i> | 85 |
| Tabla 2 <i>Responsables y Presupuesto para los Productos</i> | 88 |
| Tabla 3 <i>Formulario A – Objetivos de Desarrollo</i> | 90 |
| Tabla 4 <i>Formulario B – Actividades y Recursos</i> | 91 |
| Tabla 5 <i>Formulario C – Tareas</i> | 92 |
| Tabla 6 <i>Formulario D1 – DCI desde el punto de vista de las Reglas de Juego (leyes, normas)</i> | 92 |
| Tabla 7 <i>Formulario D2 – DCI desde el punto de vista de las Relaciones Interinstitucionales</i> | 93 |
| Tabla 8 <i>Formulario D3 – DCI desde el punto de vista de la Organización Interna</i> | 93 |
| Tabla 9 <i>Formulario E1 – Consolidación de DCI no Relacionados con Habilidades</i> | 95 |
| Tabla 10 <i>Formulario F – Sinopsis de Estrategia y Plan de Acción de Desarrollo Institucional</i> | 96 |
| Tabla 11 <i>Relación de Actores Claves</i> | 98 |
| Tabla 12 <i>Posicionamiento de los Actores</i> | 98 |
| Tabla 13 <i>Monitoreo de las Tareas</i> | 106 |
| Tabla 14 <i>Productos y Objetivos Propuestos</i> | 107 |

Índice de Figuras

| | |
|---|----|
| Figura 1: Gráfico 01: Marco General de las Compras Públicas (2014-2015) | 25 |
|---|----|

Introducción

La presente investigación aplicada se sostiene en la identificación de parte de los problemas que conllevan la existencia de desviaciones y malas prácticas de las empresas proveedoras del Estado, que ahora han sido incorporadas como actores protagónicos para la búsqueda conjunta de mecanismos públicos y privados orientados a la lucha contra la corrupción en las contrataciones públicas.

Constituye un aporte en la prevención de riesgos y desviaciones dentro del contexto de un procedimiento de selección, en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado. Un aporte que formará parte de los compromisos que las empresas en su calidad de proveedores del Estado, deben asumir dentro de la política de Lucha contra la Corrupción.

El centro principal de su análisis consiste en proponer el proyecto de una Directiva que regule el Modelo de Prevención de Riesgos que fue introducido por el artículo 50.7 modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1341, como un mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa de las empresas proveedoras del Estado al cometer determinadas infracciones en sus diversos roles de participante, postor o contratista. Adicionalmente, se propone que el Modelo de Prevención también sea un compromiso obligatorio de las empresas proveedoras.

Asimismo, también se proporcionará como producto integrante de la referida Directiva una Guía de actuaciones administrativas que una empresa proveedora debe implementar, con el propósito de reducir los riesgos y de optimizar su posición frente al cumplimiento de sus obligaciones.

Magali Rojas Delgado.

Capítulo I

Generalidades

1.1. Antecedentes

En primer término, cabe invocar un concepto cercano de la corrupción que nos ayude a conocer en forma general de que estamos hablando. En efecto, se ensayan muchas definiciones, nosotros nos quedamos con la que refiere que “*el sustrato tradicional y habitual de la corrupción* gira en torno a la actividad económica de la Administración; a la atribución de potestades de decisión, control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos, funcionarios y personal contratado. La corrupción en el sector público surge, como tal, con motivo de las relaciones ilícitas o fraudulentas de esos cargos políticos electos y del personal de las Administraciones públicas con intereses económicos privados, propios o ajenos, que persiguen la maximización del lucro empresarial y personal a costa de los intereses generales”, tal como lo manifestó Carbajo (Carbajo, 2012).

Sobre la base de lo definido, Carbajo sostiene en el mismo sentido que “desde esta perspectiva clásica, la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares del titular de esas potestades y/o de uno o varios terceros relacionados con él mediante relaciones económicas ilícitas (sobornos) o mediante relaciones de confianza (relaciones familiares y de amistad, pactos fiduciarios), que menoscaban la satisfacción objetiva de los intereses generales y contrariando la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho, según la cual todos los intereses privados quedarán supeditados al interés general de la nación.”

Esta naturaleza sustancial del fenómeno social y económico que constituye la corrupción se genera por la existencia de conflictos de intereses entre intereses públicos o generales e intereses privados que se superponen a la

satisfacción de la finalidad pública, así lo analizó Pablo García (García, 2001), siendo uno de los aspectos donde se desarrolla la corrupción generada por conflicto de intereses más emblemáticos.

Como parte de un análisis objetivo e inclusivo de los diferentes actores que participan dentro del problema de la corrupción en las contrataciones públicas, hasta antes del 2012, sólo se había identificado y regulado respecto de las responsabilidades de los funcionarios públicos, las diversas organizaciones públicas que intervienen en la cadena de infracciones de índole administrativo, civil o penal, así como las organizaciones públicas encargadas de la detección y la imposición de la sanción correspondiente.

Dentro de este entorno estrictamente público, las empresas privadas como proveedores o agentes intervinientes de los temas públicos, no habían participado directa ni indirectamente en la determinación de los problemas y menos aún en la definición de las alternativas de solución. Las personas jurídicas privadas se ubicaban más como observadoras de un problema que afecta a las instituciones públicas y al correcto uso de los recursos públicos.

Sin embargo, la doctrina ya había analizado hace años que, en materia de contrataciones públicas, se benefician los funcionarios públicos corruptos y los proveedores favorecidos por medio de acciones ilegales, siendo los perjudicados los proveedores que no salen favorecidos, los usuarios de los servicios y la comunidad (klitgaard, 1994).

A partir del 2012, se generó un cambio que ahora nos ha llevado a establecer una serie de acciones estratégicas diseñadas para la implementación de la política pública de Lucha contra la Corrupción, en la que las empresas juegan un rol protagónico. En efecto, dentro del contexto de las sesiones de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción se presentó la Séptima Encuesta Nacional sobre Percepciones de la corrupción en el Perú 2012 (Proética, 2012), a diferencia de las anteriores encuestas elaboradas sobre el mismo tema, se incorpora un segmento dedicado especialmente a

la percepción de la ciudadanía respecto a la participación de las empresas en el problema de la corrupción.

El Resumen Ejecutivo de la referida encuesta alude que “cuatro de cada cinco entrevistados opinan que las empresas son corruptas, en especial las del rubro de minería informal... la mitad de los encuestados cree que las empresas nacionales son más corruptas que las extranjeras, y una mayoría percibe que la gran empresa lo es también. En esta medición ha crecido once puntos porcentuales (de 34% a 45%) la idea de que hay más corrupción en el ámbito empresarial comparado al resto de la sociedad”.

A partir de la referida encuesta se incorpora en la agenda pública la necesidad de incluir como actores importantes en las acciones estratégicas de Lucha contra la Corrupción, a las empresas privadas que se relacionan con el Estado a través de su rol como administrados y por supuesto, a través de su rol como proveedores para contratar con el Estado.

Dichas acciones estratégicas que están diseñadas para la implementación de la política pública de Lucha contra la Corrupción, han sido complementadas durante el quinquenio pasado, con el acercamiento que el Perú hizo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, a través del Programa País.

Como resultado de la visita realizada por el señor presidente, de la República a la sede de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en noviembre del 2012, motivada por la Cancillería, el Perú presentó su solicitud de incorporación a esa organización internacional en ese mismo mes. El proceso de reincorporación a la OCDE no es automático, requiere de una decisión por parte de los países miembros, la que para el caso del Perú está supeditada al cumplimiento por parte nuestra de las condiciones establecidas en el Programa País (Acuerdo Nacional, 2015), que se traducen en alcanzar estándares internacionales en buenas prácticas en la gestión de políticas públicas, y dentro de ellas la

Gobernanza Pública y la Integridad en las Contrataciones Públicas, es una de las áreas en las que el Perú se adscribirá, implementando una serie de reformas y desarrollos normativos, de acuerdo a los parámetros y lineamientos establecidos por los documentos e instrumentos de la OCDE.

Dentro de este contexto internacional, se han identificado a través de una serie de estudios e investigaciones el nivel de corrupción y el grado de participación de las empresas en dicho problema. Ello ha generado en nuestro ordenamiento la aprobación de una serie de normas legales que implementan los acuerdos o contenidos de muchos instrumentos oficiales de la OCDE, como la Ley N° 30424 y su modificación mediante el Decreto Legislativo N° 1352 (PE, Decreto Legislativo N° 1352, 2017), sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y las últimas disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, recientemente modificada por el Decreto Legislativo N° 1341 (PE, Decreto Legislativo No. 1341, 2017) y por el Decreto Legislativo N° 1444 (PE, Decreto Legislativo No. 1444, 2018).

De acuerdo al marco legal establecido por las referidas disposiciones legales, se ha diseñado un marco regulatorio que reconoce como mecanismo de gradualidad de las responsabilidades y de identificación de riesgos, al Modelo de Prevención de Riesgos, dentro del concepto de gobierno corporativo en las empresas privadas. Este trabajo intentará diseñar el proyecto de Directiva que regule el diseño e implementación del Modelo aplicable sólo a empresas privadas que se constituyan y registren como proveedores del Estado en el Registro Nacional de Proveedores, en la etapa de procedimiento de selección, a través de la elaboración de una Directiva, así como definir su naturaleza jurídica. La propuesta de Directiva se planteará a partir de la elaboración de un diagnóstico de los riesgos que se generan en dicha etapa, para luego proponer también una guía de buenas prácticas que deben seguir los proveedores que prestan servicios y han decidido ser proveedores del Estado.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 092-2017-PCM (PCM, 2017) se aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, cuyo ámbito de aplicación incluye su cumplimiento obligatorio para el sector privado y la sociedad civil (PCM, 2017). Asimismo, en el acápite relacionado a la identificación de actores, la referida Política Nacional precisa que *“en la lucha contra la corrupción, constituyen actores clave las entidades encargadas de la prevención, control, investigación, persecución y sanción de la corrupción; así como actores no públicos, entre ellos, el sector empresarial y la sociedad en general”*.

Posteriormente, y formando parte de la Tabla 6 – Actores de la Sociedad Civil, encontramos a los gremios empresariales, entendiendo por ellos a la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP, la Sociedad Nacional de Industrias – SIN y a la Cámara de Comercio de Lima – CCL, quienes en conjunto ejercen el rol de *“analizar y elaborar propuestas que contribuyan a reducir la participación de actores empresariales en casos de corrupción”*, así como de dar *“impulso de Códigos de conducta o ética que permitan la efectiva imposición de sanciones disuasorias por conductas antiéticas vinculadas a actos de corrupción”*.

Dicho enfoque también se encuentra contextualizado dentro de diversos estudios internacionales como el elaborado por (Tito-Añamuro, 2015), miembro de la Universidad del Norte de Colombia, que sostiene que: *“este cúmulo de cosas nos lleva a la lógica de que los ilícitos no pueden afrontarse solo desde el ángulo punitivo del derecho penal, se precisan además estrategias de prevención, no sólo de sanción, sino de regulación de normas de derecho privado. No puede perderse de vista que los actos de empresa y actividades de empresarios, trabajadores, administradores, gestores y comisionistas, entre otros, empiezan en terreno privado, por lo que la causalización de los deberes de lealtad y confianza privadas debería partir desde este escenario pre punitivo”*.

Asimismo, *“las organizaciones deben actuar en consecuencia e implementar un plan integral de prevención contra esta clase de delitos. El principio conocido internacionalmente como “know your customer” o “conozca a su cliente” constituye un pilar fundamental en la elaboración de este plan. En este sentido, la definición de una matriz de riesgo constituye una herramienta útil que permite disminuir el nivel de subjetividad en la definición de perfiles de los clientes y cuantificar de algún modo el riesgo asociado en cada caso”* (Albanese, 2012).

1.2. Determinación del problema

De acuerdo al Diagnóstico MAPS que se aplicó al Sistema de Adquisiciones Públicas del Perú, desarrollado en base a la metodología de la OCDE, durante el primer semestre del año 2016, que contó además con la asistencia técnica del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo, se logró implementar una autoevaluación de todos los actores intervinientes y de los elementos integrantes en el referido sistema, con el objetivo de identificar mejoras y orientar cambios que optimicen el desarrollo económico peruano (OSCE, MAPS, 2016).

El primer diagnóstico se llevó a cabo en el 2008, y en el 2015 se dispuso actualizar dicho diagnóstico, con el objeto de mejorar y fortalecer el Sistema de Contrataciones Públicas, identificando las fortalezas y debilidades, las brechas y los mecanismos más idóneos para alcanzar los estándares internacionales, y proponiendo Lineamientos para un Plan de Fortalecimiento del Sistema de Contrataciones del Estado.

El referido diagnóstico incluye el Pilar IV sobre Integridad en el Sistema de Contrataciones Públicas, dentro del cual se desarrolla el indicador 12 sobre la necesidad de evaluar si en el país existen medidas éticas y de lucha contra la corrupción. Dicho indicador a su vez cuenta con varios sub indicadores. Específicamente, los siguientes sub indicadores contienen

evaluaciones que arrojan resultados incompletos y cuya carencia requiere ser revertida a través de mecanismos normativos y operativos:

- Sub indicador 12 (a) el marco legal y regulatorio para adquisiciones, lo que incluye los documentos de licitación y los contratos, contiene disposiciones sobre la corrupción, el fraude, el conflicto de intereses y el comportamiento no ético y establece las acciones que se pueden tomar en relación con dicha conducta.

- Sub indicador 12 (b) el sistema legal define las responsabilidades, la rendición y las penalidades para los individuos y las empresas que se detecta han participado en prácticas fraudulentas y corruptas.

- Sub indicador 12 (d) existen medidas especiales para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en las adquisiciones públicas.

A partir de los resultados de la referida evaluación MAPS, el documento propone algunos lineamientos para la Formulación del Plan de Fortalecimiento del Sistema de Contrataciones Públicas, que desarrollan recomendaciones, entre las cuales se menciona en el literal f) de los referidos sub indicadores (OSCE, MAPS, 2016) lo siguiente: *“se sugiere que las instancias competentes constituyan un equipo de trabajo que evalúe la posibilidad de incluir en los instrumentos de aplicación general que aprueba el OSCE, disposiciones más precisas sobre el impedimento de conductas fraudulentas en hitos específicos de las fases de contratación; que incluya la definición de dichas conductas y su alcance.”*

Asimismo, define 3 componentes relacionados a superar las diferentes brechas a través de acciones concretas, cuyo componente 3 está referido a implementar mecanismos que fortalezcan la dinámica del mercado.

En este contexto, con los objetivos trazados y enfocados hacia una política de lucha contra la corrupción y el fraude en las contrataciones públicas, y

definiendo como uno de los elementos constitutivos a la participación activa y comprometida de las empresas como proveedores del Estado, es que se incorpora en el Decreto Legislativo N° 1341 las modificaciones relacionadas a los elementos de la gradualidad para la aplicación de la sanción administrativa a proveedores que hayan incurrido en alguna infracción, incorporando el numeral 50.7 del artículo 50° de la Ley N° 30225 (CR, 2017), según el cual son causales de graduación de la sanción, “.....*la adopción e implementación, después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador de un modelo de prevención debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión*”.

Por primera vez, el marco legal regulatorio del Sistema de Contrataciones Públicas, incorpora una disposición específica que impacta en el ámbito privado de las empresas que son proveedores del Estado, invocando el interés público y contextualizando dicha disposición en el marco de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, que a su vez constituye parte de los resultados de la evaluación MAPS efectuada en el 2016 y componente del Programa País hacia la OCDE (Acuerdo Nacional, 2014). De esta manera, las empresas del Sector Privado además de ser identificadas como actores protagónicos del mercado de contrataciones públicos, son incorporadas como sujetos activos en el sistema y por lo tanto, con compromisos y obligaciones.

Sin embargo, la disposición que se ha introducido en el Decreto Legislativo N° 1341 respecto a la necesidad de las empresas proveedoras del Estado en implementar un Modelo de Prevención de Riesgos, está condicionado a la existencia de una infracción y la posibilidad del inicio de un procedimiento administrativo sancionador dentro del contexto jurídico de un mecanismo de gradualidad en el procedimiento sancionatorio, lo que consideramos desnaturaliza el objetivo de un modelo así, así como desincentiva a las

empresas en el cumplimiento de compromisos en la lucha contra la corrupción.

Si bien el Reglamento ha incorporado mayores alcances al contenido del referido Modelo de Prevención de Riesgos que describiremos seguidamente, no se han definido el diseño y mecanismos de implementación del referido Modelo, lo que constituye una urgencia en razón a que si bien está enmarcado dentro de los efectos jurídicos de una causal de gradualidad de responsabilidad administrativa, la que surge de la configuración de una infracción y antes de que se instaure un procedimiento sancionatorio, constituye sin duda una herramienta muy valiosa de lucha contra la corrupción.

Sin perjuicio de lo dicho, consideramos que darle solo la naturaleza de mecanismo de gradualidad de la sanción, no ha sido una decisión suficiente, ya que la implementación del modelo se convierte en facultativa y condicionada a la existencia de una infracción, y hasta la apertura del proceso administrativo sancionatorio. Ello disminuye el potencial jurídico y de gestión que tiene el Modelo de Prevención dentro de cualquier esquema de política gubernamental de Lucha contra la Corrupción, y por lo tanto resta puntos a favor de la reducción de los índices de corrupción dentro de las empresas proveedoras del Estado. Este tema será analizado con detalle y profundidad más adelante.

A pesar que recientemente el Poder ejecutivo ha emitido el Decreto Legislativo N° 1444 (PE, Decreto Legislativo N° 1444, 2017), en virtud del cual se modifica otra vez la Ley de Contrataciones del Estado, no se ha modificado ni el alcance ni la naturaleza jurídica consignada al Modelo de Prevención de Riesgos. En este sentido, surge la gran oportunidad para analizar y proponer regulaciones que establezcan la realización de este modelo de prevención, no como un mecanismo de gradualidad, sino como un elemento de obligatorio cumplimiento para todas las empresas que se registren en el Registro Nacional de Proveedores. Así, resulta de urgente

implementación el diseño del contenido del Modelo de Prevención de Riesgos aplicable para las empresas proveedoras del Estado, que contemple las tres fases del proceso de contratación pública: actos preparatorios, procedimiento de selección y ejecución contractual.

Dentro de este contexto, se han podido identificar los siguientes problemas, acotados a la fase de proceso de selección:

1.2.1. Problema general:

Débil conducta ética y prácticas cuestionables durante la fase del procedimiento de selección, en un gran número de empresas proveedoras del Estado, cuando ejercen su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

1.2.2. Problemas específicos:

A. Problema específico 1:

Limitado uso de compromisos, regulaciones y control sobre la conducta ética y la forma de evitar malas prácticas, por parte de las empresas proveedoras del Estado, cuando son participantes, postores o adjudicatarios en un procedimiento de selección.

B. Problema Específico 2:

Inobservancia a los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado, cuando participan en un procedimiento de selección.

1.3. Justificación del Trabajo de Investigación

La presente investigación se justifica en la necesidad de regular a través de una Directiva, el diseño del Modelo de Prevención de Riesgo, que incluya

su desarrollo, implementación y monitoreo, especialmente para el caso de las empresas proveedoras que contratan con el Estado, específicamente en la fase del procedimiento de selección.

Sobre la base de estudios realizados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y por las diferentes organizaciones internacionales que han participado en diferentes diagnósticos, relacionados a la participación de las empresas en las diversas modalidades de procedimientos de selección, se han evidenciado una serie de desviaciones y malas prácticas, principalmente en cuanto a vulnerar el Principio de Veracidad mediante la presentación de documentación falsa.

En forma precisa, recientemente la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE ha publicado un estudio sobre la contratación pública peruana, en el que analiza la cultura de integridad en el proceso de contratación pública. En dicho estudio, y sobre la base de levantamiento de información inter institucional, así como de la aplicación de otras metodologías, se sostiene que *“debido a los fuertes intereses económicos involucrados y a la complejidad de los procedimientos, existe una alta probabilidad de que se susciten eventos de corrupción y violaciones a la integridad durante las diferentes fases del ciclo de contrataciones”*. (OCDE, Estudio sobre la contratación pública peruana, 2017).

