

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales: una demanda de la sociedad

The anti-corruption clause in the law of state contracting: a demand of society

Juan Carlos MORON URBINA*

RESUMEN: El presente estudio tiene por objeto esencial analizar desde la perspectiva estrictamente jurídica –despejado de cualquier atisbo propagandístico o político– los verdaderos alcances, sentidos, debilidades y fortalezas que presenta esta nueva cláusula obligatoria para los contratos antes señalados. Para ello nos vamos a servir fundamentalmente de la fuente internacional que creó, diseñó y ha recomendado la aplicación de esta figura, a partir de lo cual constataremos de qué manera ha sido incorporada en nuestro derecho de las contrataciones y haremos una prospección de la posible eficacia de esta medida.

PALABRAS CLAVE: pactos de integridad; cláusula anticorrupción; contratos de aprovisionamientos; contratos estatales; Ley de Contrataciones del Estado.

* Profesor de diversos cursos de derecho administrativo a nivel de pregrado y Maestrías en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de San Martín de Porres, y en la Universidad de Piura. Socio del Estudio Ehecopar. Contacto: <juancarlos.moron@ehecopar.com.pe>. Fecha de recepción: 07/05/2018. Fecha de aprobación: 11/08/2018.

ABSTRACT: The present study has as an essential objective to analyze from the strictly juridical perspective –without any propaganda or political insight– the true scopes, meanings, weaknesses and strengths that this new clause mandates for the aforementioned contracts. For this we are going to serve fundamentally of the international source that created, designed and has recommended the application of this figure, from which we will see how it has been incorporated into our contracting law and we will make a prospect of the possible effectiveness of this measure.

KEYWORDS: integrity pacts; anti-corruption clause; procurement contracts; state contracts; Government Procurement Law.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Nuestro país se mantuvo en incumplimiento internacional desde el 14 diciembre 2005, cuando entró en vigencia la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹, dado que no había regulado las medidas específicas para suprimir la vigencia de los contratos cuando éstos fueran consecuencia de actos de corrupción. Dicha obligación asumida voluntariamente por nuestro país, se encuentra prevista en el ordenamiento internacional de la siguiente manera:

Artículo 34.- Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Como lo explica la propia Oficina de las Naciones Unidas², conforme a los objetivos de la Convención contra la Corrupción de prevenir, reforzar el cumplimiento de la ley y la recuperación de activos, es muy importante preocuparse por los efectos de la corrupción. Por este motivo, en el artículo 34 de dicha Convención, se incluye la obligación general que tienen los Estados miembros, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno y de adoptar medidas concretas para eliminar las conse-

¹ Dicho instrumento internacional fue aprobado mediante Resolución Legislativa No. 28357.

² Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga Y El Delito, “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Segunda edición revisada, 2012, División Para Asuntos De Tratados, Viena Naciones Unidas, julio de 2012, p. 133.

cuencias de la corrupción, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros (por ejemplo proveedores o subcontratista del contratista). En este contexto, el artículo citado claramente indica, sin llegar a afirmar que sea un imperativo sino únicamente una propuesta razonable a valorar por cada Estado, que consideren a la corrupción como un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a: a) anular o dejar sin efecto un contrato; b) revocar una concesión u otro instrumento semejante; o c) adoptar cualquier otra medida correctiva (como puede ser el decomiso de los ingresos obtenido por el acto de corrupción, entre otros).

Por ello, una de las novedades más fervorosamente publicitadas contenidas en la reforma de la ley de contrataciones aprobada a través del Decreto Legislativo N° 1341 y luego, desarrollada en la modificación reglamentaria aprobada por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, fue la incorporación de la denominada “Cláusula anticorrupción” en los contratos de aprovisionamiento que suscriben las entidades públicas. De manera pronta esta figura fue acogida en la regulación de los contratos de asociación público privada y con bastante insistencia se plantea extenderlo, bajo sanción de nulidad a otros contratos estatales, siendo además que la consecuencia anulatoria se puede invocar en cualquier momento independientemente de la etapa en la cual se encuentre la ejecución del proyecto³.