De acuerdo a la tabla 8.1 Riesgos de corrupción asociados a diferentes fases del ciclo de contratación pública, se consigna que una de las fases más riesgosas es la presentación de ofertas, donde se observa *“falta de competencia o casos de licitación colusoria (licitadores encubiertos, supresión de ofertas, rotación de ofertas, asignación de mercado)”*. También se menciona que hay conflictos de intereses en la etapa de evaluación de ofertas y en la adjudicación de contratos.

Dichas desviaciones y malas prácticas están alimentadas por el fraude, en la presentación de la información y en la actuación de las empresas proveedoras dentro del procedimiento de selección. La doctrina sostiene que *“en cuanto al incentivo o presión, es lo que lleva a cometer el fraude, mientras que la oportunidad es la existencia de condiciones apropiadas para perpetrarlo y la racionalización se relaciona con las actitudes y valores éticos de la persona que le permiten de manera intencional cometer un acto deshonesto. Los auditores deben analizar estas tres dimensiones, para determinar si hay factores asociados que puedan indicar un fraude”* (Salas, José y Reyes, Nydia, 2015).

Como parte de las recomendaciones formuladas en el informe resultante de la implementación del diagnóstico MAPS (OSCE, MAPS, 2016), se consigna en el literal f) respecto al tercer Pilar (página 335) que: *“se sugiere que las instancias competentes constituyan un equipo de trabajo que evalúe la posibilidad de incluir en los instrumentos de aplicación general que aprueba el OSCE, disposiciones más precisas sobre el impedimento de conductas fraudulentas en hitos específicos de las fases de la contratación; que incluya la definición de dichas conductas y su alcance”*.

En forma paralela y tomando en consideración que la situación en Colombia es muy parecida, el Departamento Administrativo de la Función Pública, con la asesoría de Robert Klidgaard, realizó la identificación de factores de riesgos generados por la corrupción, como: caos administrativos, falta de estudios serios de factibilidad y conveniencia, direccionamiento de las bases o términos de referencia, fraccionamiento técnico, monopolio de contratistas, demora en el pago de facturas, entre otros (Otero, 2003).

En Perú, con el objetivo de identificar la dimensión del problema que estamos analizando, resulta necesario conocer el volumen de las cifras que involucran las contrataciones públicas, cabe mencionar que según informe de la Oficina de Estudios Económicos del OSCE (OSCE, Informe sobre estimación de la participación de la micro y pequeña empresa en el

mercado estatal, 2015), el monto adjudicado en su totalidad en el mercado estatal ascendió a 41,373.3 millones de soles en el año 2015, siendo que el 74% de los procedimientos de selección correspondieron a modalidades clásicas. Por el lado de los proveedores del Estado, 40,427 proveedores lograron un contrato (orden de servicios) con alguna entidad del Estado, ubicada en el Gobierno Central, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Del referido total de proveedores, 23,323 fueron personas jurídicas, es decir empresas, las que contrataron el 88.4 del monto total de transacciones durante el año 2015.

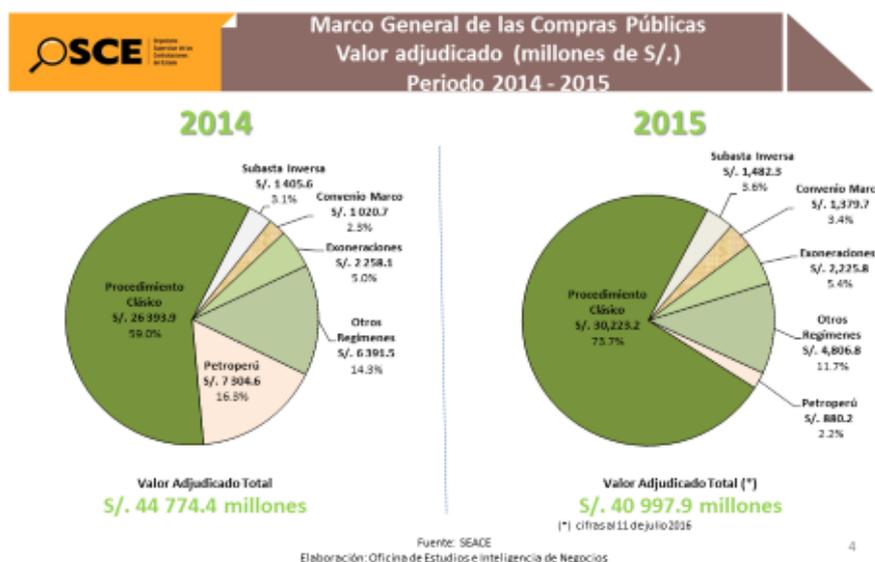


Figura 1: Gráfico 01: Marco General de las Compras Públicas (2014-2015)

Fuente: SEACE

Si bien el referido estudio, hace un análisis mucho más profundo relacionado a la participación de las pymes (pequeñas y medianas empresas), no sólo en los montos generales sino en forma detallada por cada región, este informe nos sirve para visualizar la dimensión del mercado de contratación pública en el Perú y también la cantidad de empresas que son proveedores del Estado, y que constituyen el público objetivo del presente trabajo de investigación.

Posteriormente, otro informe de la Oficina de Estudios Económicos del OSCE que se denomina Informe Anual de Contrataciones Públicas 2016 (OSCE, Informe Anual de Contrataciones Públicas, 2016), que se encuentra publicado en el portal institucional del OSCE registra un total de transacciones que asciende a 26, 324.2 millones de soles para el año 2016, siendo que las contrataciones efectuadas bajo el Régimen General alcanzaron más del 80%, lo que representa el fortalecimiento del referido régimen. Sin embargo, cabe advertir que durante el 2016 hubo una contracción de dicha cifra, la que se redujo en 34.3% respecto al año anterior. En 2016, sólo 26,570 proveedores concretaron un contrato con el Estado, de los cuales 12, 582 eran personas jurídicas, lo que definitivamente representa una reducción importante de empresas que participaron y lograron un negocio con el Estado, a pesar que el nivel de competencia se haya elevado en los 2015 y 2016.

De acuerdo a las cifras estadísticas que maneja el Tribunal de Contrataciones del Estado, del total de sanciones que se impusieron a los proveedores durante el 2016 que asciende a 2442 sanciones impuestas, el 56.14% corresponde a infracciones por presentación de documentación falsa, el 25.72% por no mantener oferta, no suscripción injustificada del contrato, no recepción de orden de compra o servicio, y 14.81% al incumplimiento contractual que generó resolución contractual (OSCE, Memoria Institucional, 2016).

Si bien las referidas estadísticas representan un poco más del 10% de los proveedores que concretaron un contrato con el Estado en el año 2016, no necesariamente refleja el verdadero alcance del problema, en razón a que no existe hábito de denuncia por parte de las entidades, o si éstas han denunciado, terminan no remitiendo los antecedentes administrativos necesarios para resolver. Sin perjuicio de ello, cabe anotar que el número acumulado de proveedores que mantienen sanción vigente al mes de octubre del 2018, asciende a 2792, siendo que algunos de ellos cuentan con medidas cautelares que les permite continuar contratando con el

Estado. Actualmente, hay 163 proveedores sancionados que cuentan con medida cautelar vigente.

Este resultado que además se ha venido replicando a lo largo de los años, que no sólo se sustenta en las estadísticas proporcionadas por el OSCE o por su Tribunal de Contrataciones del Estado, sino también por la información que manejan y exponen los medios de comunicación en forma diaria, nos demuestra la carencia de modelos de prevención de riesgos que contengan mecanismos eficientes que reduzcan este tipo de estadísticas, que finalmente afectan el correcto uso de los recursos públicos y la generación de buenas prácticas.

1.3.1. Justificación normativa

Como parte de los elementos constitutivos que se requieren para sustentar la viabilidad de un proyecto, el análisis jurídico del marco legal aplicable es el elemento más complicado de identificar e implementar. En el presente caso, ya se cuenta con un dispositivo general que expresamente dispone que las empresas que actúen como proveedores del Estado en sus diferentes momentos (participante, postor o contratista) que hayan cometido una infracción, podrán utilizar la existencia de un Modelo de Prevención de Riesgos, diseñado, implementado y monitoreado en su organización, como mecanismo de gradualidad que pueda reducir o eximir de responsabilidad administrativa a la empresa presuntamente infractora. Dicho mecanismo de gradualidad se aplica para algunos supuestos de infracciones.

En este mismo sentido, y con el objetivo de dar mayores detalles al diseño del Modelo de Prevención de Riesgos, las últimas modificaciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF incorporan precisiones adicionales. En efecto, el literal g) del

artículo 226° del referido dispositivo reglamentario (MEF, 2017), dispone que la adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.7 del artículo 50° de la Ley, constituye un criterio de gradualidad de la responsabilidad administrativa del presunto infractor.

Seguidamente se precisa que: *“dicho modelo debe contar con los siguientes elementos mínimos: (i) 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, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración (ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal (iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflictos de intereses que garanticen el anonimato y la protección del denunciante (iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención (v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.”*

Contar con ambas disposiciones nos ayuda a tener las bases principales para diseñar la Directiva que contenga las regulaciones necesarias para la implementación, aprobación y monitoreo del modelo que ya tiene cierta estructura y que en la presente investigación se acotará a la fase del procedimiento de selección y a los riesgos identificados en dicha fase.

Se ha definido la fase del procedimiento de selección para el presente trabajo de investigación por considerarse que es la etapa en la que las empresas privadas en su calidad de proveedores del Estado, deben cumplir con una serie de obligaciones y ejercer sus

derechos de defensa bajo el contexto jurídico de diversos Principios Generales del Derecho Administrativo y de las Contrataciones Públicas, y en la que también se han identificado la intervención de una serie de desviaciones y prácticas restrictivas, e inclusive delitos (Galvis - Quintero, 2016), por lo que resulta ser la fase más vulnerable para los intereses del Estado y la satisfacción de la finalidad pública.

En este mismo sentido, la doctrina internacional sostiene que los Modelos de Prevención de Riesgos deben contener la declaración de voluntad de la alta dirección de las empresas privadas, la consecuencia entre la voluntad y las acciones implementadas, que haya integración en la estrategia, definición de las responsabilidades, establecimiento de criterios generales, planes de difusión y comunicación, mecanismos de consulta y denuncia, transparencia, supervisión y control, medidas correctivas, entre otros componentes (Argandoña, 2007).

De acuerdo a ello, el autor Argandoña sostiene que *“la prevención de la corrupción dentro de las empresas forma parte de su responsabilidad corporativa, y utiliza sus mismos medios: códigos de conducta, memorias, auditorías, formación del personal, exigencia de transparencia a sus proveedores y socios, etc. Lo que la lucha contra la corrupción añade a esos instrumentos es un conocimiento claro de la naturaleza, causas y problemas creados por la corrupción, la identificación de los puntos débiles en las relaciones externas de la empresa, y una voluntad firme y decidida de oponerse a ella, además de algunos medios específicos. El resultado será el respeto a la Ley, la creación de un clima de confianza dentro de la organización y de lealtad con sus stakeholders externos, una gestión de mayor calidad y una sólida reputación que, a la larga, se traducirá en unos mejores resultados económicos, sociales, humanos y éticos”*.

Asimismo, (Astudillo, 2015) analizó *“la influencia que en los últimos años ha tenido el fenómeno de la autorregulación para el derecho como mecanismo de supervisión de las organizaciones empresariales y sus implicancias en la lucha contra la corrupción pública a través de los programas de cumplimiento para las empresas”*. Así continúa: *“es interesante ver como la normativa europea exige ciertos estándares de autorregulación a las empresas que pretenden acceder a contratos públicos. Esta tendencia legislativa, bien podría conducir a que en el futuro la administración pública exija que todas las empresas que quieran contratar con el Estado acrediten tener implementado un programa de cumplimiento”*.

En esta misma línea está Osvaldo Artaza (Artaza, 2013) cuando sostiene que el modelo de prevención de riesgos no está relacionado necesariamente al aspecto punitivo, sino también a la necesidad de construir organizaciones ordenadas y preventivas, ya que para el autor *“este conjunto o sistema de medidas adoptados por la empresa, no solo debieran tender a que no se llevara a cabo ningún tipo de conducta delictiva (o un menor número) por parte de los integrantes, sino también a generar la capacidad de detectar oportunamente este tipo de conductas, cuando se encuentren en un nivel de desarrollo irrelevante como para dar pie a una eventual persecución penal en contra de la empresa. Por ejemplo, mediante la detección de procedimientos especialmente riesgosos que pudieran desencadenar ciertos resultados lesivos”*.

1.3.2. Justificación metodológica

La presente investigación está basada en procedimientos y métodos sistemáticos que se detallan a continuación:

- Metodología de MACTOR: se aplicará en el análisis de juego de actores.
- Metodología sistema de análisis de capacidad institucional SADCi: se aplicará en el análisis de un flujo de información que cualquier decisor puede iniciar, desarrollar, actualizar continuamente y luego institucionalizar, una vez tomada la decisión de hacer más de algo.
- Matriz de Consistencia: que presenta y resume en forma adecuada, general y sucinta los elementos básicos del presente proyecto de investigación.

1.3.3. Justificación internacional

De acuerdo a lo expuesto líneas arriba, es evidente que el diseño, implementación y monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos dentro del ámbito de competencias de la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentra identificado como uno de los objetivos específicos de la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, que están siendo evaluados como requisitos esenciales en el Programa País con el objetivo de que el Perú pueda integrar en el mediano plazo la OCDE.

Asimismo, en el reciente estudio presentado por la OCDE relacionado a la contratación peruana, se consigna como una de las recomendaciones relacionadas a incorporar una cultura de integridad en la contratación pública de Perú, que *“Perú puede proporcionar lineamientos prácticos sobre integridad y gestión de conflicto de intereses a funcionarios de contratación pública, así como a proveedores.”* (OCDE, Estudio sobre la contratación pública peruana, 2017).

Este impacto de índole internacional, nos colocará como país elegible en términos de regulación y existencia de mecanismos que

garanticen buenas prácticas en las contrataciones públicas, dentro de las cuales las empresas juegan un rol importante, especialmente cuando se convierten en proveedores del Estado.

En otras palabras, proponer el proyecto de Directiva que establezca las regulaciones necesarias para la implementación, aprobación y monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos, constituye la implementación de uno de los componentes necesarios para desarrollar lineamientos estratégicos que coadyuven en la lucha contra la corrupción y promuevan el establecimiento de mecanismos eficientes que permiten en el largo plazo, reducir los índices de corrupción y fraude en la contratación pública.

En este mismo sentido, cabe mencionar al BID que hace algunos años ha analizado a detalle el problema y ha incluido a la empresa como pieza fundamental en la lucha contra la corrupción. Así, señala que *“con respecto al sector privado, el BID fomentó una gobernanza empresarial adecuada en las entidades con las cuales opera y cumplió un papel más activo en apoyo a los códigos de conducta de las empresas, los marcos de gobernanza empresarial y los pactos transparentes de integridad”* (Thornburgh, 2008)

En términos generales, se trata de que el Estado debe asumir una política pública que incorpore en forma obligatoria a la empresa privada, en la lucha contra la corrupción. Por ello, *“motivar la participación de los proveedores implica simultáneamente conocerlos y caracterizarlos, en particular en lo relacionado con su desempeño y situaciones de mercado. Este es el fundamento para desarrollar estrategias, acciones y medidas de mitigación preventivas, no con intenciones restrictivas que limiten su participación en el mercado, sino con el propósito de reducir la materialización de ciertos riesgos, o bien superarlos con mayor suficiencia si llegasen a concretarse. Tales circunstancias de*

coexistencia e interdependencia entre Estado y empresa privada agregan valor a los fines públicos y al concierto económico, a pesar de la divergencia de sus intereses” (Charris, Juan Pablo y Llamas, Alfonso, 2016).

1.4. Objetivos Generales y Específicos

De acuerdo a los problemas delimitados anteriormente, podemos identificar los siguientes objetivos:

1.4.1. Objetivo General:

Fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

1.4.2. Objetivos Específicos

A. Objetivo Específico 1

Ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección.

B. Objetivo Específico 2:

Lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección.

1.5. Descripción de los productos propuestos

1.5.1. Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos

Se trata de desarrollar un proyecto de Directiva que contenga la regulación necesaria para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, durante la fase correspondiente al procedimiento de selección, como parte de las obligaciones que asumen las empresas que son proveedoras del Estado y que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Proveedores.

1.5.2. Guía de actuaciones preventivas

Se elaborará una Guía de Actuaciones Preventivas que deberán seguir las empresas proveedoras como parte de la Directiva referida, durante la fase correspondiente al procedimiento de selección. Esta guía detalla de manera secuencial y sistemática lineamientos orientadores de las actuaciones que los proveedores en su rol de participantes, postores o adjudicatarios dentro de un procedimiento de selección, están obligados a cumplir en observancia a los Principios Generales de la Contratación Pública y disposiciones regulatorias.

1.6. Alcances y limitaciones del Trabajo de Investigación

1.6.1. Alcances

El presente trabajo de investigación está enmarcado en las disposiciones que regulan el Modelo de Prevención de Riesgos, contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como en las demás disposiciones de orden público o disposiciones emitidas en espacios de cooperación multilateral o internacional, así como doctrina internacional, que nos sirva de referencia para la elaboración de los productos propuestos.

Está acotado a las empresas proveedoras del Estado que se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Proveedores y que deben cumplir con determinadas obligaciones respecto a los riesgos que se generan durante la fase correspondiente al procedimiento de selección, en razón a que es en esta fase en la que la empresa proveedora se encuentra más expuesta al riesgo de corrupción.

1.6.2. Limitaciones

De acuerdo a la normativa vigente, el uso del Modelo de Prevención de Riesgos está contextualizado a partir del momento en que se cometen determinadas infracciones que pueden ser sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado y hasta que se instaure el procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo, un modelo de prevención de riesgos por su naturaleza debería representar una política de largo alcance y permanencia en la empresa que es proveedora del Estado, ya que coadyuva a la política pública de lucha contra la corrupción, así como servir de instrumento de gestión de mejora de procesos.

Lamentablemente, el contexto normativo dentro del cual se ha incorporado el Modelo de Prevención de Riesgos no está enfocado a la prevención en sí, sino más bien en su implementación ante la oportunidad en la que ya se cometió la infracción y se apertura un procedimiento administrativo sancionador, por lo que este trabajo de investigación propone que el modelo no sólo debe ser usado como un mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa, sino sobre todo debe ser usado como un mecanismo anti corrupción que constituya una obligación para las empresas proveedoras del Estado.

Capítulo II

El Diagnóstico

2.1. Propósito del Trabajo de Investigación

Como medio para el cumplimiento de los objetivos institucionales y la satisfacción de la finalidad pública, las organizaciones públicas deben desarrollar procedimientos de selección para la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras que requieran en dicho cumplimiento. En este marco de regulaciones derivadas del Sistema de Contrataciones Públicas y dentro de un contexto de compromisos internacionales que el Perú ha asumido como parte de sus políticas públicas, se ha configurado la existencia y vigencia de un Modelo de Prevención de Riesgos que constituye por ahora solo un mecanismo de gradualidad frente a la probabilidad que sea determinada la responsabilidad administrativa a una empresa que cometió determinados tipos de infracción.

El propósito del presente trabajo de investigación es proponer en primer lugar que el Modelo de Prevención de Riesgos no sea solo un mecanismo de gradualidad sino un compromiso que asuman las empresas que buscan contratar con el Estado y se inscriben en el Registro Nacional de Proveedores, como parte de una línea estratégica primordial en la lucha contra la corrupción. Sobre la base de la propuesta naturaleza jurídica, se propone desarrollar el proyecto de una Directiva que contenga las regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear dicho modelo a partir de un mapeo de riesgos que se identifiquen durante la fase correspondiente al procedimiento de selección, y construir una guía de actuaciones preventivas que forme parte de la Directiva.

En este trabajo de investigación se usarán diferentes métodos sistemáticos y analíticos, y se llevará a cabo una etapa de levantamiento de información

con el objeto de identificar los diferentes riesgos que se generan en la fase del procedimiento de selección, para finalmente construir el contenido de la Directiva sobre el Modelo de Prevención de Riesgos, dentro del Sistema de Contrataciones Públicas peruano.

Los productos ofrecidos dentro del presente trabajo de investigación serán el resultado de un procesamiento metodológico y de uso y aplicación viable para cualquier empresa proveedora del Estado que se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Proveedores, en su actuación como participante, postor o adjudicatario durante la fase correspondiente al procedimiento de selección. En este sentido, el gobierno corporativo, el control interno, la identificación y prevención de riesgos, figuras desarrolladas en forma frecuente (Baracaldo, 2013), así como buenas prácticas que buscan fortalecer la estructura empresarial, serán los elementos constitutivos del referido modelo.

Nuestra intención es generar valor público indirecto ya que proponer el contenido de una Directiva que contenga las regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, que se implementará en las empresas proveedoras del Estado en calidad de compromiso, contribuye con la Política Pública de Lucha contra la Corrupción y constituye un elemento que se integra a la estructura y organización de dichas empresas, para que cumplan sus roles en forma idónea, respetando los Principios de la Contratación Pública, el ordenamiento formal del proceso y sobre todo contribuyendo a una contratación de calidad, que se enmarque en los ejes de la nueva reforma legislativa del Sistema de Contratación Pública.

2.2. Diagnóstico Situacional

2.2.1. Naturaleza Jurídica de los proveedores

En el Informe Anual de Contrataciones al 31 de diciembre del 2016 (OSCE, Informe Anual de Contrataciones Públicas , 2016) emitido por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, se analiza el comportamiento, composición y procedencia del total de proveedores que lograron concretar un contrato con el Estado durante el 2016, ya sea a través de la suscripción y ejecución de un contrato, o sólo a través de la formalización de una orden de compra.

Antes de todo, es interesante hacer referencia al universo de proveedores que al cierre del 2016 se encontraban con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, que correspondía a 313,509, siendo que como un proveedor puede inscribirse en más de un registro a la vez, las inscripciones vigentes y válidas ascendían a 495,404.

En este contexto, sólo 25,707 proveedores contrataron efectivamente con el Estado, lo que representa el 8.2%, de los cuales el 45.2% son personas jurídicas, es decir empresas, y el 31 % son consorcios.

Cabe precisar que el consorcio es una figura jurídica establecida por el marco legal que regula las contrataciones públicas y que no constituye una empresa nueva, sino la formación temporal de una asociación que tendrá una identificación tributaria y que cumplirá las obligaciones como un contratista frente al Estado, sobre la base de una estructura de responsabilidades compartidas y solidarias.

Para los efectos del presente trabajo de investigación, sólo utilizaremos la cifra que corresponde a las personas jurídicas, que

asciende a 12,582 proveedores. Cabe advertir que dicha cifra ha venido en constante descenso, ya que en el año 2013 fue 18,261, en el 2014 fue 17,655, y en el 2015 fue 17,015. Dicho descenso representa la necesidad de analizar también las causas que están disminuyendo las oportunidades de concretar un contrato con el Estado, que en muchos casos tienen relación con las malas prácticas que generan gran desconfianza para contratar con el Estado y/o las desviaciones o actos de corrupción que generan la inobservancia de Principios de Pluralidad de Proveedores, Competencia, Equidad y Transparencia.

Para el presente trabajo de investigación nos enfocaremos en las empresas registradas en el Registro Nacional de Proveedores, que a través de las modalidades clásicas (concurso público, adjudicación simplificada, consultores individuales y contratación directa) contratan con el Estado. De acuerdo a la información con la que cuenta el OSCE, el 98% del mercado nacional está integrado por pequeñas y micro empresas (pymes). Dichas empresas tienen grandes problemas de formalidad en sus organizaciones, muchas de ellas son empresas familiares y además están expuestas a una serie de riesgos al interno, debido a la falta de controles internos o estructuras diseñadas que puedan prevenir los riesgos.

Por tanto, la naturaleza jurídica de nuestro público objetivo coincide en su mayoría con una figura societaria (sociedad anónima cerrada o abierta, empresa de responsabilidad limitada, entre otras) que cumple con los requisitos mínimos para ser considerada pequeña o micro empresa, que adolecen de muchas formalidades de naturaleza laboral, tributaria, comercial, etc. (INEI, 2014). Adicionalmente, no cuentan con control interno ni prácticas de gobierno corporativo y presentan cuestionables prácticas para ejercer su rol de participantes, postores y adjudicatarios.

Lamentablemente, este pre diagnóstico también se puede encontrar en muchas empresas medianas y hasta grandes.

Muchos estudios de investigación han concluido que *“Si bien son conocidas las consecuencias legales derivadas de ejecutar actos de corrupción, el empresariado considera otros factores que también le motivan, quizá con más fuerza que los mismos jurídicos, a llevar a cabo sus actuaciones en un marco de transparencia. Es importante mencionar que la restricción de las oportunidades comerciales y las operaciones se considera que como uno de los mecanismos más eficaces para motivar a las empresas para hacer frente a la corrupción; aunque paralelamente la pena privativa de la libertad es un elemento predominante de disuasión”* (Gómez, 2014).

De acuerdo a las cifras y a la naturaleza jurídica que caracterizan a las empresas que constituirían nuestro público objetivo para el diseño e implementación de los modelos de prevención de riesgos, se podría impactar en forma positiva y masiva en el mercado nacional, y especialmente en las empresas que son proveedoras del Estado.

2.2.2. Obligaciones administrativas

Dentro del contexto normativo vigente y aplicable, las empresas que pretenden ser proveedoras del Estado, deben cumplir con diversas obligaciones administrativas, además de observar los Principios Generales de la Contratación Pública y respetar los impedimentos para contratar con el Estado.

En primer término, invocaremos los diferentes Principios de la Contratación Pública, ya que configuran el marco legal general dentro del cual los proveedores que ejercen roles de participantes,

postores o adjudicatarios, deben cumplir con ciertas obligaciones administrativas.

Los Principios Generales de la Contratación Pública son:

Libertad de Concurrencia: por el cual el Estado debe promover libre acceso y participación de diversos proveedores, y evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Tal como se puede observar, este principio es más regulatorio para la actuación del Estado y en todo caso, podría ser esgrimido en la defensa de los derechos vulnerados de algún proveedor que haya sido discriminado o limitado en su participación.

Igualdad de Trato: lo que se busca es preservar que no haya trato discriminatorio y que se otorguen iguales oportunidades para todos los proveedores, para lo cual se prohíben privilegios o ventajas, salvo justificación objetiva y razonable, que normalmente se relaciona con algún marco legal que busca proteger a un sector económico como los discapacitados, las pymes, etc. Este principio también contiene una regulación que impactará directamente en la actuación de la entidad contratante y por lo tanto, podrá ser usado como argumento para cuestionar desviaciones que provengan del Estado mismo.

Ahora bien, en muchos casos se ha evidenciado que el trato de privilegio, favorecimiento o direccionamiento se ha generado por una coordinación previa entre el funcionario público y la empresa participante, lo que podría ser usado como argumento central de una denuncia y que también tendría correlato con la configuración de un delito, siendo elemento esencial del mismo su comprobación objetiva. En este caso, constituye obligación administrativa de las empresas proveedoras del Estado no aceptar ni inducir este tipo de

tratos, que constituyen actos de corrupción o desviaciones de naturaleza administrativa y hasta penal.

Transparencia: Este Principio obliga a las entidades del Estado a desarrollar los diferentes documentos del procedimiento de selección bajo criterios de evaluación y calificación objetivos, a través de una actuación objetiva e imparcial por parte de los funcionarios públicos encargados, y respetando el acceso a la información, para cautelar el ejercicio del derecho de defensa y el derecho de contradicción.

Si bien es un principio que también regula la actuación del Estado, constituye un derecho a ser exigido por los proveedores cuando participan en un procedimiento de selección, en tanto es el medio para defender su posición en el procedimiento y tener expectativas. La transparencia debe ser usada y exigida dentro de los límites de la confidencialidad y reserva que las propuestas técnicas y económicas tienen en determinado momento del procedimiento, lo que sí constituye una obligación administrativa por parte de las empresas proveedoras.

Publicidad: en este Principio se invoca a la necesidad de contar con publicidad en razón a que se trata de procedimientos de orden público, mediante los cuales se ejecutan recursos públicos y por ello deben ser objetos de rendición de cuentas, supervisión y control. Sin embargo, la observancia de este Principio cumple un segundo objetivo que está dirigido a promover la libre competencia de proveedores y la competencia efectiva, por cuanto garantiza la gestión del conocimiento y la transparencia, a través de lo cual los proveedores participantes pueden acceder a información necesaria para la defensa y el respeto de sus derechos como tales.

Competencia: La reforma contenida en la Ley N° 30225 y sus modificatorias está orientada a la mejora de la calidad del bien, servicio u obra con el enfoque de gestión por resultados, es decir hacia cumplir con la satisfacción de la finalidad pública. Por ello, la competencia estará dirigida a alcanzar el objetivo de la oferta más ventajosa y a la generación de una competencia efectiva, prohibiendo asimismo prácticas que restrinjan la competencia. Este Principio sí genera una obligación administrativa muy importante en el proveedor que participa en un procedimiento de selección, en virtud de la cual debe garantizar que su oferta técnica y económica cumpla con estándares de calidad ya que se evaluará la mejor oferta (ya no la más barata), pero sin que participe en prácticas que restrinjan la competencia.

Eficacia y Eficiencia: en virtud de este Principio se garantiza que la finalidad del procedimiento de selección esté orientado a garantizar la calidad, el mejor precio y dentro de un plazo de entrega razonable. Todo ello logra impactar en el cumplimiento de fines, metas y objetivos, en la priorización de las formalidades no esenciales, en la satisfacción de fines públicos, bajo condiciones de calidad y optimizando el uso de los recursos públicos. Este Principio exige de las empresas que ejercen el rol de proveedores del Estado, un nivel de calidad y oportunidad en la prestación de servicios generales, que constituye una obligación administrativa, en la medida que coadyuva con el cumplimiento de fines públicos y la satisfacción de la finalidad pública, mejorando así las condiciones de vida de las personas. Por ello, se han recrudecido los elementos y alcances de las responsabilidades que asumen los proveedores contratistas respecto al cumplimiento de sus obligaciones.

Vigencia Tecnológica: en virtud de este Principio, se debe garantizar la calidad y modernidad tecnológica en determinado tiempo de duración que resulta ser predecible, siempre y cuando los bienes

cumplan con adecuación, integración y repotenciación a nuevos avances. Este principio no sólo constituye una regulación para que los funcionarios públicos competentes elaboren especificaciones técnicas idóneas y con vigencia tecnológica, sino también constituye una obligación administrativa para las empresas proveedoras que en sus propuestas técnicas deben cautelar la observancia de la vigencia tecnológica en los productos ofrecidos y en todo caso, deben advertir que podría ser exigida la adecuación, integración o repotenciación de los bienes ofrecidos, lo que podría generar un impacto económico a considerar.

Sostenibilidad Ambiental y Social: de acuerdo a los alcances de este Principio se establece una obligación a cargo de las entidades públicas, según la cual deben incluir en el diseño de los procedimientos de selección medida de protección medio ambiental, social y al desarrollo humano. Siendo una regulación cuyo cumplimiento está a cargo de la Entidad, también constituye una obligación administrativa y económica a cargo de las empresas proveedoras del Estado, que puede representar una alta inversión económica, lo que algunas veces inclusive podría constituirse en barrera de acceso a la contratación pública.

Equidad: El Principio de equidad propugna equilibrar las relaciones jurídicas y económicas entre el Estado y la parte proveedora, de tal forma de reconocer y garantizar los derechos de ambas partes y el cumplimiento de sus prestaciones, con el objetivo que haya equivalencia y proporcionalidad entre ellas, y de esta manera se limite el *ius imperium* del Estado. Este principio también representa una obligación administrativa a cargo de la empresa proveedora en razón que su actuación durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato no puede ser vulnerando los Principios de Contratación Pública ni las demás disposiciones o generando una

inequidad en la relación jurídica, que genere el perjuicio de la entidad contratante.

Integridad: Tal vez para el presente trabajo este Principio sea el más importante de todos o acumule en uno sólo los diferentes elementos esenciales que rigen la actuación de las empresas en su rol de proveedores del Estado, ya que se está regulando la obligación de ejercer con integridad por parte de los funcionarios públicos, pero también por parte de las empresas que participan en los procedimientos de selección. La conducta debe ser y honesta y veraz, prohibiendo las prácticas indebidas, lo que constituye la principal obligación administrativa de los proveedores, así como establece la necesidad de incorporar el referido Principio como corolario del Modelo de Prevención de Riesgos.

En segundo término, desarrollaremos las obligaciones administrativas que deben cumplir las empresas, no sólo al registrarse como potenciales proveedores del Estado en el Registro Nacional de Proveedores, sino también en cualquier momento en el que actúan dentro del Sistema de Contrataciones Públicas.

Las obligaciones administrativas de las empresas cuando ejercen su rol de proveedores del Estado son:

- a) En cuanto al Registro Nacional de Proveedores (RNP), queda claro que resulta ser un requisito esencial para poder acceder a participar en algún procedimiento de selección, clásicos o innovativos, que puede ser de aprobación automática o requerir evaluación previa, siendo que la información declarada y proporcionada se gestiona bajo el Principio de Presunción de Veracidad (bajo el formato de declaración jurada), en virtud del cual se entiende como veraz todo lo consignado, con la condición de que posteriormente se

desarrolle un proceso de fiscalización posterior a través de cruce de información y requerimientos de entrega de información con el objeto de contrastarla con la información consignada en diferentes sistemas administrativos.

Si bien las modificaciones a la Ley N° 30225 han establecido que la vigencia del RNP es indeterminada, lo que disminuye el riesgo relacionado a la presentación de documentación o consignación de información falsa, los procesos de fiscalización serán más exhaustivos y además se requiere que los proveedores actualicen su información legal, contable y económica. Estas obligaciones administrativas representan riesgos de las empresas que pretenden ser proveedores del Estado.

Adicionalmente, y como parte de las nuevas medidas de simplificación administrativa, las empresas que se presentan a un procedimiento de selección con el objeto de contratar con el Estado, sólo tienen que presentar una declaración jurada, que posteriormente será contrastada con la información consignada en el RNP. Esta nueva medida constituye una obligación administrativa para la empresa, en el sentido que debe cuidar que la información que consigne en la declaración jurada debe ser exacta y veraz, ya que de lo contrario hasta se puede configurar un ilícito penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

- b) En lo relacionado a la condición de participante, antes las empresas debían cumplir con la obligación administrativa de acceder al *Registro de Participantes* de la entidad, e inscribirse para tener acceso a las bases y los demás documentos del procedimiento de selección. Sin embargo, ahora el Registro de Participantes es electrónico, lo que facilita muchísimo su acceso y su publicidad. Constituye una obligación administrativa de la empresa su registro en el Registro

Electrónico de Participantes una vez que el proceso es convocado, con el propósito de que puedan ejercer su derecho de defensa y su derecho de contradicción en forma oportuna, particularmente formular consultas y observaciones, así como la posibilidad de ser postores y adjudicatarios.

- c) En cuanto a su rol de participante, las empresas que están pretendiendo ser proveedoras del Estado, deben cumplir con varias obligaciones administrativas relacionadas a la validación de las reglas de juego. En efecto, en primer lugar, tienen la obligación administrativa de adquirir o acceder a las bases y revisarlas concienzudamente con el objeto de detectar algún alcance que vulnere los Principios de la Contratación Pública, incumpla con alguna norma del Sistema de Contrataciones Públicas o inobserve alguna otra disposición normativa relacionada al objeto de la contratación.

Seguidamente, y si encuentra algún sustento, tiene como obligación administrativa formular consultas y/o observaciones, las que deben cumplir con ciertos requisitos formales y plazos de oportunidad, además de que deben ser fundamentadas, ya que de lo contrario podrían ser pasibles de configurar un supuesto de infracción.

Adicionalmente, cuando se trata de procedimientos de selección desarrollados para la ejecución de una obra o consultoría de obra, el artículo 175.8° del Reglamento establece que los participantes del proceso están obligados a revisar minuciosamente la información que la Entidad pone a disposición y de formular las consultas y observaciones correspondientes, *“de modo que se complete, de ser el caso, la información necesaria para cumplir con la finalidad pública de la contratación”*, tanto así, que condiciona *“la ejecución de*

las actividades que comprende la prestación adicional de obra respecto de aquello que no pudo ser advertido de la revisión diligente del expediente técnico”.

- d) En cuanto a su rol de postores, tienen la obligación administrativa de preparar su propuesta técnica cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y considerando alcanzar el máximo puntaje en la evaluación de propuestas y poder pasar la calificación del postor. En esta etapa, las propuestas técnicas y económicas deben incorporar una serie de documentos, información y formatos en calidad de declaración jurada, que posteriormente también son objeto de fiscalización posterior, lo que definitivamente genera muchos riesgos, que más adelante analizaremos.

Asimismo, como postores deben ser sometidos a la evaluación de propuestas técnicas con el objeto de asignar puntajes por cada factor de evaluación y poder encontrar a la oferta más ventajosa. Dicha evaluación se caracteriza por incluir en forma detallada muchas reglas, fórmulas y formas de acreditación, con el objeto de que sea lo más numéricamente contrastable y comprobable. Sin embargo, en la mayoría de los casos las impugnaciones contra el otorgamiento de la Buena Pro nacen en los errores que se cometen en forma involuntaria o intencional en la evaluación de propuestas. Por ello, constituye una obligación administrativa muy importante de los postores someterse a la evaluación de su propuesta técnica y observar la evaluación de las otras ofertas, en razón a que no se vulneren las reglas procedimentales de evaluación en ninguna de ellas, lo que podría generar la necesidad de impugnar dicha evaluación.

En cuanto a su rol de postores y una vez que su propuesta técnica y económica ha sido evaluada como la mejor o la más ventajosa, deben cumplir con otra obligación administrativa al someterse a una calificación del postor ganador que está integrada por una verificación de la capacidad legal, en virtud de la cual se acredita la representación legal y su habilitación en la actividad económica. Asimismo, se califica la capacidad técnica y profesional, verificando el equipamiento, infraestructura estratégica y soporte, así como la experiencia del personal requerido, y finalmente también se califica la experiencia del postor. Esta calificación de postor con la oferta más ventajosa representa un riesgo importante, en tanto si no califica bajo estos parámetros, pierde su posición de mejor oferta y es excluido del procedimiento de selección.

Finalmente, como postores e inclusive como participantes también deben cumplir con una obligación administrativa al decidir interponer recurso de apelación contra la inadmisibilidad de una propuesta, o la pérdida de la Buena Pro o solicitando la declaración de nulidad. La interposición del referido recurso genera la exposición a muchos riesgos que también deberían ser mapeados y considerados para gestionarlos en forma eficiente y segura.

- e) En lo relacionado al rol de adjudicatario, el postor bien calificado con la oferta más ventajosa, es declarado ganador de la Buena Pro y se le adjudica el contrato. En ese momento, el adjudicatario debe cumplir con otra obligación administrativa que está compuesta por reunir todos los requisitos necesarios para la suscripción del contrato en determinado plazo, cuyo incumplimiento resulta ser muchas veces configuración de infracción administrativa. Este riesgo debe ser muy bien calculado y considerado para efectos de prevenir la

determinación de responsabilidad administrativa por no perfeccionar el contrato.

Finalmente, las empresas en su calidad de participantes, postores o adjudicatarios tienen la obligación administrativa de no estar incluidas en algún impedimento de los establecidos en el artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Ley N° 30225 y sus modificatorias, lo que además de generar un vicio del proceso que puede afectar la validez del contrato, configura infracción administrativa. Asimismo, no deben intervenir en un procedimiento de selección si se encuentran con sanción vigente.

2.2.3. Supuestos de infracción administrativa

En forma consecutiva analizaremos los alcances de las infracciones que están relacionadas a las obligaciones administrativas antes mencionadas y a los roles de las empresas proveedores en su calidad de participantes, postores y adjudicatarios.

Antes de mencionar los alcances del sistema sancionatorio que se aplica a los proveedores que contratan con el Estado, resulta importante mencionar que *“la potestad sancionadora del Estado es la facultad que posee la Administración Pública para aplicar sanciones y/o gravámenes a los administrados ante el incumplimiento o desobediencia de las normas y decisiones del Estado; conductas u omisiones establecidas previamente como ilícitos. Dicha potestad tiene como fundamento principal el poder coercitivo del Estado para hacer cumplir sus normas y disposiciones”* (Rubio, 2013).