El presente estudio tiene por objeto esencial analizar desde la perspectiva estrictamente jurídica –despejado de cualquier atisbo propagandístico o político– los verdaderos alcances, sentidos, debilidades y fortalezas que presenta esta nueva cláusula obligatoria para los contratos antes señalados. Para ello nos vamos a servir fundamentalmente de la fuente internacional que creó, diseñó y ha recomendado la aplicación de esta figura, a partir de lo cual constataremos de qué manera ha sido incorporada en nuestro derecho de

³ Por ejemplo, el Proyecto de Ley No 863/2016-CR “Ley que dispone la aplicación de la cláusula anticorrupción en los contratos de concesión de infraestructura y/o servicios, entre otros”.

las contrataciones y haremos una prospección de la posible eficacia de esta medida.

II. EL ORIGEN INTERNACIONAL: LOS PACTOS DE INTEGRIDAD Y LA CLÁUSULA ICC ANTICORRUPCIÓN

En el desarrollo internacional han surgido de manera convergente dos instrumentos recomendados desde la sociedad civil para incorporar al contrato público el fenómeno de la corrupción, generando compromisos recíprocos entre contratistas y entidades contratantes, previendo instrumentos de vigilancia para que este fenómeno no ocurra y si apareciese, pueda ser identificado y objeto de consecuencias jurídicas dentro del contrato mismo. Estos instrumentos o herramientas permiten incorporar al proceso de selección una discusión ética en la contratación, identificar los puntos de riesgos de corrupción posibles de darse en cada proceso y sus posibles antidotos, así como la rendición de cuentas concurrente a la largo de la ejecución contractual. No pueden entender como una garantía de ausencia de corrupción, pero sí de evitarla, ayudar a identificarla y darle un tratamiento intracontrato.

Por un lado tenemos los denominados “pactos de integridad” recomendados por Transparencia Internacional⁴ y, por el otro, la “cláusula anticorrupción” propuesta por la Cámara de Comercio Internacional.

A) LOS PACTOS DE INTEGRIDAD

Los “pactos de integridad” son acuerdos voluntarios suscritos entre todos los actores que intervienen directamente en un proceso de

⁴ TI creo el Pacto de Integridad, como herramienta que tiene como objetivo prevenir la corrupción en las compras públicas. Consultado en: <http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/integrity_pacts>

contratación (funcionarios y postores) para promover la transparencia, la equidad y la sostenibilidad en el proceso de selección y en la ejecución del contrato respectivo. Pero el pacto no es un mero documento contractual, es más que eso. Es un proceso que se inicia antes de la convocatoria a los postores y se prolonga durante la ejecución de las prestaciones contractuales; como bien se afirma, el pacto de integridad se construye progresivamente consistiendo en “una invitación a un cambio cultural voluntario, que convoca grupos determinados de ciudadanas y ciudadanos involucrados directamente en procesos específicos de contratación de recursos públicos (funcionarios y contratistas del Estado) a aceptar sistemas reguladores comunes ligados a un régimen de gratificaciones y castigos. Estos premios y sanciones están por encima del marco legal, pero le aportan valor agregado a este último desde la perspectiva de la ética”⁵.

Por medio del pacto quienes participan conjuntamente: i) construyen un mapa de los posibles puntos o eventos de corrupción posibles de acontecer al tipo de proceso y contrato; ii) explicitan las conductas específicas que deben las partes evitar para garantizar la honestidad y lealtad durante el desarrollo del proceso y la ejecución del contrato; iii) expresa las conductas deseables o esperables que deben procurarse para el desarrollo adecuado de la licitación, por ejemplo compromiso por parte de la entidad contratante de que sus funcionarios no exigirán ni aceptarán sobornos, regalos o pagos de ningún tipo y que aplicarán sanciones disciplinarias, civiles o penales en caso de infracción, la declaración por parte de cada licitante afirmando que no ha pagado, ni pagará sobornos o realizará ningún pago con el fin de conseguir una contratación, un compromiso por parte de cada licitante de que revelará todos los pagos efectuados en relación con la contratación en cuestión, la expresa aceptación por parte de cada licitante de que los compromisos y obligaciones con-