Las infracciones (establecidas en el artículo 50° de la Ley 30225 y su modificatoria aprobada por el Decreto Legislativo N° 1341) pertinentes son:

- a) Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta.
- b) Incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar.
- c) Ser participante, postor o adjudicatario estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de esta Ley.
- d) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.
- e) Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- f) Registrarse como participantes, presentar propuestas o ser adjudicatarios sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- g) Perfeccionar el contrato, luego de notificada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el ejercicio de sus funciones.
- h) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones.
- i) Presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados.

Todas estas infracciones están directamente relacionadas a los roles de participante, postor o contratista ejercidos por una empresa registrada en el RNP y que pretende ser proveedora del Estado. El análisis de su configuración y la posterior determinación de la responsabilidad derivada de dichas infracciones tienen estrictamente naturaleza objetiva, salvo en determinados tipos infractores que admiten las posibilidades de justificar la conducta y subjetivar la responsabilidad.

Sin embargo, ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento ha establecido expresamente esos tipos de infracciones, lo que genera la restricción de usar argumentaciones subjetivas que podrían no ser consideradas en el procedimiento sancionatorio. Dicho esto, es fácil anticipar que la configuración de estas infracciones constituye un riesgo para la empresa en sus diferentes roles dentro de un procedimiento de selección. (Collerette, P. y Delisle, G., 1988).

Sin embargo, cabe precisar que a la fecha el Decreto Legislativo N° 1444 que ha modificado la Ley de Contrataciones del Estado, y aunque todavía no está vigente, sí menciona que tipos infractores pueden usar el criterio de responsabilidad subjetiva. Así en el artículo 50.3° se establece las infracciones en las que se aplica la responsabilidad subjetiva.

2.2.4. Entorno organizacional

El análisis del entorno organizacional está orientado a identificar los elementos que no siendo parte de la organización constituyen situaciones exógenas que pueden impactar sobre la empresa cuando actúa como proveedora del Estado, lo que ayuda a delimitar mejor el alcance del problema.

En esta investigación se utilizará el modelo de (Pierre Collerette y Gilles Delisle, 1988) y (Schneider, 2008), según el cual se divide el entorno organizacional en tres niveles: inmediato, intermedio y tendencias globales.

A. Entorno inmediato

El entorno inmediato de una empresa proveedora del Estado, cuando actúa como participante, postor o adjudicatario dentro de un procedimiento de selección, es el Comité de Selección, conformado por tres funcionarios públicos, en los que por lo menos uno debe ser especialista en el objeto de la contratación si se trata de la adquisición de bienes o servicios, y dos especialistas si se trata de la contratación de la ejecución de la obra o de consultoría de obra.

También existe la posibilidad que la entidad al carecer de profesionales especializados en el objeto de la contratación, pueda contratar a un experto independiente que será quien integre el Comité de Selección, con el objeto de garantizar una adecuada evaluación de la propuesta técnica, así como la debida calificación del proveedor y por supuesto un debido procedimiento.

Resulta de medular importancia que las personas que integran el Comité de Selección conozcan del procedimiento y también de las disposiciones que regulan las contrataciones públicas, ya que por negligencia o dolo pueden generar desviaciones administrativas o indicios de comisión de delitos, que impacte negativamente en la Entidad y en la empresa proveedora también.

Cabe destacar que en este entorno inmediato también se podría mencionar al órgano encargado de las contrataciones que en los casos de las Adjudicaciones Simplificadas puede asumir las funciones del Comité de Selección, y es el órgano encargado de llevar a cabo los supuestos de contratación directa.

De acuerdo al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Comité de Selección o quien haga sus veces, tiene como función conducir los procesos de selección desde la preparación de las bases hasta el otorgamiento de la buena pro (firme). Para cumplir dicha función:

- Se le entrega la información relevante
- Instalación inmediata
- Elaborar bases y las eleva para aprobación
- Tiene facultades para pedir apoyo a las áreas de la Entidad
- Actúa en forma colegiada y solidaria, sin estar sujeto a mandato o ratificación alguna.

Como se puede advertir, la actuación del comité de selección es clave para que el procedimiento de selección termine otorgando la buena pro a la mejor propuesta u oferta más ventajosa, sin embargo en la realidad existen innumerables casos en los que en esta etapa la actuación de los integrantes del Comité de Selección no sólo no es la mejor, sino que se caracteriza por la comisión de irregularidades, se generan desviaciones y hasta configuración de ilícitos penales, lo que vicia el procedimiento en perjuicio directo del Estado, el cumplimiento de los objetivos de la entidad y los intereses de las empresas que participan en el procedimiento.

B. Entorno intermedio

El entorno intermedio de una empresa proveedora del Estado que ejerce el rol de participante, postor o adjudicatario durante la fase correspondiente al procedimiento de selección, es la entidad contratante, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y la Contraloría General de la República.

En primer término, la entidad contratante y principalmente el titular, tiene como función la supervisión integral de todos los procesos de contratación que se desarrollan bajo su ámbito. Resulta ser el primer nivel de supervisión, y lo hace directamente o a través de terceros. Por eso se preserva bajo su responsabilidad exclusiva la declaración de nulidad del procedimiento de selección, en tanto sólo el titular tiene la función de supervisar la validez y procedencia de los procedimientos de selección que se llevan a cabo en su entidad.

En forma complementaria, y constituyendo el segundo nivel de supervisión, el OSCE cumple con su función supervisora a través de las siguientes funciones, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 52° de la Ley N° 30225:

- a) Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su Reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.
- b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, respecto de los métodos de contratación contemplados en la Ley, salvo las excepciones previstas en el Reglamento. Esta facultad

también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de inclusión.

- c) Efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos y directivas vigentes. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.
- d) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- e) Poner en conocimiento de las Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.
- f) Suspender procedimientos de selección, en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento.

En un tercer nivel de supervisión que resulta ser mucho más integral, se encuentra el Sistema Nacional de Control cuyo ente rector es la Contraloría General de la República. Su Ley Orgánica le otorga la atribución de ejercer control preventivo, control simultáneo y control posterior, en virtud de lo cual se incorpora a las empresas proveedoras como sujetos bajo el ámbito de control.

Dentro de la cadena de detección y determinación de responsabilidades, también se encuentra el Ministerio Público y el Poder Judicial, que son instancias reconocidas constitucionalmente y que tienen muy bien definido sus ámbitos de competencias, dentro de los cuales las empresas proveedoras del Estado pueden ser sujeto de investigación, demanda, denuncia y sentencia.

C. Tendencias Globales

Respecto a las tendencias que los demás Estados u organismos internacionales han venido construyendo como políticas públicas de lucha contra la corrupción, especialmente relacionadas a la participación de las empresas proveedoras del Estado, se ha podido identificar algunas a través del Benchmarking como metodología de búsqueda y análisis de información.

Según lo afirmado por la doctrina, *“la suma de las diversas iniciativas confirma que en el ámbito latinoamericano existe: 1) Una preocupación por enfrentar el fenómeno de la corrupción al haberse convertido esta en pandemia, 2) La necesidad de estudiar sus causas y las maneras de combatirla, 3) La intención de establecer y mantener la cooperación de los Estados al respecto, 4) La visión de luchar en conjunto no solo en el ámbito público sino en el privado y social, 5) La inclusión de la participación ciudadana, 7) La urgencia de establecer verdaderos controles a los políticos”* (Bautista, 2012).

Ya el Banco Interamericano de Desarrollo – BID ha incorporado en su propia regulación interna un Código de Ética y Conducta Profesional (BID, 2012), en virtud del cual se

regulan los supuestos de conflicto de intereses, corrupción como fuente de conflicto, programas de declaración de intereses, responsabilidades corporativas, etc., entre otros aspectos de mucha importancia para la prevención de actos de corrupción dentro de la organización.

En este orden de ideas, las tendencias globales están orientadas a construir modelos de prevención sobre la base de principios, regulaciones generales y protocolos que no sólo se aplican en las mismas organizaciones internacionales sino también en los Estados miembros. Seguidamente, se mencionaran los hitos más importantes relacionados a la lucha contra la corrupción.

a) Convención de Naciones Unidas contra la corrupción

La Organización de las Naciones Unidas ha implementado una Convención contra la corrupción, que resulta ser uno de los instrumentos más importantes y completos en su naturaleza y constituye una propuesta de contenido para una política pública de lucha contra la corrupción, incluyendo los niveles de prevención, persecución, y sanción de los delitos de corrupción.

Sobre lo que resalta de la referida Convención, se resalta que *“en diferentes aspectos del Capítulo II, “Medidas Preventivas”: la importancia de implementar políticas de Estado (cfr. art. 5, 1); la conveniencia de la evaluación periódica por parte de cada Estado para determinar si son adecuadas las medidas adoptadas (cfr. art. 5, 2); la colaboración entre los Estados; la existencia en cada Estado de un Órgano u Órganos de prevención de la corrupción (art. 6)23. Resulta importante destacar las medidas a tener en cuenta en el sector público (cfr. arts. 7 a 11 inclusive) y en el privado (art. 12). También se*

señalan otras medidas preventivas: el art. 13 se refiere a la participación de la sociedad y señala medidas que refuerzan esa participación; el art. 14, por su parte, aborda medidas para prevenir el blanqueo de dinero” (Terzano).

b) Pacto Global Anticorrupción

Derivado de una iniciativa internacional de Naciones Unidas que busca la adhesión voluntaria de corporaciones privadas sobre la base del reconocimiento e incorporación de 10 principios en sus actividades empresariales a escala nacional y global, las cuales giran en torno a corrupción, entre otras.

“El fundamento del Pacto Global desglosó diez principios hasta hoy vigentes y que rigen las Declaraciones y Convenciones Universales de la iniciativa. Previamente a desglosarlos, es de anotar que en un comienzo, únicamente nueve principios le conformaban y estos se centraban en los Derechos Humanos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. No obstante, hasta el 2004 se adicionó un décimo principio de lucha anticorrupción y emanado de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. • Derechos Humanos 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los Derechos Humanos fundamentales, reconocidos internacionalmente, dentro de su ámbito de influencia. 2. Las empresas deben asegurar que sus empresas no son cómplices en la vulneración de los Derechos Humanos. • Derechos laborales 3. Las empresas deben apoyar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva 4. Las empresas deben apoyar la eliminación de

toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción

5. Las empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil. 6. Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación • Medio ambiente 7. Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente. 8. Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental. Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente. • Lucha contra la corrupción 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluidas extorsión y soborno” (Gomez, 2011).

- c) Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)
Bajo el auspicio de la Organización de los Estados Americanos – OEA, está enfocada en fortalecer acciones de prevención y sanción de actos de corrupción.

“En ese sentido, a nivel mundial la Convención Interamericana contra la Corrupción, que data de 1996, es el primer instrumento jurídico que se ocupa del fenómeno de la corrupción preocupado por sus efectos sobre la gobernabilidad y su insana contribución con el atraso y poco desarrollo de los países, bajo dos propósitos específicos que son: la promoción y fortalecimiento de mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y la promoción, facilitamiento y regulación de la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de estas medidas y acciones en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (Chevarria, 2009).

2.2.5. Alianzas Estratégicas

Como parte de los mecanismos efectivos que se deben implementar con el objeto de construir alianzas estratégicas, que incorporen a las empresas proveedoras del Estado en la definición de políticas públicas anticorrupción y en la implementación de acciones estratégicas que impiden o reducen la comisión de actos de corrupción, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE ha concretado una serie de convenios con gremios empresariales como Cámaras de Comercio, que facilitan el desarrollo de capacidades y buenas prácticas a sus agremiados.

Esta práctica interinstitucional ha sido reconocida como logro en el Diagnóstico MAPS, en la medida que cumple con establecer estrategias conjuntas para identificar y sancionar a las empresas que cometan malas prácticas (OSCE, MAPS, 2016).

2.3. Diagnóstico de Realidad Problema

La realidad del problema está relacionada directamente a establecer la normatividad necesaria para el Modelo de Prevención de Riesgos que constituya un mecanismo de reducción o extinción de la responsabilidad administrativa de los proveedores del Estado, y a la vez, coadyuve a la construcción de buenas prácticas como línea estratégica de la política pública de lucha contra la corrupción.

En este contexto, analizaremos los diferentes subsistemas:

2.3.1. Subsistema razón de ser (teleológico)

La razón de ser de la empresa que participa como proveedora del Estado durante el desarrollo de un procedimiento de selección, está relacionada a su naturaleza lucrativa, sin embargo, ello no

necesariamente impide que se utilicen buenas prácticas en el ejercicio de sus roles y en el cumplimiento de sus obligaciones administrativas, que coadyuven a la lucha contra la corrupción.

En este sentido, no sólo se trata de alcanzar su objetivo lucrativo sino de mantenerse en el sistema de contrataciones públicas, por lo que el Modelo de Prevención de Riesgos constituye no solo un mecanismo de mitigación de la gravedad en el análisis de la infracción y en la imposición de la sanción, sino también debería constituir un compromiso por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores, que contribuya como un mecanismo anti corrupción.

2.3.2. Subsistema tecnológico

Las empresas proveedoras del Estado no cuentan con documentos de gestión o normatividad necesaria que identifiquen sus riesgos (mapeo) y establezcan directrices o regulaciones que los ayude a prevenir e implementar buenas prácticas. La Directiva que establezca las reglas para el Modelo de Prevención de Riesgos será un instrumento valioso que servirá de guía de actuaciones para las empresas durante la fase correspondiente al procedimiento de selección.

2.3.3. Subsistema psicosocial

A partir del 2012, como ya se ha explicado, las empresas proveedoras del Estado fueron incorporadas en la percepción ciudadana respecto a la corrupción en el Perú, lo que ha generado que se establezcan por parte del Estado mecanismos eficientes para que contribuyan con la política pública anticorrupción. Uno de los mecanismos más recientes y modernos es el Modelo de

Prevención de Riesgos, cuya regulación será sustentada y definida mediante el presente trabajo de investigación.

2.3.4. Subsistema de gestión

Las empresas proveedoras del Estado deben gestionar los diversos riesgos que asumen en el ejercicio de sus diversos roles como participantes, postores o adjudicatarios durante el desarrollo de la fase correspondiente al procedimiento de selección.

Dicha gestión de riesgos además contendrá un elemento de prevención frente a las instancias y procedimientos de responsabilidad administrativa, civil o penal, lo que construirá en largo plazo que se optimice la contratación pública, en tanto las empresas proveedoras del Estado logren cumplir con sus obligaciones administrativas con eficiencia y calidad.

2.4. Problemas o riesgos

Como consecuencia de lo mencionado, se puede advertir que las empresas proveedores del Estado, están expuestas a los siguientes problemas o riesgos:

- En su rol de participante, podría tener problemas para su inscripción en el Registro de Participantes, en tanto ahora es electrónico y el acceso al internet no es parejo en todas las ciudades a nivel nacional. Asimismo, está expuesto a que se configuren muchas barreras de acceso a la información y a la participación en el procedimiento de selección.
- En su rol de postor, las empresas enfrentan varios riesgos: la identificación y el cuestionamiento sustentado contra regulaciones consignadas en las bases que vulneren los Principios de la Contratación Pública o cualquier otra disposición del marco legal

aplicable, la correcta y sustentada formulación de consultas y observaciones a las Bases, la elaboración y preparación de la propuesta técnica y económica, la interposición de un recurso impugnativo, y la interposición de una denuncia.

- En su rol de adjudicatario, las empresas deben cumplir con obligaciones administrativas complejas y que requieren plazos muy cortos para su implementación, como lo es la presentación y el cumplimiento de todos los requisitos obligatorios para la suscripción del contrato, así como cautelar que su actuación no infrinja ninguna disposición de orden público o impida la aplicación de alguna medida coercitiva impuesta por el OSCE o la Contraloría General de la República. Por supuesto, en el ejercicio de este rol también deben asumir riesgos al defender su Buena Pro frente a los postores que la impugnen.
- Existen además muchos riesgos de naturaleza general que las empresas proveedoras del Estado deben asumir al decidir tener un contrato con el Estado, como: registrarse en el RNP, observar los impedimentos para contratar con el Estado, no incurrir en alguna infracción administrativa y tener una conducta procesal honesta y veraz.

Como consecuencia de todo lo expuesto, existen riesgos que amenazan la actuación administrativa de las empresas proveedoras del Estado en su calidad de participantes, postores y adjudicatarios, que pueden generar responsabilidad administrativa, civil y penal.

Y en esta línea de análisis, “los auditores internos constituyen un mecanismo de disuasión y detección, más no de prevención, pues en últimas, la que realmente previene un fraude es la organización al establecer controles específicos y supervisar su correcto funcionamiento” (Salas, José y Reyes, Nydia, 2015).

Capítulo III

La Formulación

3.1. Marco Teórico

3.1.1. Bases Teóricas

A. Sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con fecha 21 de abril del 2016, se publicó la primera Ley penal peruana que criminaliza el accionar de las personas jurídicas, mediante la (CR, Ley N° 30424, 2016). Es el cambio más radical al sistema penal peruano, pues, si antes solo el individuo podía delinquir, ahora la empresa también será pasible de sanción penal. Esta ley aplica para el delito de cohecho activo transnacional que castiga a quien soborna a un funcionario público de otro Estado u organismo internacional.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 1352 (PE, Decreto Legislativo N° 1352, 2017) de fecha 08 de enero del 2017, se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas a delitos como cohecho activo transnacional, corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Dicho marco normativo establece que la responsabilidad de la empresa y del individuo son responsabilidades autónomas. En efecto, si en el curso de la investigación se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito el proceso se archiva y la empresa no tiene responsabilidad penal.

Esta nueva disposición incorpora en los alcances de la responsabilidad penal, los siguientes tipos de ilícitos penales:

- Cohecho activo genérico

- Cohecho activo trasnacional
- Cohecho activo específico
- Actos de ocultamiento y tenencia
- Actos de conversión y transparencia
- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito
- - Financiamiento de terrorismo

Recientemente, mediante Ley N° 30835 (CR, Ley N° 30835, 2018) se ha modificado nuevamente la Ley N° 30424, y se ha establecido que se incorporan dos nuevos delitos al alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que son la colusión simple y la colusión agravada, así como el tráfico de influencias.

El modelo de prevención asociado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido diseñado para que haya un auditor interno, salvo en el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas, en las que dicha función puede ser asumida por la administración.

Adicionalmente, se establece como medidas preventivas, las siguientes:

- a. Identificación de procesos que generen riesgos de comisión de delito.
- b. Elaborar procesos que prevengan.
- c. Existencia de una línea de denuncias.
- d. Mecanismos de difusión y supervisión del modelo de prevención.

B. Sobre responsabilidad administrativa dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado.

En virtud del artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante (CR, Ley 30225, 2014) y modificada por el (PE, Decreto Legislativo No. 1341, 2017), se establecen las infracciones y sanciones administrativas que son aplicables a la actuación de las empresas proveedoras del Estado.

En efecto, dicho régimen sancionatorio administrativo sanciona a los proveedores en sus diferentes roles, como participantes, postores, contratistas, y/o subcontratistas, de acuerdo a las siguientes infracciones tipificadas:

- a) *“Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta.*
- b) *Incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.*
- c) *Contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de esta Ley.*
- d) *Subcontratar prestaciones sin autorización de la Entidad o en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado para contratar con el Estado.*
- e) *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.*
- f) *Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.*

- g) *No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la Entidad, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral.*
- h) *Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado.*
- i) *Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.*
- j) *Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP).*
- k) *Registrarse como participantes, presentar propuestas o suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el Registro Nacional de Proveedores (RNP).*
- l) *Perfeccionar el contrato, luego de notificada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el ejercicio de sus funciones.*
- m) *Formular estudios de pre inversión, expedientes técnicos o estudios definitivos con omisiones, deficiencias o*

información equivocada, que ocasionen perjuicio económico a las Entidades.

- n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones.*
- o) Presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados.”*

Seguidamente, se establece expresamente que *“la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.”*

Como consecuencia de la configuración y comisión de una infracción, el Tribunal de Contrataciones del Estado está facultado a imponer las siguientes sanciones administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales:

- a) “Multa: Es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), k), l), m), n) y o). Si no se puede determinar el monto de la propuesta económica o del contrato se impone una multa entre cinco (05) y quince (15) UIT. La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no*

sea pagada por el infractor. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva.

Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el presente artículo.

- b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), e), f), g), h), i) e), y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m), n) y o). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.*
- c) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente”.*

En este contexto legal que regula el proceso administrativo sancionatorio, *“la inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.”*

El numeral 50.4 del artículo 50° de la Ley, regula como plazo de prescripción de las sanciones, hasta tres (3) años, siendo que, para el caso de la presentación de documentación falsa, la facultad sancionatoria prescribe a los siete (7) años de cometida la infracción.

Cumpliendo con el Principio de Publicidad, las sanciones se publican en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), lo que incluye información de los socios o titulares y de los integrantes de los órganos de administración, así como el récord de sanciones de los últimos cuatro (4) años.

Finalmente, como ya se ha mencionado, se regula en forma expresa las causales de graduación de la sanción, las mismas que podrían generar inclusive la aplicación por debajo del mínimo previsto, según lo siguiente:

- a) la ausencia de intencionalidad del infractor
- b) la inexistencia o grado mínimo de daño a la entidad
- c) el reconocimiento de la infracción antes que sea detectada
- d) la ausencia de sanciones anteriores
- e) la conducta correcta dentro del procedimiento sancionador
- f) la adopción e implementación, después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador de un modelo de prevención debidamente

certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

La referida disposición termina disponiendo que *“el Tribunal debe motivar su decisión de graduar la sanción. La graduación de la sanción prevista en este numeral no procede en el caso de los literales c), d), j), l), n) y o) del numeral 50.1 del presente artículo.”*

C. Sobre el ISO 37001 – Norma Técnica Peruana 2017

Esta Norma Técnica Peruana (NTP) es una adopción de la versión en inglés de la Norma Internacional ISO 37001:2016 Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use.

La referida NTP describe el soborno (acto de corrupción) en su introducción como *“un fenómeno generalizado que plantea serias preocupaciones sociales, morales, económicas y políticas, socava el buen gobierno, obstaculiza el desarrollo y distorsiona la competencia. Erosiona la justicia, socava los derechos humanos y es un obstáculo para el alivio de la pobreza. También aumenta el costo al hacer negocios, introduce incertidumbres en las transacciones comerciales, aumenta el costo de los bienes y servicios, disminuye la calidad de los productos y servicios, lo que puede conducir a la pérdida de vidas y bienes, destruye la confianza en las instituciones e interfiere con el correcto y eficiente funcionamiento de mercados”* (INACAL, 2017).

Esta NTP constituye un documento que refleja buenas prácticas internacionales y su alcance incluye a cualquier organización pública, privada y asociaciones sin fines de lucro, de cualquier tamaño y cuya actividades funcional o económica se desarrolle en cualquier sector.

El objetivo primordial de la NTP es *“ayudar a la organización a implementar medidas razonables y proporcionales para prevenir, detectar y enfrentar el soborno”* (introducción).

Finalmente, como parte del contenido establecido por la NTP Sistemas de gestión antisoborno, podemos señalar los siguientes rubros que son identificados para su análisis dentro de la determinación de un modelo de prevención de riesgos:

- a) Contexto de la organización, con el objeto de entender las necesidades y expectativas de la empresa y lo que sería el alcance del modelo, dentro de un sistema de gestión antisoborno.
- b) Liderazgo, que define los roles y responsabilidades de las diversas autoridades de la empresa privada.
- c) Planificación que identifique las acciones estratégicas necesarias para tratar los riesgos
- d) Los mecanismos de apoyo en los diversos sistemas administrativos de la organización.
- e) La fase operativa en la que se planifica y ejecuta el control operacional de la empresa
- f) Evaluación de desempeño
- g) Mejora continua

3.1.2. Definición de términos básicos

Los términos básicos para el presente proyecto son extraídos del anexo de definiciones del Decreto Supremo N° 350-2015-EF,

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que fuera modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, Novena Disposición Final de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y, de la NTP – ISO 37001 2017:

BID.- Banco Interamericano de Desarrollo cuya función es mejorar la calidad de vida, a través del mejoramiento de la salud, la educación y la infraestructura.

CR.- Congreso de la República es uno de los poderes del Estado, Poder Legislativo, cuya función principal es la creación de leyes y la fiscalización.

Conflicto de intereses. - situación donde los intereses de negocios, financieros, familiares, políticos o personales podrían interferir con el juicio de valor de personas en el desempeño de sus obligaciones hacia la organización.

Control de gestión. - es la evaluación de la gestión en función de los objetivos trazados y los resultados obtenidos con relación a los recursos asignados y al cumplimiento de los programas y planes de la entidad examinada.

Control de legalidad. - es la revisión y comprobación de la aplicación de las normas legales, reglamentarias y estatutarias y su evaluación desde el punto de vista jurídico.

Ética. - consiste en el conjunto de valores morales que permite a la persona adoptar decisiones y tener un comportamiento correcto en las actividades que le corresponde cumplir en la entidad.

Función de cumplimiento anti soborno. - persona con responsabilidad y autoridad para la operación del sistema de gestión antisoborno.

Identificación del Deber incumplido. - identificación, durante la evaluación de responsabilidades, de la normativa expresa que concretamente prohíbe, impide o establece como incompatible la conducta que se hace reprochable o que exija el deber positivo que el auditado ha omitido.

INACAL. - Instituto Nacional de la Calidad que es un organismo público técnico especializado que constituye el ente rector del Sistema Nacional para la Calidad.

INEI. - Instituto Nacional de Estadística e Informática es el órgano rector de los Sistemas Nacionales de Estadísticas e Informática.

MEF. - es el Ministerio de Economía y Finanzas que resulta ser el sector encargado de definir la política pública sobre contrataciones públicas.

Organización. - persona o grupo de personas que tienen sus propias funciones con responsabilidades, autoridades y relaciones para el logro de sus objetivos.

OSCE. - Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado que es el ente rector del Sistema de Contrataciones del Estado.

PE.- Poder Ejecutivo que es otro Poder del Estado que tiene como función principal la gestión pública del Estado.

Política. - intenciones y dirección de una organización, como las expresa formalmente su alta dirección o su órgano de gobierno.

Postor. - la persona natural o jurídica que participa en un procedimiento de selección, desde el momento en que presenta su oferta.

PCM. - Presidencia del Consejo de Ministros

Procedimiento de selección. - es un procedimiento administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías o la ejecución de una obra.

Proveedor. - la persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios en general consultoría en general, consultoría de obra o ejecuta obras.

RNP. - Es el Registro Nacional de Proveedores que administra los registros de proveedores de bienes, servicios, consultoría y ejecución de obras.

Riesgo. - efecto de la incertidumbre en los objetivos

Servicio. - actividad o labor que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y el cumplimiento de sus funciones y fines. Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra. La mención a consultoría se entiende que alude a consultoría en general y consultorías de obras

Servicio en general. - cualquier servicio que puede estar sujeto a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.

Sistema de gestión. - conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para establecer políticas, objetivos y procesos para lograr estos objetivos.

Soborno. - oferta, promesa, entrega, aceptación o solicitud de una ventaja indebida de cualquier valor (que puede ser de naturaleza financiera o no financiera), directamente o indirectamente, e independiente de su ubicación, en violación de la ley aplicable, como incentivo o recompensa para que una persona actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona.

3.2. Objetivos del Trabajo de Investigación

De acuerdo a lo expuesto, el presente Trabajo de Investigación tiene como objetivo fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, durante la fase de procedimiento de selección, a través de un proyecto de Directiva que dispondrá las regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, como instrumento de gestión que logre mitigar o extinguir la existencia de malas prácticas o desviaciones. Se propone que no sólo sea un mecanismo de gradualidad para la determinación de la responsabilidad administrativa, sino que constituya una herramienta de gestión empresarial de uso obligatorio.

En segundo término, contendrá una guía de actuaciones administrativas preventivas adscritas a la etapa del proceso de selección y relacionadas a las diferentes obligaciones administrativas que las empresas proveedores del Estado, asumen como participantes, postores o adjudicatarios en la fase del procedimiento de selección.

Este Trabajo de Investigación constituirá un aporte a la determinación del alcance de los compromisos, protocolos y métodos que deben implementarse en forma preventiva en las empresas proveedores del Estado, para efecto de reducir sus riesgos y mejorar su posición jurídica y económica como contratista del Estado

En este sentido, la doctrina internacional ha reconocido la importancia de modelos de prevención de riesgos bajo diversos métodos, así *“estos modelos promueven la integración estratégica para lograr la coordinación de todos los procesos a través de las relaciones que agregan valor o refuerzan el cumplimiento de la misión para satisfacer las necesidades de los clientes. Se está reconociendo la necesidad de que los sistemas modernos de dirección y gestión empresarial desarrollen la administración de riesgos, como una parte integral del proceso de administración”* (Bolaño, Yuniel y Alfonso, Daniel y Pérez, Amelia y Arias, Manuel, 2014).

Asimismo, se sostiene (Salas, José y Reyes, Nydia, 2015) que *“ninguna organización es inmune al fraude, por lo cual las empresas deben contar con un programa de prevención de riesgos de fraude que ayude a reducirlo con medidas de prevención, detección y respuesta....Por lo anterior, las organizaciones deberían reducir las oportunidades de fraude por medio de la identificación y medición de los riesgos de fraude, tomando medidas para mitigar estos riesgos, al implementar y supervisar controles internos preventivos y de detección así otras medidas disuasorias”*.

Finalmente, se propone que no se trate de un Modelo certificado, en razón a las recomendaciones del ISO 19600 en virtud de las cuales se desprende que no debería ser certificable porque contiene un conjunto de directrices más que requisitos (Astudillo, Guillermo y Jimenez, Sandra, 2015). Coincidimos en el planteamiento, más cuando el Modelo se debe adecuar a la naturaleza del objeto social de cada empresa proveedora del Estado.

3.2.1. Objetivo General

Fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

3.2.2. Objetivos Específicos

Ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección.

Lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección.

3.3. Estrategias

Las estrategias diseñadas para la elaboración del presente trabajo de investigación han sido las siguientes:

- Elaboración de un diagnóstico de la situación actual que enfrentan las empresas proveedores del Estado, en la fase correspondiente al procedimiento de selección, identificando sus obligaciones administrativas, sobre la base de estadísticas y reportes oficiales, nacionales e internacionales.
- Se ha efectuado un mapeo de riesgos que se presentan ante el cumplimiento de las obligaciones administrativas que como participante, postor o adjudicatario debe cumplir, durante la fase del procedimiento de selección.

- Se ha efectuado una evaluación (mapeo) de los riesgos tanto internos como externos que nos permita identificar mecanismos eficientes de prevención.
- Se ha elaborado un proyecto de Directiva que contiene las regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, el mismo que debe incluir disposiciones orientadas a una cultura de integridad y prevención de conflictos de interés en los proveedores inscritos en el RNP, durante la fase de procedimiento de selección.
- Se ha diseñado la Guía de Actuaciones Administrativas, que se incluirá en forma complementaria a la Directiva y que contiene los parámetros necesarios para que las empresas proveedoras del Estado, inscritas en el RNP cumplan con sus obligaciones normativas.
- El carácter obligatorio de la aplicación y observancia de la Directiva por parte de las empresas inscritas en el RNP, construirá una cultura de integridad y buenas prácticas, que en el mediano plazo reducirá la posibilidad de conflictos de intereses o malas prácticas durante el procedimiento de selección.

3.4. Productos

Como resultado de lo analizado en el presente trabajo, se han determinado los siguientes productos:

Producto N° 1: Directiva que contiene las regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, el mismo que contará con disposiciones que estén orientadas a prevenir conflictos de interés y a establecer pautas de conducta ética en su relación con el Estado, durante la fase correspondiente al procedimiento de selección.

El beneficio de contar con la referida Directiva es asegurar que el crecimiento de la empresa se haga en forma segura y sostenible en el tiempo. Sus objetivos: seguir, controlar, supervisar y mejorar continuamente

la operación, lo cual trae como resultado el diseño e implementación de un modelo de prevención (MP) robusto adecuado al sector y actividad de la empresa, que sirva para impedir una eventual responsabilidad de la persona jurídica, cuando actúa como participante, postor o adjudicatario durante la fase correspondiente al procedimiento de selección.

Producto N° 2: Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas que contiene disposiciones que constituyen obligaciones normativas a cumplir por las empresas proveedoras, durante la fase correspondiente a la selección del procedimiento, en observancia a los Principios de la Contratación Pública y a disposiciones aplicables.

Esta guía detalla de manera secuencial y sistemática las actuaciones que los proveedores en su rol de participantes, postores o adjudicatarios dentro de un procedimiento de selección, están obligados a cumplir y que podrían generar un riesgo, en razón a que podría ser involucrado en la determinación de responsabilidad administrativa o ser perjudicado en su posición jurídica procesal.

En síntesis, son tres fases en las que opera el Modelo de Prevención dentro de la empresa:

3.4.1. Prevención:

Análisis de riesgos, diseño de protocolos, formación y sensibilización a los trabajadores y directivos.

3.4.2. Detección:

Controles, investigaciones internas, auditoría, línea ética.

3.4.3. Reacción frente a la detección de delitos y/o comportamientos irregulares:

Sanciones disciplinarias, revisión y mejora del Modelo de Prevención.

Capítulo IV

La propuesta de implementación

4.1. Identificación de Recursos Críticos

4.1.1. Recursos Humanos

La implementación del presente trabajo de investigación, se encuentra dirigida a que el Sistema de Contrataciones Públicas cuente con las regulaciones necesarias para que las empresas proveedoras del Estado establezcan, implementen, mantengan y monitoreen un Modelo de Prevención de Riesgos, no sólo como mecanismo de gradualidad de responsabilidad administrativa, sino sobre todo como mecanismo anticorrupción que constituya un compromiso requerido para la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores y que además cubra los riesgos relacionados a los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado.

El cumplimiento de la Directiva está dirigido a su impacto en una organización privada (empresa proveedora del Estado), en la que será necesaria la colaboración activa de la Alta Dirección, órganos de gobierno y demás funcionarios, en tanto se trata de una política integral que debe contar con la disposición y convicción de la plana directiva y de todo el personal.

En ese sentido, la identificación de los Recursos Humanos no son críticos para la ejecución e implementación de la presente investigación.

4.1.2. Recursos Financieros y Logísticos

La elaboración de la Directiva y de la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas constituye un aporte de la suscrita con el único objetivo de mejorar el Sistema de Contrataciones Públicas y

de introducir en la política de Lucha contra la Corrupción un mecanismo de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas proveedoras del Estado que se encuentran inscritas en el Registro Nacional de Proveedores.

Luego de la evaluación, revisión y aprobación de la Directiva por parte de las instancias gubernamentales competentes, se publicaría (diario oficial y portal de transparencia) y supervisaría su cumplimiento por parte de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores, ya que la idea es que éste sea un requisito obligatorio para que una empresa esté inscrita en el RNP.

El diseño, implementación y seguimiento/monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos bajo los alcances de la Directiva que se apruebe y dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente para la fase del procedimiento de selección, pasará por un análisis de costo beneficio que tomará en cuenta la dimensión de la empresa, la complejidad de sus procesos, su facturación y su naturaleza jurídica, así como su nivel de implementación en cuanto a controles y protocolos, lo que será de cargo de cada empresa.

Cada empresa proveedora del Estado asumirá el costo inicial que corresponde al diagnóstico, diseño e implementación (que incluye difusión y capacitación), y posteriormente ya sea directamente o en forma tercerizada podrá asumir el seguimiento y monitoreo del modelo, a través de un oficial de seguimiento o de una empresa que asuma dicho encargo en forma tercerizada.

En ese sentido, el recurso financiero y el recurso logístico no son recursos críticos para la ejecución e implementación de la presente investigación.

4.1.3. Recurso Tiempo

El tiempo de evaluación y aprobación del proyecto de Directiva propuesto, que incluye la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas, estará sujeto al tiempo que la instancia competente le dedique y a la disponibilidad de tiempo que se emplee para su difusión y capacitación a las empresas proveedoras del Estado. Asimismo, cabe señalar que la sostenibilidad de la referida Directiva está proyectada para tres años, conforme se describe a continuación:

- Primer año: aprobación, difusión e implementación.
- Segundo año: verificación del cumplimiento de la Directiva.
- Tercer año: Evaluación del desempeño de las empresas proveedoras del Estado (indicadores de mejoramiento de gestión), y en todo caso, retroalimentación y mejora de la Directiva.

El presente factor no es un recurso crítico puesto que la investigación será implementada antes de los tres años.

Las metas establecidas para el cumplimiento de los productos propuestos, se encuentran programadas en un plazo de tres años como máximo, como se muestra en el cuadro siguiente:

Tabla 1

Metas propuestas para el cumplimiento de productos

| Producto | Guía de Actuaciones Preventivas | Directiva sobre el Modelo de Prevención de Riesgos |
|------------------|--|---|
| Objetivos | Diseñar y elaborar la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas | Diseñar y elaborar la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos |
| Metas | Elaboración y aprobación de la Guía de Actuaciones Administrativas | Elaboración y aprobación de la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos |
| Tareas | <ul style="list-style-type: none">- Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente- Diseñar y elaborar la guía de actuaciones | <ul style="list-style-type: none">- Identificar las etapas para la implementación del Modelo.- Regular la descripción de cada etapa y su contenido.- Definición de las obligaciones |

| Producto | Guía de Actuaciones Preventivas | Directiva sobre el Modelo de Prevención de Riesgos |
|-----------------|--|--|
| | - Aprobación de la guía | de las empresas en cada etapa. - Elaboración de la Directiva. - Descripción del contenido y procedimientos del Modelo de Prevención de Riesgos - Aprobación de la Directiva |

Fuente: Elaboración propia

4.2. Actores

Los principales actores que intervienen en este trabajo de investigación, están definidos por el marco legal aplicable, antes referido. Estos actores son:

- a) El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
- b) La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.
- c) La Secretaria de Integridad de la Presidencia del Consejo de Ministros.
- d) Las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP.
- e) Tribunal de Contrataciones del Estado
- f) Órganos del Sistema Nacional de Control

4.3. Metodología y Técnicas

En el presente trabajo de investigación se está usando varias metodologías, las que han servido al mayor y mejor entendimiento de la situación y de las posibles alternativas de solución. Estas metodologías han sido:

4.3.1. Metodología propuesta por Kast y Rosenzweig

En virtud de esta metodología (Kast, 2011) se ha efectuado el diagnóstico interno del problema, analizando la interacción de las empresas proveedoras del Estado, que estarían sujetas al Modelo de Prevención de Riesgos en el marco legal vigente y según la propuesta del presente trabajo de investigación, según la cual hay 5 subsistemas:

- Subsistema razón de ser (teleológica)

- Subsistema estructural
- Subsistema tecnológico
- Subsistema psicosocial
- Subsistema gestión

4.3.2. Metodología de Collerette y Schneider

Usando esta metodología (Pierre Collerette y Gilles Delisle, 1988) nos permitió analizar y detallar el entorno organizacional de las empresas proveedoras del Estado y con ello determinar si la realidad del problema tiene alcance en su entorno. Se precisaron los siguientes aspectos:

- Entorno Inmediato
- Entorno Intermedio
- Tendencias Globales

4.3.3. Metodología SADCI – Sistema de Análisis de Capacidad Institucional

La metodología SADCI se aplicó en el análisis de un flujo de información que cualquier decisor puede iniciar, desarrollar, actualizar continuamente y luego institucionalizar.

4.4. Aspectos Administrativos

Los aspectos administrativos están ligados al uso de recursos logísticos y presupuestarios en la implementación de la propuesta que presenta el presente trabajo de investigación.

Los productos del presente trabajo de investigación constituyen un aporte para el Sistema de Contrataciones Públicas, así como para la Política de Lucha contra la Corrupción, por lo que no representará mayor gasto en su elaboración.

Ahora bien, el cumplimiento de la Directiva y la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas por parte de las empresas del Estado, deberá ser supervisado y evaluado según índices de mejoramiento de gestión, a través de programas de verificación de las instancias competentes que se encarguen de este mecanismo de gradualidad y anticorrupción.