⁵ OSPINA ROBLEDO, Rosa Inés, “Experiencia de implementación sistemática de Pactos de Integridad”, en ZALAUQUETT, José y MUÑOZ, Alex (ed.), *Transparencia y Probidad Pública. Estudios de Caso en América Latina*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, enero 2008, p. 149.

tinuarán siendo de aplicación para el licitante seleccionado hasta la ejecución completa del contrato; iv) las sanciones que voluntariamente están dispuestos a autoaplicarse en caso de no cumplir con este acuerdo (por ejemplo compensaciones económicas, periodos de no contratación con el Estado), además de las consecuencias legales existentes ; por último, v) las partes señalan quién será el árbitro, testigo social o monitor que hará el seguimiento al proceso, recibirá las quejas de la otra parte y decidirá sobre si hubo o no una violación del Pacto.

Estos pactos se construyen por los intervinientes por medio de una conversación pública, abierta y transparente, siguiendo un proceso específico en cada caso, según las particularidades de cada país, de manera que no hay un modelo de acuerdo estándar universalmente recomendado, sino muchos según los países, realidades y tipos de proyectos.⁶

⁶ Para una visión europea de esta figura consultar ARRIBAS REYES, Esteban, “Pactos de Integridad: Tres Décadas De Experiencias En Europa Como Ejemplo Para Su Implementación En España”, R.I.T.I., núm. 1 Mayo-Agosto 2016. Ahí se expresa que: “El Pacto de Integridad implica, para una contratación específica, diseñar el proceso de manera que todas las partes involucradas se comprometan a una conducta íntegra, desde la identificación de la Administración de la necesidad de licitar, el proceso de toma de decisiones de la licitación, la redacción de los pliegos, procesos de selección de los licitadores, concesión y hasta la implementación del contrato. Las empresas licitantes hacen explícito por escrito su respeto a la libre competencia, absteniéndose de acuerdos colusorios, o de ofrecer o aceptar sobornos. Por su parte, la administración pública reitera la observancia de los principios de publicidad, transparencia, competencia, confidencialidad, igualdad de trato y no discriminación.

Bajo la supervisión de un monitor independiente, generalmente un grupo de personas expertas contratado o facilitado por una organización de la sociedad civil (por ejemplo, un capítulo local de Transparencia Internacional), el Pacto implica un seguimiento para comprobar que todas las partes signatarias respetan los compromisos asumidos y confiere más transparencia a los procesos de contratación exponiéndolos a la sociedad civil y del público en general. Cuanto mejor definidos estén los compromisos, mejores resultados se podrán obtener con un buen monitoreo. En definitiva, no se trata sólo de una declaración general de principios, sino de asegurar que los compromisos se cumplen.

E) LA CLÁUSULA DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL CONTRA LA CORRUPCIÓN

Por otro lado, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado, desde su fundación, un gran número de contratos y cláusulas modelo para que los interesados se puedan acoger y aplicar en sus transacciones que conforman, entre otros, lo que se ha venido en denominar el *softlaw*⁷, un derecho flexible o blando o simplemente pre-derecho caracterizado por reflejar la tendencia actual de determinados temas y, sin tener vigencia positiva, poseen una indudable fuerza promotora hacia cambios normativos para conformar paulatinamente verdaderas políticas públicas globales en varios sectores⁸

Una de estas recomendaciones es la conocida “Cláusula ICC contra la Corrupción” o simplemente “Cláusula anticorrupción”⁹, que se propone incluir en los contratos con el objetivo de “propor-

El Pacto de Integridad pretende, en un proceso de contratación específico, prevenir o evitar prácticas tales como la colusión, el prediseño y manipulación de ofertas, las modificaciones fraudulentas, el abuso de la urgencia, la información privilegiada o los conflictos de interés. Persigue los siguientes objetivos generales:

- Prevenir actividades corruptas e ilícitas
- Controlar que todas las partes cumplan con el contrato y compromisos asumidos
- Dar mayor transparencia al proceso de contratación pública e informar a la ciudadanía
- Resolver irregularidades y permitir que se apliquen sanciones a los actores que incumplan

⁷ SARMIENTO, Daniel, *El softlaw administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, Madrid, 2008.