Tabla 2

Responsables y Presupuesto para los Productos

| Productos | Tareas | Responsables | Presupuesto Aproximado (S/.) |
|---|---|----------------------|-------------------------------------|
| Guía de actuaciones preventivas | Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente | La investigadora | 0.00 |
| | Diseñar y elaborar la guía | La investigadora | 0.00 |
| | Aprobación de la guía | Instancia competente | 0.00 |
| | Identificar las etapas para la implementación del Modelo | La investigadora | 0.00 |
| | Regular la descripción de cada etapa y su contenido | La investigadora | 0.00 |
| Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | Definición de las obligaciones de las empresas en cada etapa | La investigadora | 0.00 |
| | Elaboración de la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos | La investigadora | 0.00 |
| | Aprobación de la Directiva | Instancia competente | 0.00 |
| | Difusión de la Directiva | Instancia competente | 0.00 |
| | | | |

Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO V

Análisis de Viabilidad y Factibilidad

El presente análisis de viabilidad y factibilidad se realizará sobre la base de la metodología SADCI y MACTOR.

5.1. Metodología SADCI – Sistema de Análisis de Capacidad Institucional

El referido Sistema de Análisis de Capacidad Institucional – SADCI permite identificar el grado de capacidad institucional para realizar determinadas acciones, evaluando las dificultades y definiendo acciones correctivas y preventivas para alcanzar los objetivos (Oszlak, 1991).

El SADCI ayuda a precisar lo siguiente:

- a) Lo que fue definido como objetivos del trabajo de investigación.
- b) Los recursos que se requieren para lograr esos objetivos.
- c) Tareas y responsables para alcanzar los objetivos, utilizando los recursos en forma eficiente y efectiva
- d) La definición del déficit de capacidad institucional – DCI potenciales
- e) Las acciones correctivas y oportunidad que mitiguen dicho déficit con el objeto de asegurar que los objetivos sean logrados efectivamente.

Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se aplicarán los siguientes formularios que se desarrollan a continuación:

- F-A: Objetivos de Desarrollo
- F-B: Actividades y Recursos
- F-B1: Consolidación de DCI no relacionados con habilidades
- F-C: Tareas
- F-D1: DCI desde el punto de vista de las Reglas de Juego (leyes, normas)
- F-D2: DCI desde el punto de vista de las Relaciones Interinstitucionales
- F-D3: DCI desde el punto de vista de la Organización Interna
- F - E1: Consolidación de DCI no Relacionados con Habilidades
- F-F: Sinopsis de Estrategia y Plan de Acción de DI

Objetivo General: Fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

Tabla 3

Formulario A – Objetivos de Desarrollo

| Código | Descripción de los objetivos específicos | Indicadores cuantitativos | Impactos esperados | Beneficiarios |
|---------------|--|--|--|--|
| 01 | Ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección. | Aprobación, difusión y evaluación del impacto de la aplicación de la Directiva que regula el contenido del Modelo de Prevención de Riesgos | Reducción de riesgos que la empresa proveedora asuma en la fase del procedimiento de selección, y conseguir la más baja gradualidad en la aplicación de una sanción. | La empresa en primer orden, y en forma indirecta el Sistema de Contrataciones Públicas, en tanto contará con más proveedores que cuentan con modelos de prevención de riesgos, como mecanismo de lucha contra la corrupción. |
| 02 | Lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección. | Aprobación de la Guía de actuaciones administrativas preventivas, que se incorpora a la Directiva. | Reducir la conflictividad o la existencia de problemas en la fase de un procedimiento de selección y generar buenas prácticas. | Las empresas proveedoras del Estado que quieren contratar con el Estado. |

Fuente: Elaboración propia

Objetivo General: Fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

Tabla 4

Formulario B – Actividades y Recursos

| Código | Descripción de la actividad | Total S/ | Unidad administrativa responsable |
|---------------|--|-----------------|--|
| 01.01 | Levantamiento y Análisis de la información, así como mapeo de riesgos | 00.00 | La investigadora |
| 01.02 | Propuesta, elaboración y aprobación del proyecto de Directiva que regula el contenido y procedimiento para la implementación del Modelo. | 00.00 | La investigadora |
| 02.01 | Mapeo de las actuaciones preventivas | 0.00 | La investigadora |
| 02.02 | Propuesta, elaboración y aprobación de la Guía de actuaciones preventivas | 0.00 | La investigadora |
| | Total | 00.00 | |

Elaboración propia

Tabla 5*Formulario C – Tareas*

| Código | Descripción de la tarea | Producto de la tarea | Responsable de la tarea |
|---------------|---|------------------------------------|--------------------------------|
| 01.01.001 | Identificar las áreas involucradas, así como el personal clave en la empresa que sea responsable para la implementación | Lista de áreas y posiciones claves | La investigadora |
| 01.01.002 | Identificar las fases de la implementación del Modelo de Prevención de Riesgos | Flujograma | La investigadora |
| 01.02.001 | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | Proyecto de Directiva | La investigadora |
| 01.02.002 | Aprobación de la Directiva | Acto aprobatorio | Instancia competente |
| 01.02.003 | Difusión de la Directiva | Acto de difusión | Instancia competente |
| 02.01.001 | Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente | Lista de actuaciones preventivas | La investigadora |
| 02.02.001 | Diseñar y elaborar la guía de actuaciones administrativas preventivas | Guía de Actuaciones preventivas | La investigadora |
| 02.02.002 | Aprobación de la Guía | Acto aprobatorio | Instancia competente |

Fuente: Elaboración propia

Tabla 6*Formulario D1 – DCI desde el punto de vista de las Reglas de Juego (leyes, normas)*

| Código | Descripción de la tarea | Descripción del DCI y explicación de sus impactos negativos | Gravedad |
|---------------|---|--|-----------------|
| 01.01.001 | Identificar las áreas involucradas, así como el personal clave en la empresa que sea responsable para la implementación | No aplica | |
| 01.01.002 | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | No aplica | |
| 01.02.001 | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | Se debe conocer la normativa vigente para incluir todos los elementos establecidos por Ley y Reglamento. | 5 |
| 01.02.002 | Aprobación de la Directiva | No aplica | |
| 01.02.003 | Difusión de la Directiva | No aplica | |
| 02.01.001 | Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente | Resulta necesario conocer las obligaciones administrativas de los proveedores en la fase de selección para hacer un mapeo integral | 5 |

| Código | Descripción de la tarea | Descripción del DCI y explicación de sus impactos negativos | Gravedad |
|---------------|---|--|-----------------|
| 02.02.001 | Diseñar y elaborar la guía de actuaciones administrativas preventivas | No aplica | |
| 02.02.002 | Aprobación de la Guía | No aplica | |

Elaboración propia

Tabla 7

Formulario D2 – DCI desde el punto de vista de las Relaciones Interinstitucionales

| Código | Descripción de la tarea | Descripción del DCI y explicación de sus impactos negativos | Gravedad |
|---------------|---|--|-----------------|
| 01.01.001 | Identificar las áreas involucradas, así como el personal clave en la empresa que sea responsable para la implementación | El proyecto de Directiva debe involucrar a las áreas que participan en las contrataciones públicas | 4 |
| 01.01.002 | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | Si la Directiva es incompleta por falta de un análisis idóneo o por falta de conocimiento y especialización, no cumplirá su objetivo | 3 |
| 01.02.001 | Aprobación de la Directiva | Debe ser aprobado, para que sea de cumplimiento obligatorio | 5 |
| 01.02.002 | Difusión de la Directiva | Debe ser publicada en El Peruano y en la página web | 4 |
| 02.01.001 | Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente | El mapeo es riguroso, debe hacerse con conocimientos y especialización de lo contrario será incompleto e insuficiente | 5 |
| 02.02.001 | Diseñar y elaborar la guía | Su diseño debe estar completo, de lo contrario no cumplirá su objetivo | 5 |
| 02.02.002 | Aprobación de la guía | Debe ser aprobada para que forme parte del Modelo, de lo contrario no cumplirá su objetivo | 4 |

Elaboración propia

Tabla 8

Formulario D3 – DCI desde el punto de vista de la Organización Interna

| Código | Descripción de la tarea | Descripción del DCI y explicación de sus impactos negativos | Gravedad |
|---------------|---|---|-----------------|
| 01.01.001 | Identificar las áreas involucradas, así como el personal clave en la empresa que sea responsable para la implementación | La decisión de regular a través de una Directiva las regulaciones necesarias para la implementación del modelo de Prevención de Riesgos deben formar parte de la política pública anticorrupción. | 4 |
| 01.01.002 | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | La implementación del Modelo y por ende el cumplimiento de la Directiva, debe constituir una obligación de los proveedores inscritos en el RNP | 3 |
| 01.02.001 | Aprobación de la Directiva | La Directiva que regula el modelo de prevención de riesgos debe ser aprobada por la instancia competente | 4 |

| Código | Descripción de la tarea | Descripción del DCI y explicación de sus impactos negativos | Gravedad |
|---------------|--|---|-----------------|
| 01.02.002 | Difusión de la Directiva | La Directiva que regula el modelo debe ser difundida por la instancia competente | 5 |
| 02.01.001 | Mapeo de actuaciones preventivas según normativa vigente | Las actuaciones que contenga la Guía deben corresponder a las obligaciones establecidas por ley y corresponder a las diversas áreas de la empresa | 3 |
| 02.02.001 | Diseñar y elaborar la guía | La guía debe ser diseñada como instrumento de gestión | 3 |
| 02.02.002 | Aprobación de la guía | La guía debe ser aprobada para que forme parte del Modelo de Prevención de Riesgos | 5 |

Elaboración propia

Tabla 9*Formulario E1 – Consolidación de DCI no Relacionados con Habilidades*

| Código de DCI | Descripción del DCI | Tareas Afectadas (códigos) | Promedio de Gravedad del DCI |
|----------------------|---|-----------------------------------|-------------------------------------|
| | El proyecto de Directiva que establece regulaciones necesarias para la implementación, mantenimiento y monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos debe constituirlo como mecanismo de gradualidad y mecanismo anticorrupción | 0101001, 0101002, 0102001 | 3 |
| | La guía de actuaciones administrativas preventivas debe contener las obligaciones administrativas vigentes | 0201001, 0202001 | 3 |
| | El proyecto de Directiva que establece regulaciones necesarias para la implementación del Modelo de Prevención debe ser aprobado por la instancia competente | 0101001, 0102001, 0102002 | 5 |
| | La guía de actuaciones administrativas debe ser aprobada y difundida por instancia competente. | 0201001, 0202001, 0202002 | 5 |

Fuente: Elaboración propia

Tabla 10*Formulario F – Sinopsis de Estrategia y Plan de Acción de Desarrollo Institucional*

| Código de DCI | Estrategia y Plan de Acción de Desarrollo Institucional | | |
|---------------|--|---|-----------|
| | Decisiones Institucionales | Actividades de Entrenamientos | Otros |
| | Levantamiento de información, análisis y lectura | Taller de presentación y Cruce de información | Encuestas |
| | Elaboración del proyecto de la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos | No aplica | |
| | Aprobación y difusión de la Directiva que regula el Modelo | Publicación en diario oficial, más actividades institucionales de difusión, talleres, charlas | Trípticos |
| | | No aplica | |
| | Diseño y elaboración de la Guía | No aplica | |
| | Aprobación de la Guía | | |

Fuente: Elaboración propia

5.2. Metodología de MACTOR – Matriz de Alianzas y Conflictos: Tácticas, Objetivos y Recomendaciones.

A través de esta metodología, se podrá determinar de manera anticipada si en la oportunidad en que se implementa la presente investigación aplicada y sus productos propuestos, habrá algún actor que se pueda oponer. Adicionalmente, se puede medir el nivel de peligro en el que puede estar la implementación de los productos propuestos.

Los actores involucrados con la presente investigación y con los productos propuestos se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

Análisis de Actores. - identificar a los actores dominantes, dominados y de enlace.

Actores dominantes. - los que tienen incidencia relevante en la aprobación e implementación del presente trabajo de investigación:

- Instancia competente (Organismo Supervisor de las Contrataciones Públicas, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción o la Secretaría de Integridad de la PCM)
- Ministerio de Economía y Finanzas
- La investigadora

Actores dominados. - los que tienen que cumplir con lo dispuesto por los actores dominantes:

- Las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores
- Consultores colaboradores

Actores de enlace. - los que guardan relación entre los actores dominantes y los actores dominados:

- Personal clave de las empresas
- Gremios empresariales
- Cámaras de Comercio

Tal como se menciona, en el desarrollo de la presente investigación se han identificado diferentes actores, a través del método MACTOR, el mismo que se sustenta y reconoce principalmente que los actores dominantes forman parte de las instituciones que pueden constituir las instancias competentes que se encarguen de aprobar la Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos y su influencia es determinante para la descripción, diseño, implementación, aprobación y difusión de la Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos, así como con la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas.

Dicha influencia se desarrolla en la siguiente tabla:

Tabla 11

Relación de Actores Claves

| N° | Actores |
|----|--|
| 1 | Instancia competente (Organismo Supervisor de las Contrataciones Públicas, la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción o la Secretaría de Integridad de la PCM) |
| 2 | Ministerio de Economía y Finanzas |
| 3 | La investigadora |
| 4 | Las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores |
| 5 | Consultores colaboradores |
| 6 | Personal clave de las empresas |
| 7 | Gremios empresariales |
| 8 | Cámaras de Comercio a nivel nacional |

Fuente: Análisis del juego de actores

Tabla 12

Posicionamiento de los Actores

| Productos | Actores | Influencia |
|-----------------------------------|----------------------|--|
| Directiva que regula el Modelo de | Instancia competente | Primordial: este es una Directiva que se debe regular como política pública. |

| Productos | Actores | Influencia |
|--------------------------------------|--|--|
| Prevención de Riesgos | Ministerio de Economía y Finanzas | Estratégica: representa la viabilidad política |
| | La investigadora | Estratégica: propone la Directiva. |
| Guía de Actuaciones Administrativas | Las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores | Receptiva: debe implementar el Modelo como un compromiso obligatorio. |
| | Personal clave de las empresas | Receptiva: directivos en general que deben implementarlo |
| | Gremios empresariales | Receptiva: apoyo público a la implementación de la Directiva. |
| | Cámaras de Comercio a nivel nacional | Receptiva: apoyo público a la implementación de la Directiva. |
| | Instancia competente | Primordial: La Guía es parte del Modelo, y se debe aprobar en su mismo cuerpo. |
| | Ministerio de Economía y Finanzas | Estratégica: representa la viabilidad política. |
| | La investigadora | Estratégica: propone la Directiva. |
| | Las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores | Receptiva: debe implementar el Modelo como un compromiso obligatorio. |
| | Personal clave de las empresas | Receptiva: directivos en general que deben implementarlo. |
| | Gremios empresariales | Receptiva: apoyo público a la implementación de la Directiva. |
| Cámaras de Comercio a nivel nacional | Receptiva: apoyo público a la implementación de la Directiva. | |

Fuente: Análisis del juego de actores

Del cuadro precedente, se puede observar que en el contexto de la elaboración y aprobación de la Directiva es muy importante que se incorpore dentro de la política pública de Lucha contra la Corrupción y que cuente con la viabilidad política para que se configure como un compromiso de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores. Adicionalmente, y desde el contexto de las empresas, resulta ser necesario que la máxima autoridad se involucre y comprometa con los objetivos del Modelo de Prevención de Riesgos, no sólo para su implementación sino sobre todo para su sostenibilidad en el tiempo. Solo de esta manera, se podrá reducir los riesgos que asume en su rol de participante, postor, contratista y adjudicatario durante un procedimiento de selección, así como se podrá contar con un mecanismo anticorrupción.

Como parte de la estrategia de aplicación de la Directiva que establece regulaciones necesarias para la implementación del Modelo de Prevención de Riesgos y de la Guía de Actuaciones Preventivas, parte integrante de este modelo, hemos identificado la necesidad de realizar charlas o conversatorios de identificación con los productos con el objeto de legitimar su uso. Asimismo, se ha proyectado diseñar programas de información y talleres de capacitación para que las empresas del Estado inscritas en el Registro Nacional de Proveedores conozcan con exactitud el alcance del Modelo y el nivel de participación de cada uno en su implementación y sostenibilidad.

5.3. Matriz de Consistencia

Mediante la incorporación de la Matriz de Consistencia se podrá resumir los elementos sustanciales del presente trabajo de investigación, como son los problemas, objetivos, productos, indicadores, impacto, beneficiarios y estrategias.

Tabla 13

Matriz de Consistencia

| Problema | Objetivos | Productos | Impacto | Estrategias | Conclusiones | Recomendaciones |
|--|--|--|--|---|---|--|
| <p>Problema General: Débil conducta ética y prácticas cuestionables durante la fase del procedimiento de selección, en un gran número de empresas proveedoras del Estado, cuando ejercen su rol de participantes, postores o adjudicatarios.</p> | <p>Objetivo General: Fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.</p> | | | <p>Regular el contenido del Modelo de Prevención de Riesgos, a través del diseño de una Directiva y una Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas, como instrumentos de gestión administrativa con carácter obligatorio para las empresas inscritas en el RNP</p> | <p>Se ha encontrado evidencia y sustento estadístico que demuestran que las empresas cometen muchas infracciones durante el procedimiento de selección, con lo que existe una débil conducta ética y cuestionables prácticas.</p> | <p>Resulta necesario involucrar a las empresas inscritas en el RNP en el cumplimiento de compromisos obligatorios, acorde a la naturaleza de las contrataciones públicas y como mecanismo de lucha contra la corrupción.</p> |
| <p>Problema Específico 1: Limitado uso de compromisos, regulaciones y control sobre la conducta ética y la forma de evitar malas prácticas, por parte de las empresas proveedoras del Estado, cuando son participantes, postores o adjudicatarios en un procedimiento de selección.</p> | <p>Objetivo Específico 1: Ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección.</p> | <p>Producto 1: Directiva que dispone regulaciones necesarias para establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, durante la fase del procedimiento de selección.</p> | <p>Reducción de riesgos que la empresa proveedora asuma en la fase del procedimiento de selección, y conseguir la menor incidencia de sanciones o denuncias.</p> | <p>Establecer, implementar, mantener y monitorear el Modelo de Prevención de Riesgos, como instrumento de gestión de carácter obligatorio para las empresas inscritas en el RNP.</p> | <p>Como consecuencia del referido mapeo de riesgos, consideramos que la aprobación de una Directiva que establezca las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos por parte de las empresas inscritas en el RNP, no sólo podría reducir la gravedad en la aplicación de sanciones administrativas, sino que también podría reducir las diversas manifestaciones de la corrupción en la fase del procedimiento de</p> | <p>Se recomienda que el proyecto de Directiva que establece las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos, se constituya en un compromiso obligatorio y además en un instrumento de gestión para desarrollar mejores prácticas y cultura ética que se mantenga y monitoree en forma permanente, como parte de la organización de la empresa.</p> |

| Problema | Objetivos | Productos | Impacto | Estrategias | Conclusiones | Recomendaciones |
|---|--|---|--|--|--|--|
| <p>Problema Específico 2: Inobservancia a los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado, cuando participan en un procedimiento de selección.</p> | <p>Objetivo Específico 2: Lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección.</p> | <p>Producto 2: Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas que contiene disposiciones que las empresas proveedoras deben cumplir, durante la fase correspondiente al procedimiento de selección.</p> | <p>Aumentar el cumplimiento de las obligaciones administrativas a cargo de las empresas que participan en el procedimiento de selección.</p> | <p>Desarrollar en forma complementaria al Modelo de Prevención de Riesgos, lineamientos orientadores de cumplimiento obligatorio para las empresas del Estado, inscritas en el RNP, que se encuentran en una Guía de Actuaciones Adm. Preventivas.</p> | <p>selección. Se considera que gran parte del problema se relaciona con el incumplimiento por parte de las empresas proveedoras del Estado, respecto a los Principios Generales y disposiciones regulatorias, durante la fase del procedimiento de selección.</p> | <p>Se recomienda incorporar en el proyecto de Directiva, la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas, de cumplimiento obligatorio para las empresas proveedoras del Estado, durante la fase del procedimiento de selección.</p> |

Fuente: Elaboración propia

Capítulo VI

Monitoreo y Evaluación

6.1. Mecanismos de Seguimiento

Uno de los elementos más importantes en el proceso de elaboración, aprobación e implementación de la Directiva que establezca las regulaciones necesarias para el Modelo de Prevención de Riesgos, corresponde a los aspectos de seguimiento y control que constituye la garantía de sostenibilidad en el tiempo para la implementación y el funcionamiento del Modelo, como mecanismo de gradualidad de responsabilidad administrativa ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, así como mecanismo anticorrupción.

Es en ese sentido, que resulta medular definir los mecanismos de seguimiento y evaluación de impacto que formarán parte de la Directiva que establecerá las regulaciones necesarias para la implementación, el mantenimiento y el monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos, los mismos que servirán para hacer seguimiento a la efectividad del Modelo. Se adelanta como parte del diseño conceptual del Modelo, los siguientes mecanismos de seguimiento:

6.1.1. Distribución de Funciones

Se verificará que en la Directiva que establece las regulaciones necesarias del Modelo, se establezca que cada función y responsabilidad para las diferentes tareas y actividades relacionadas a los principales riesgos identificados, hayan sido claramente definidas y participen de una dinámica de sistemas y procedimientos que prevengan situaciones irregulares, desviaciones o riesgos.

6.1.2. Registro de la información relevante

El sistema que se elija para la implementación del Modelo, deberá contener un sistema de registro de acciones provenientes de los diversos procesos, respecto a las diferentes actividades y tareas que las diferentes áreas deben realizar en el ejercicio de sus funciones y competencias para la ejecución de diferentes proyectos que las empresas decidan ejecutar.

Dicho registro servirá para identificar riesgos y establecer alertas que adviertan a todas las áreas de la empresa de las situaciones riesgosas que afectan las actividades y tareas ordinarias y extraordinarias.

6.1.3. Revisión de la documentación generada

La documentación que se genere en el contexto de la implementación del Modelo de Prevención de Riesgos, debe pasar por tres filtros (por lo menos) de revisión documental, lo que reducirá la presentación y/o elaboración de documentación defectuosa.

6.1.4. Determinación de indicadores

Los mecanismos de evaluación y seguimiento deben contener indicadores relacionados al cumplimiento de los objetivos trazados y a las metas que se van alcanzando, lo que ayuda a verificar el cumplimiento del Modelo de Prevención de Riesgos en efectividad y eficiencia, pero también ayudan a reformular el modelo para optimizar su implementación. Así lo afirma (Mackay, 2007) *“un tema consistente a lo largo del libro es que la medida esencial del “éxito” de un sistema de SyE es el uso intensivo de la información que produce; no resulta suficiente crear un sistema que produzca técnicamente buenos indicadores y evaluaciones de desempeño. El uso depende de la naturaleza y el grado de demanda de la*

información del SyE, y ello a su vez depende de los incentivos que existan para utilizar el SyE”.

6.1.5. Auditorías internas

El proyecto de Directiva establecerá que la organización empresarial que implemente el Modelo de Prevención de Riesgos, cumpla con tener un mecanismo de seguimiento y evaluación, como la realización de auditorías internas que proporcionará información sobre el funcionamiento del Modelo.

Dichas auditorías internas también constituirán prueba fehaciente de la implantación del Modelo en la empresa, así como de su funcionamiento y sostenibilidad, ante la necesidad de usar el Modelo como mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa y mecanismo anticorrupción.

6.1.6. Revisión por parte de la Alta Dirección

La Directiva establecerá que la Alta Dirección y principalmente, la máxima instancia de la empresa, debe planificar y ejecutar acciones de revisión inopinadas con el objeto de verificar que el Modelo está implementándose en forma adecuada y con eficacia continua.

Las actividades de monitoreo se realizan mensual y trimestralmente, y como resultado de las mismas se genera un reporte que servirá para la toma de decisiones. Se adjunta un cuadro de matriz lógica que podría servir para hacer el monitoreo correspondiente:

Tabla 14*Monitoreo de las Tareas*

| Producto | Tareas | Responsables | 1er. Año | | 3er. Año | |
|--|--|----------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| | | | 1er. Sem. | 2do. Sem. | 1er. Sem. | 2do. Sem. |
| Directiva que regula Modelo de Prevención de Riesgos | Identificar áreas involucradas, así como el personal clave en la empresa que sea responsable para la implementación. | La investigadora | X | | | |
| | Elaboración del proyecto de Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos | La investigadora | X | | | |
| | Aprobación de la Directiva | Instancia competente | X | | | |
| | Difusión de la Directiva | Instancia competente | X | | | |
| | Evaluación y monitoreo | Instancia competente | X | | X | |
| Guía de actuaciones administrativas preventivas | Mapeo de actuaciones administrativas preventivas según normativa vigente | La investigadora | X | | | |
| | Diseñar y elaborar la guía | La investigadora | X | | | |
| | Aprobación de la Guía | Instancia competente | X | | | |

Fuente: Elaboración propia

6.2. Evaluación

La evaluación estará sustentada y planificada sobre la base del cumplimiento de los objetivos y los productos propuestos como elementos componentes del Modelo de Prevención de Riesgos.

La Directiva establecerá que el personal clave de la empresa que ha implementado el Modelo de Prevención de Riesgos, así como la Alta Dirección y el personal en general, deben mantener la mejor disposición para la sostenibilidad del Modelo y para su mejora continua, fortaleciendo la posición de la empresa en su rol de participante, postor y adjudicatario, evaluando en forma permanente los riesgos que se presentan en las diferentes actuaciones administrativas que deben ejecutar dentro de un procedimiento de selección.

Tabla 15*Productos y Objetivos Propuestos*

| Productos | Objetivos | Indicador De Evaluación De Logro |
|---|---|---|
| Directiva que regula el Modelo de Prevención de Riesgos | Describir las regulaciones necesarias para la implementación del Modelo como instrumento de gestión que logre mitigar o extinguir la responsabilidad administrativa de la empresa proveedora durante la fase del procedimiento de selección. | Reducir o eliminar el riesgo de que la empresa sea sometida a un procedimiento administrativo sancionador y que se gestione utilizando malas prácticas. |
| Guía de Actuaciones Administrativas | Será parte del Modelo de Prevención de Riesgos, y se elaborará sobre el mapeo de riesgos que se realice de la fase del procedimiento de selección, lo que impactará en la generación de buenas prácticas para usarlo como mecanismo anticorrupción. | Reducir o eliminar los errores y/o riesgos de la participación de la empresa en las diferentes actuaciones administrativas. |

Fuente: Elaboración propia

Capítulo VII

La Síntesis

7.1. Análisis

7.1.1. Respecto al objetivo general de fortalecer la conducta ética y desarrollar buenas prácticas durante la fase del procedimiento de selección, en las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, en su rol de participantes, postores o adjudicatarios.

Empezamos analizando que resulta necesario fortalecer la conducta ética de las empresas que participan como proveedoras del Estado en la fase del procedimiento de selección, no sólo para que desarrollen buenas prácticas, sino también para que tengan claras las obligaciones que deben cumplir.

En este sentido, formular la Directiva que establece las regulaciones necesarias para la implementación, mantenimiento y monitoreo del Modelo de Prevención de Riesgos a partir de un mapeo de riesgos que se identifiquen durante la fase correspondiente al procedimiento de selección entre las actuaciones del Estado y de la empresa proveedora, y construir una guía de actuaciones administrativas preventivas, no sólo como un mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa sino también como una línea estratégica primordial en la lucha contra la corrupción.

Nuestra intención es generar valor público indirecto ya que proponer el proyecto de Directiva que establezca las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos, que se implementará en las empresas proveedoras del Estado, contribuye con la política pública de lucha contra la corrupción y constituye un elemento que se integra a la estructura y organización de dichas empresas, para que

cumplan sus roles en forma idónea, respetando los Principios de la Contratación Pública, el ordenamiento formal del proceso y sobre todo contribuyendo a una contratación de calidad, que se enmarque en los ejes de la nueva reforma legislativa del Sistema de Contratación Pública.

Este aporte de valor público de la presente investigación se encuentra enmarcado en las últimas modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas mediante el Decreto Legislativo N° 1341, en cuyo artículo 50.7 se ha incluido expresamente que una de las causales de gradualidad de la responsabilidad administrativa es que las empresas proveedoras del Estado, que estén sometidas a un proceso administrativo sancionatorio para la determinación de la responsabilidad administrativa por la comisión de infracciones, demuestren que cuentan con un Modelo de Prevención de Riesgos, implementado, vigente y sostenible en la empresa.

Sin embargo, mediante la presente investigación se propone que el Modelo de Prevención de Riesgos no solo sea un mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa, sino también un compromiso obligatorio para las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores.

Dichas modificaciones se encuentran directamente relacionadas a la nueva orientación del Estado en la política pública de lucha contra la corrupción que se encuentra definida en el Programa País, establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE. Dentro de la referida nueva orientación se puede resaltar la Ley N° 30424, modificada por el Decreto Legislativo N° 1352 y por la Ley N° 30835, en virtud de la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se

encuentren involucradas en los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, actos de ocultamiento y tenencia, actos de conversión y transparencia, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como Colusión simple y agravada, y tráfico de influencias.

Dentro de este contexto jurídico vigente, el uso de Modelo de Prevención de Riesgos no sólo constituye un mecanismo de gradualidad para la reducción o eliminación de la responsabilidad administrativa y/o penal de las personas jurídicas, y específicamente para las empresas proveedoras del Estado en las contrataciones públicas, sino también constituye buenas prácticas corporativas que van a contribuir en la lucha contra la corrupción.

Es importante mencionar también que el presente trabajo de investigación ha limitado su alcance a las personas jurídicas que son proveedores del Estado, que ejercen roles como participantes, postores o adjudicatarios en los procedimientos de selección. Por ello, es importante recordar las estadísticas del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, según el cual en el Registro Nacional de Proveedores hay 380, 924 proveedores registrados.

Cabe advertir que, el 70% de las resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado corresponden a resoluciones que impusieron sanción a empresas proveedoras del Estado, de las cuales el 56% corresponde a infracciones por presentación de documentación falsa, el 15% al incumplimiento contractual y 26% al no perfeccionamiento del contrato (OSCE, Estadística sobre proveedores sancionados, 2016).

7.1.2. Respecto al objetivo específico de ampliar el uso de compromisos éticos y desarrollar buenas prácticas por parte de las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, cuando son participantes postores o adjudicatarios durante la fase del procedimiento de selección.

Se trata por tanto de desarrollar políticas públicas que involucren a las empresas proveedoras del Estado e inscritas en el RNP, a implementar mecanismos que aumenten sus compromisos éticos y reduzcan o eliminen las malas prácticas durante la fase del procedimiento de selección.

El Modelo de Prevención de Riesgos dispuesto por el artículo 50.7 de la Ley de Contrataciones del Estado, ha sido incorporado recientemente mediante el Decreto Legislativo N° 1341, y debe cumplir con ciertas características mínimas que han sido establecidas en la Ley y en su Reglamento. El numeral 50.7 del artículo 50° (1341, 2017), según el cual son causales de graduación de la sanción, *“.....la adopción e implementación, después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador de un modelo de prevención debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”*.

Con el objetivo de dar mayores detalles al contenido del modelo de prevención de riesgos, las últimas modificaciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas mediante Decreto Supremo N° 056-2017-EF incorporan precisiones adicionales. En efecto, el literal g) del artículo 226° del referido dispositivo reglamentario (MEF, 2017) dispone que la adopción e

implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.7 del artículo 50° de la Ley, constituye un criterio de gradualidad de la responsabilidad administrativa del presunto infractor.

Seguidamente se precisa que: *“dicho modelo debe contar con los siguientes elementos mínimos: (i) 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, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración (ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal (iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflictos de intereses que garanticen el anonimato y la protección del denunciante (iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención (v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.”*

Sobre la base de estos parámetros específicos se ha formulado la Directiva que establece las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos, aplicable con carácter obligatorio a las empresas proveedoras inscritas en el RNP, durante el procedimiento de selección.

Este producto constituye un aporte de valor público que servirá como mecanismo de gradualidad de la responsabilidad administrativa que determine el Tribunal de Contrataciones del Estado, pero también servirá como instrumento de gestión que logre optimizar la gestión interna de la empresa proveedora durante la

fase del procedimiento de selección, cuando ejerce rol de participante, postor y adjudicatario y que se propone sea un compromiso obligatorio de las empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores.

7.1.3. Con relación al objetivo específico enfocado a lograr un amplio cumplimiento de los Principios Generales y disposiciones regulatorias de la Contratación Pública por parte de las empresas proveedoras del Estado inscritas en el RNP, cuando participan en un procedimiento de selección.

La Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas, parte integrante del Modelo de Prevención de Riesgos, constituye un parámetro de cumplimiento obligatorio que tiene como objetivo mejorar las diversas acciones administrativas que las empresas proveedoras del Estado deben implementar en los diversos momentos de un procedimiento de selección para la contratación de un servicio.

Para ello, se han analizado las diversas obligaciones administrativas que los Principios de las Contrataciones y las disposiciones normativas aplicables y vigentes imponen a las empresas en su rol de participante, postor y adjudicatario. Conocer dichas obligaciones y anticiparse a las situaciones que pueden producirse durante el procedimiento de selección para la contratación de un servicio, a través de una Guía de Actuaciones Administrativas, constituye un instrumento de gestión y mejoramiento de la posición de la empresa frente a las entidades del Estado.

Conclusiones

- a) Se ha encontrado evidencia y sustento estadístico que demuestran que las empresas proveedoras del Estado cometen muchas infracciones administrativas mientras que se desempeñan como participantes, postores o adjudicatarios en la fase del procedimiento de selección, con lo que existe una débil conducta ética y cuestionable práctica en dicha fase.
- b) Como consecuencia del referido mapeo de riesgos, consideramos que la aprobación de una Directiva que establezca las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos por parte de las empresas inscritas en el RNP, no sólo podría reducir la gravedad en la aplicación de sanciones administrativas, sino que también podría reducir las diversas manifestaciones de la corrupción en la fase del procedimiento de selección.
- c) Se considera que gran parte del problema se relaciona con el incumplimiento por parte de las empresas proveedoras del Estado, respecto a los Principios Generales y disposiciones regulatorias, durante la fase del procedimiento de selección.

Recomendaciones

- a) Resulta necesario involucrar a las empresas inscritas en el RNP en el cumplimiento de compromisos obligatorios, acorde a la naturaleza de las contrataciones públicas y como mecanismo de lucha contra la corrupción.

- b) Se recomienda que el proyecto de Directiva que establece las regulaciones necesarias del Modelo de Prevención de Riesgos se constituya en un compromiso obligatorio y, además en un instrumento de gestión para desarrollar mejores prácticas, que se mantenga y monitoree en forma permanente, como parte de la organización de la empresa.

- c) Se recomienda incorporar en el proyecto de Directiva, la Guía de Actuaciones Administrativas Preventivas, de cumplimiento obligatorio para las empresas proveedoras del Estado, durante la fase del procedimiento de selección.

Referencias Bibliográficas

- Acuerdo Nacional. (15 de enero de 2014). *acuerdonacional.pe*. Obtenido de http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2015/02/AyudaM_Programa-Pais-Peru-OCDE.pdf
- Acuerdo Nacional. (Febrero de 2015). *acuerdonacional.pe*. Obtenido de http://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2015/02/AyudaM_Programa-Pais-Peru-OCDE.pdf
- Albanese, D. (julio - setiembre de 2012). Análisis y Evaluación de riesgos: aplicación de una matriz de riesgo en el marco de un plan de prevención contra el lavado de activos. *Revista BASE (Administración y Contabilidad)*, 9(3), 206 - 215.
- Argandoña, A. (2007). La corrupción y las empresas. (*OP-07/21*), páginas 0 - 10. España: IESE Business School, Universidad de Navarra.
- Artavia, F. (2008). Decisiones Públicas. Beneficios privados. Consideraciones teóricas en torno a la corrupción. *Ciencias Sociales*(119), 13 - 26.
- Artaza, O. (diciembre de 2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, 8(16), 544 - 573.
- Astudillo, Guillermo y Jimenez, Sandra. (2015). Programas de Cumplimiento como mecanismo de Lucha contra la corrupción: Especial referencia a la autorregulación de las empresas. *Derecho & Sociedad*(45), 63 - 73.
- Baracaldo, N. (julio - diciembre de 2013). Diagnóstico de gobierno corporativo como mecanismo en la prevención del fraude en empresas familiares. *Cuadernos de Contabilidad*, 14(35), 581 - 615.
- Bautista, O. (2012). El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución. *Espacios Públicos*, 48 - 62.
- BID. (octubre de 2012). Código de Ética y Conducta Profesional. Washington DC, Estados Unidos.

- Bolaño, Y. y Alfonso, D. y Pérez, A. y Arias, M. (setiembre - diciembre de 2014). Modelo de Dirección Estratégica basado en la Administración de Riesgos. *25(3)*, 344 - 357.
- Carbajo, F. (2012). Corrupción en el sector privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial. *Iustitia(10)*, páginas 281-342.
- Charris, J. y Llamas, A. (julio - diciembre de 2016). El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública. *Derecho del Estado(37)*, 95 - 125.
- Chevarria, F. (2009). La Convención Interamericana contra la Corrupción y la ética en la administración pública peruana. Salvador de Bahía, Brasil.
- Collerette, P. y Delisle, G. (1988). *La planificación del cambio: estrategias de adaptación para las organizaciones*. México: Editorial Trillas.
- CR. (10 de julio de 2014). Ley 30225. *Ley de Contrataciones del Estado*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- CR. (21 de abril de 2016). Ley N° 30424. *Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- CR. (2 de agosto de 2018). Ley N° 30835. *Ley que modifica la Ley 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- Galvis - Quintero, D. (enero - junio de 2016). La colusión como una práctica restrictiva de la competencia que afecta gravemente los procesos de selección de contratistas. *Universitas*, 132, 133 - 196.
- García, P. (2001). *Los Conflictos de Intereses y la Corrupción Contemporánea*. Pamplona, Navarra, España: Aranzadi.
- Gomez, D. (2011). El Pacto Global de las Naciones Unidas: sobre la responsabilidad social, la anticorrupción y la seguridad. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, XIV(28), páginas 217 - 231.
- Gómez, D. (2014). Corrupción y Colusión: asuntos del sector empresarial en Colombia. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, XVII(33), páginas 43 - 56.
- INACAL. (29 de marzo de 2017). NTP ISO 37001. *Sistemas de Gestión Antisoborno*. Lima, Lima, Perú: INACAL.

- INEI. (2014). *Producción y Empleo informal en el Perú: Cuenta Satelital de la Economía Informal 2007-2012*. Lima, Perú: Editorial del Instituto Nacional de Estadística e Información.
- Kast, F. (noviembre de 2011). *Enfoque Sistémico - Teoría General de Sistemas aplicada a la Administración*. Obtenido de <https://isabelportoperez.files.wordpress.com/2011/11/enfoque-sistemico-fundamentos.pdf>
- klitgaard, R. (1994). *Controlando la corrupción*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Mackay, K. (2007). *Como crear Sistemas de Seguimiento y Evaluación que contribuyan a un buen gobierno*. Banco Mundial, Grupo de Evaluación Independiente, Washington DC.
- MEF. (abril de 2017). Decreto Supremo N° 056-2017-EF. *Modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado(artículo 226°)*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- OCDE. (2018). *La Contratación Pública en el Perú: reforzando capacidad y coordinación*. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 268 páginas, París, Francia.
- OSCE. (2015). *Informe sobre estimación de la participación de la micro y pequeña empresa en el mercado estatal*. estadístico, OSCE, Oficina de Estudios Económicos.
- OSCE. (2016). *Informe Anual de Contrataciones Públicas*. estadístico, OSCE, Oficina de Estudios Económicos. Obtenido de <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Informe%20Anual%20de%20Contrataciones%20P%C3%BAblicas%202016%20%28ResuItados%20al%2031%20de%20diciembre%20de%202016%29.pdf>
- OSCE. (2016). *Informe sobre Estadística de proveedores sancionados*. Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Lima, Lima.
- OSCE. (2017). *Memoria Anual 2016*. Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado, Lima, Lima.
- OSCE. (junio de 2016). *Informe sobre las Contrataciones Publicas en el Perú (MAPS)* . OSCE portal web, Lima, Lima. Obtenido de <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/Diagn%C3%B3stico%20del%20Sistema%20de%20Adquisiciones%20del%20Per%C3%BA%20150716.pdf>.

- Oszlak, O. (1991). *El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCI*. Obtenido de <http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/OSZLAK%20Oscar%20y%20ORELLANA%20Edgardo%20%20EI%20 analisis%20de%20la%20capacidad%20institucional.pdf>
- Otero, N. (abril de 2003). Riesgos de corrupción en la Contratación Pública: recomendaciones para superarlos. *Monografías de Administración*(72).
- PCM. (14 de setiembre de 2017). Decreto Supremo N° 092-2017-PCM. *Se aprueba Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción*, páginas 5, 11. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- PE. (7 de enero de 2017). Decreto Legislativo N° 1352. *Decreto Legislativa que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- PE. (7 de enero de 2017). Decreto Legislativo No. 1341. *Modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado(artículo 50°)*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- PE. (16 de setiembre de 2017). Decreto Legislativo No. 1444. *Modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima, Lima, Perú: Editora Perú.
- Proética, C. P. (abril de 2012). *portal web de Proética*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/317736944/Septima-Encuesta-Nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-2012>.
- Rubio, C. (2013). Solución de controversia y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal. *Gaceta Jurídica*, 234 y 235.
- Salas, José y Reyes, Nydia. (setiembre-diciembre de 2015). Modelo propuesto para la detección de fraudes por parte de los auditores internos basado en las Normas Internacionales de Auditoría. *Cuaderno Contabilidad*, 16(42), 579 - 623.
- Schneider, B. (2008). *Resiliencia: como construir empresas exitosas en contextos de inestabilidad*. Editorial Granica.
- Terzano, M. (s.f.). *Corrupción: Concepto, realidad y reflexiones*. Obtenido de <http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo3/vc/files/segunda%20parte/03-Terzano.pdf>

Thornburgh, D. (21 de noviembre de 2008). Informe sobre el marco anticorrupción del Banco Interamericano de Desarrollo. Washington DC, Estados Unidos.

Tito-Añamuro, J. (2015). Corrupción privada: un estudio de la ausencia de reglas de derecho privado, desde el caso Interbolsa. *Vniversitas*(131), 433-466.

Anexos

Anexo N° 01: Producto 01: Directiva del Modelo de Prevención de Riesgos

Anexo N° 02: Producto 02: Guía de Actuaciones Administrativas

Anexo N° 03: Anexo documental (evidencias):

- MAPS
- Reportes
- Informes de estadísticas

Relación de Figuras:

Figura N° 1: Gráfico N° 01: Marco General de las Compras Públicas (2014-2015).

Relación de Tablas:

Tabla N° 01: Metas Propuestas para el Cumplimiento de Productos

Tabla N° 02: Responsables y Presupuesto para los Productos

Tabla N° 03: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADCI. Actividades de Desarrollo. Formulario A: Objetivos de Desarrollo

Tabla N° 04: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADCI. Actividades de Desarrollo. Formulario B: Actividades y Recursos

Tabla N° 05: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADCI. Actividades de Desarrollo. Formulario C: Tareas

Tabla N° 06: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADCI. Actividades de Desarrollo. Formulario D1: Diseño de la Capacidad Institucional desde el punto de vista de las Reglas de Juego (leyes, normas).

Tabla N° 07: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADCI. Actividades de Desarrollo. Formulario D2: Diseño de la Capacidad Institucional desde el punto de vista de las Relaciones Interinstitucionales.

Tabla N° 08: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADC. Actividades de Desarrollo. Formulario D3: Diseño de la Capacidad Institucional desde el punto de vista de la Organización Interna.

Tabla N° 09: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADC. Actividades de Desarrollo. Formulario B1: Consolidación de DCI no relacionados con habilidades.

Tabla N° 10: Sistema de Análisis y Desarrollo de la Capacidad Institucional – SADC. Actividades de Desarrollo. Formulario F: Sinopsis de Estrategia y Plan de Acción de DI.

Tabla N° 11: Relación de Actores Claves

Tabla N° 12: Posicionamiento de los Actores

Tabla N° 13: Monitoreo de las Tareas

Tabla N° 14: Productos y Objetivos Propuestos

Anexo N° 01
PROYECTO DE DIRECTIVA

NORMAS Y PROCEDIMIENTOS DEL MODELO DE PREVENCIÓN DE RIESGOS (MPR) DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

I. FINALIDAD

Precisar y uniformizar los criterios que deben ser tomados en cuenta por las Empresas inscritas en el Registro Nacional de Proveedores, para la implementación del Modelo de Prevención de Riesgos (MPR) durante el procedimiento de selección.

II. OBJETO

Establecer disposiciones complementarias para la aplicación de las normas referidas a la adopción e implementación del MPR, durante el procedimiento de selección.

III. ALCANCE

La presente Directiva es de cumplimiento obligatorio para las Empresas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Proveedores.

IV. BASE LEGAL

- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y sus modificaciones.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificaciones.
- Norma Técnica Peruana NTP-ISO 37001 2017
- ISO 19600-2014 Sistema de Gestión de Compliance

Las referidas normas incluyen sus respectivas disposiciones ampliatorias, modificatorias y conexas, de ser el caso.

V. REFERENCIAS

En la presente Directiva se utilizarán las siguientes referencias:

- Directiva: La presente Directiva.
- Ley: Ley de Contrataciones del Estado.
- OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
- Reglamento: Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- MPR: Modelo de Prevención de Riesgos

VI. DISPOSICIONES GENERALES

- 6.1 El MPR está orientado a lograr una gestión empresarial que prevenga la comisión de actos de corrupción y promueva buenas prácticas y el cumplimiento de la legalidad, en particular durante el procedimiento de selección. Debe contener aspectos relacionados a la estructura organizacional, distribución de competencias, determinación de responsabilidades, procedimientos, entre otros, y tener un carácter abierto que se adopte a la naturaleza del objeto empresarial.
- 6.2 Al adoptar e implementar el MPR, la Empresa debe incluir un enfoque integral de gestión de los riesgos previsibles de ocurrir durante el procedimiento de selección, teniendo en cuenta las características particulares de los bienes que vende, servicios que presta u obras que ejecuta y las condiciones de ejecución contractual y de mercado relacionadas a su objeto social.
- 6.3 Al participar en un procedimiento de selección, la empresa inscrita en el RNP al registrarse como participante, deberá suscribir la declaración jurada cuyo formato está incluido en el Anexo 1, como un requisito previo y obligatorio para participar.
- 6.4 Las Bases del procedimiento de selección deben incluir en las reglas de su desarrollo, las disposiciones que identifiquen y asignen los riesgos que pueden ocurrir en dicha etapa, así como la determinación de la parte que debe asumir cada riesgo.

VII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

7.1 El enfoque integral de gestión de riesgos del MPR debe incluir como mínimo, los siguientes componentes:

- El involucramiento de la Alta Dirección como premisa inicial.
- La designación o contratación de un encargado de prevención, cuya responsabilidad sea la formulación e implementación del MPR.
- El sistema de control del ambiente interno implementado.
- La identificación de riesgos personalizados por cada empresa.
- La planificación del riesgo.
- La aprobación y establecimientos de protocolos preventivos y procedimientos de identificación de riesgos, detección de la existencia de malas prácticas y procedimientos disciplinarios.
- La existencia de un órgano de la empresa que se encargue del monitoreo y supervisión de la implementación del MPR, así como de informar en forma permanente los resultados a los accionistas y directores de la empresa.
- La existencia de un sistema de denuncia, que además cuente con mecanismos de protección al denunciante.
- Desarrollo de capacidades, sistema de incentivos y difusión de resultados del monitoreo a todo el personal (directivos y empleados) en forma periódica.

7.2 Sobre el encargado de prevención

Será el responsable de la formulación e implementación del MPR, para lo cual debe ser capacitado en la especialidad. {Debe ser designado por el máximo órgano de administración de la empresa o quien haga sus veces, según corresponda. Debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

7.3 Implementación del sistema de control del ambiente interno

Será necesario que la empresa proveedora del Estado, registrada en el RNP, tenga una cultura organizacional de cumplimiento normativo. Se trata de una premisa obligatoria para el diseño, implementación y monitoreo de un MPR. Este componente debería estar desarrollado en un Código de Ética, en el que se detallen los valores organizacionales.

7.4 Identificación de riesgos individualizados

Durante todo el desarrollo del procedimiento de selección se deberán identificar los riesgos previsible que podrían generarse sobre la base de las diferentes actuaciones y obligaciones administrativas que deben cumplir los participantes y postores, así como la naturaleza del objeto de contratación. A continuación, y sobre la base de la Guía de Actuaciones Administrativas que forma parte de la presente Directiva, se mencionarán algunos riesgos:

- a) Riesgo de incumplimiento de las obligaciones administrativas ante el Registro Nacional de Proveedores.
- b) Riesgo de participar o verse afectado por direccionamiento técnico en los Términos de Referencia o en las Especificaciones Técnicas.
- c) Riesgo de que se vulnere el Principio de Transparencia y Publicidad, y no se conozcan los diversos actos del procedimiento de selección o no se acceda al expediente de contratación.
- d) Riesgo a que se vulnere el derecho de defensa durante todo el procedimiento de selección.
- e) Riesgo comercial que vulnere la confidencialidad de la parte pertinente de las propuestas técnicas que sean correspondan a secreto comercial.
- f) Riesgo de competencia desleal.

- g) Riesgo a participar o verse afectado por prácticas indebidas que vulneren la integridad del procedimiento de selección, así como de los participantes y postores.
- h) Riesgo de presentación de documentación falsa o inexacta, que vulnere el Principio de Veracidad.
- i) Riesgo de incumplimiento de las obligaciones administrativas como postor, en razón a que participe o sea postor cuando está impedido o inhabilitado.
- j) Riesgo de incumplimiento de los requisitos de admisibilidad, factores de evaluación y/o requisitos de calificación.
- k) Riesgo en la interposición del Recurso de Apelación, en razón a la probable ejecución de la garantía en los casos en que se declare infundado o improcedente.
- l) Riesgo de incumplimiento de los requisitos para la suscripción del contrato.
- m) Riesgos derivados de eventos de fuerza o caso fortuito, cuyas causas no sean imputables a las partes.
- n) Riesgos regulatorios o normativos, cuya implementación es obligatoria y puedan generar un impacto económico importante.

Esta lista no es taxativa, sino enunciativa, pudiendo la Empresa incorporar otros riesgos, según la naturaleza o complejidad del objeto social de la empresa.

7.5 Planificación del Riesgo

Como resultado de la identificación de los riesgos y con el objeto de implementar una gestión integral de los mismos, se deben planificar los riesgos que deben ser controlados y prevenidos, en resumen, los riesgos relacionados al cumplimiento de la legalidad y los que generen responsabilidad administrativa, civil y/o penal. A esta planificación se incorpora la evaluación cualitativa y cuantitativa del riesgo, con el objeto de valorar su probabilidad de

ocurrencia e impacto en la empresa, lo que debería generar su constante actualización, si fuera necesario.

7.6 Aprobación de protocolos preventivos y procedimientos de identificación de riesgos

Como la respuesta a la evaluación del riesgo, se deben formular, aprobar e implementar protocolos de prevención de riesgos cuyo objetivo sea evitar la generación de riesgos en los diferentes momentos durante el procedimiento de selección, así como implementar procedimientos de detección de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflicto de intereses, así como el procedimiento de denuncia que garantice el anonimato y la protección del denunciante.

7.7 Existencia de órgano de control y supervisión permanente

Deberá existir en la estructura orgánica de la empresa un órgano de control y supervisión que se encargará de la evaluación y el monitoreo continuo del MPR. Los resultados trimestrales de dicha evaluación serán comunicados a la Alta Dirección y miembros del Directorio o quien hagan sus veces.

VIII. ANEXOS

Anexo N° 1: Declaración Jurada de compromiso al ser participante.

IX. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

La presente Directiva se aplicará en forma progresiva para los proveedores que se encuentran inscritos en el RNP, y hasta por el periodo de un año.

X. DISPOSICIÓN FINAL

La presente Directiva regirá a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución que la aprueba en el Diario Oficial “El Peruano”.

ANEXO N° 02

GUÍA DE ACTUACIONES PREVENTIVAS

- I. Obligaciones de las empresas proveedoras del Estado, generadas por la aplicación de los Principios de las Contrataciones del Estado:

Igualdad de Trato: no aceptar ni inducir este tipo de tratos, que constituyen actos de corrupción o desviaciones de naturaleza administrativa y hasta penal.

Transparencia: debe ser usada y exigida dentro de los límites de la confidencialidad y reserva que las propuestas técnicas y económicas tienen en determinado momento del procedimiento, lo que sí constituye una obligación administrativa por parte de las empresas proveedoras.

Publicidad: los proveedores participantes pueden acceder a información necesaria para la defensa y el respeto de sus derechos como tales.

Competencia: debe garantizar que su oferta técnica y económica cumpla con estándares de calidad ya que se evaluará la mejor oferta (ya no la más barata), pero sin que participe en prácticas que restrinjan la competencia.

Eficacia y Eficiencia: se exige de las empresas que ejercen el rol de proveedores del Estado, un nivel de calidad y oportunidad en la prestación de servicios generales, que constituye una obligación administrativa, en la medida que coadyuva con el cumplimiento de fines públicos y la satisfacción de la finalidad pública, mejorando así las condiciones de vida de las personas. Por ello, se han recrudecido los elementos y alcances de las responsabilidades que asumen los proveedores contratistas respecto al cumplimiento de sus obligaciones.

Vigencia Tecnológica: se debe garantizar la calidad y modernidad tecnológica en determinado tiempo de duración que resulta ser predecible, siempre y cuando los bienes cumplan con adecuación, integración y repotenciación a nuevos avances. Este principio constituye una obligación administrativa para las empresas proveedoras que en sus propuestas técnicas deben cautelar la observancia de la vigencia tecnológica en los productos ofrecidos y en todo caso, deben advertir que podría ser exigida la adecuación, integración o repotenciación de los bienes ofrecidos, lo que podría generar un impacto económico a considerar.

Sostenibilidad Ambiental y Social: constituye una obligación administrativa y económica a cargo de las empresas proveedoras del Estado, que puede representar una alta inversión económica, lo que algunas veces inclusive podría constituirse en barrera de acceso a la contratación pública.

Equidad: su actuación durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato no puede ser vulnerando los Principios de Contratación Pública ni las demás disposiciones o generando una inequidad en la relación jurídica, que genere el perjuicio de la entidad contratante.

Integridad: se está regulando la obligación por parte de las empresas que participan en los procedimientos de selección. La conducta debe ser y honesta y veraz, prohibiendo las prácticas indebidas, lo que constituye la principal obligación administrativa de los proveedores, así como establece la necesidad de incorporar el referido Principio como corolario del Modelo de Prevención de Riesgos.

- II. Obligaciones de las empresas proveedoras del Estado, generadas por las demás disposiciones que regulan su accionar en cualquier momento en el que actúan dentro del Sistema de Contrataciones Públicas:

Registro Nacional de Proveedores: la presentación de la documentación sustentatoria y la consignación de la información constituyen una obligación con calidad de Declaración Jurada, lo que implica que se aplica el Principio de Veracidad, en virtud del cual se entiende como veraz todo lo consignado, con la condición de que posteriormente se desarrolle fiscalización posterior a través de cruce de información y requerimientos de entrega de información con el objeto de contrastarla con la información consignada en diferentes sistemas administrativos. Ahora la vigencia del RNP es indeterminada, por lo que los procesos de fiscalización serán más exhaustivos y además se requiere que los proveedores actualicen su información legal, contable y económica. Estas obligaciones administrativas representan riesgos de las empresas que pretenden ser proveedores del Estado.

Como parte de las nuevas medidas de simplificación administrativa, las empresas que se presentan a un procedimiento de selección con el objeto de contratar con el Estado, sólo tienen que presentar una declaración jurada que posteriormente será contrastada con la información consignada en el RNP. Esta nueva medida constituye una obligación administrativa para la empresa, en el sentido que debe cuidar que la información que consigne en la declaración jurada debe ser exacta y veraz, ya que de lo contrario hasta se puede configurar un ilícito penal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa.

Condición de participante: ahora el Registro de Participantes es electrónico, lo que facilita muchísimo su acceso y su publicidad. Constituye una obligación administrativa de la empresa su registro en el Registro Electrónico de Participantes una vez que el proceso es convocado, con el propósito de que puedan ejercer su derecho de defensa y su derecho de contradicción en forma oportuna.

Condición de participante: deben cumplir con varias obligaciones administrativas relacionadas a la validación de las reglas de juego:

- a) adquirir o acceder a las bases y revisarlas concienzudamente con el objeto de detectar algún alcance que vulnere los Principios de la Contratación Pública, incumpla con alguna norma del Sistema de Contrataciones Públicas o inobserve alguna otra disposición normativa relacionada al objeto de la contratación.
- b) Formular consultas y/o observaciones, las que deben cumplir con ciertos requisitos formales y plazos de oportunidad, además de que deben ser fundamentadas, ya que de lo contrario podrían ser pasibles de configurar un supuesto de infracción.

Condición de postor: deben cumplir con varias obligaciones administrativas:

- a) Preparar su propuesta técnica cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y considerando alcanzar el máximo puntaje en la evaluación de propuestas y poder pasar la calificación del postor.
- b) Las propuestas técnicas y económicas deben incorporar una serie de documentos, información y formatos en calidad de declaración jurada, que posteriormente también son objeto de fiscalización posterior, lo que definitivamente genera muchos riesgos.
- c) Deben ser sometidos a la evaluación de propuestas técnicas con el objeto de asignar puntajes por cada factor de evaluación y poder encontrar a la oferta más ventajosa. Dicha evaluación se caracteriza por incluir en forma detallada muchas reglas, fórmulas y formas de acreditación, con el objeto de que sea lo más numéricamente contrastable y comprobable. Sin embargo, en la mayoría de los casos las impugnaciones contra el otorgamiento de la Buena Pro nacen en los errores que se cometen en forma involuntaria o intencional en la evaluación de propuestas.
- d) observar la evaluación de las de los demás, en razón a que no se vulneren las reglas procedimentales de evaluación en ninguna de ellas, lo que podría generar la necesidad de impugnar dicha evaluación.

- e) Una vez que su propuesta técnica y económica ha sido evaluada como la mejor o la más ventajosa, deben someterse a una calificación del postor ganador que está integrada por una verificación de la capacidad legal, en virtud de la cual se acredita la representación legal y su habilitación en la actividad económica. Asimismo, se califica la capacidad técnica y profesional, verificando el equipamiento, infraestructura y soporte, así como la experiencia del personal requerido, y finalmente también se califica la experiencia del postor. Esta calificación de postor con la oferta más ventajosa representa un riesgo importante, en tanto si no califica bajo estos parámetros, pierde su posición de mejor oferta y es excluido del procedimiento de selección.
- f) Como postores e inclusive como participantes también deben cumplir con una obligación administrativa al decidir interponer recurso de apelación contra la inadmisibilidad de una propuesta, contra haber perdido la Buena Pro o solicitando la declaración de nulidad. La interposición del referido recurso genera la exposición a muchos riesgos que también deberían ser mapeados y considerados para gestionarlos en forma eficiente y segura.

Condición de adjudicatario: el postor bien calificado con la oferta más ventajosa, es declarado ganador de la Buena Pro y se le adjudica el contrato. En ese momento, el adjudicatario debe cumplir con otras obligaciones administrativas:

- a) Debe reunir todos los requisitos necesarios para la suscripción del contrato en determinado plazo, cuyo incumplimiento resulta ser muchas veces configuración de infracción administrativa. Este riesgo debe ser muy bien calculado y considerado para efectos de prevenir la determinación de responsabilidad administrativa.
- b) Las empresas en su calidad de participantes, postores o adjudicatarios tienen la obligación administrativa de no estar incluida en algún impedimento de los establecidos en el artículo 11° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Ley N° 30225 y sus

modificatorias, lo que además de generar un vicio del proceso que puede afectar la validez del contrato, configura infracción administrativa. Asimismo, no deben intervenir en un procedimiento de selección si se encuentran con sanción vigente.

Anexo N° 03
Anexo documental (evidencias):