⁸ FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo, “Globalización y derecho público: Introducción al derecho administrativo internacional”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz – Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2005, pp. 45-63. Consultado en: <www.juridicas.unam.mx>.

⁹ Véase la publicación ICC Número 740, “Cláusula ICC contra corrupción”. 2012, Cámara de Comercio Internacional (ICC). Consultado en: <<http://www.iccspain.org/clausula-icc-anticorrupcion/>>

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

cionar a las partes una disposición contractual que les garantice la integridad de sus contrapartes durante la etapa precontractual, mientras dure el contrato e incluso posteriormente”¹⁰.

Posee la virtud de incorporar al interior de la relaciones contractuales el fenómeno –normalmente exógeno o precedente de la corrupción– previendo medidas para que no se produzca, y, en caso de ocurrencia, dotar a las partes de instrumentos para su comprobación y adoptar las consecuencias jurídicas respecto de las relaciones obligacionales. De lo contrario, el contrato surgiría y se ejecutaría con prescindencia de su origen corrupto o de que en su ejecución alguna de las partes se haya conducido con desapego a la probidad. Busca de modo indirecto que no se produzcan los indeseables casos en que, externamente al contrato se procesen y sentencien actos corruptos pero el instrumento contractual se siga ejecutando sin inmutarse de ello. Recordemos la pertinente regulación de la Convención de la Naciones Unidas por la que es indispensable que los Estados Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adopten las medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, entre los cuales, se encuentra los procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante.

Precisamente la “cláusula anticorrupción” pone fin a esas vías paralelas y acaso contradictorias, incorporando al meollo contractual el problema de la corrupción suscitada con motivo del contrato. Como afirma Aymerich, despierta sorpresa, sospecha, deslegitimidad en “(...) la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos o tráfico de influencias (cuando) no se ve seguida, con carácter general, por la anulación y consecuencia liquidación de los contratos afectados ni tampoco del decomiso de las ganancias o beneficios derivados del mismo”¹¹.

¹⁰ *Cláusula ICC contra la corrupción*, p. 3.

¹¹ AYMERICH CANO, Carlos, *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Editorial Thom-

Mediante esta cláusula, las partes del contrato se brindan el compromiso recíproco de conducta de cero corrupción para lo cual asumen una serie de obligaciones de hacer conductas guiadas por la probidad durante los periodos precontractual, contractual y pos contractual, ofreciéndose bilateralmente mecanismos para verificar su cumplimiento y adicionalmente, se anticipan aceptando una gama de consecuencias correctoras distintas y graduales en caso se incurra en alguna transgresión a los deberes así contraídos, independientes de las responsabilidades penales o civiles que esos hechos puedan acarrear.

La Cláusula anticorrupción propuesta por la ICC¹² contiene cuatro elementos bien diferenciados:

- Compromisos de no haber incurrido, por medio de sus agentes o terceros sujetos a su influencia determinante en actos de corrupción durante el periodo precontractual o de formación del contrato, aunque se concreten posteriormente.¹³
- Compromisos de no corrupción durante el periodo posterior a la formación del contrato, vale decir las fases contrac-

son Reuters, Aranzadi, 2015, p. 44.

¹² “Las partes se comprometen a que, en la fecha de entrada en vigor del contrato, ni ellas, ni sus directores, funcionarios o empleados habrán ofrecido, prometido, entregado, autorizado, solicitado o aceptado ninguna ventaja indebida, económica o de otro tipo (o insinuado que lo harán o podrían hacerlo en algún momento futuro) relacionada de algún modo con el contrato y que habrán adoptado medidas razonables para evitar que lo hagan los subcontratistas, agentes o cualquier otro tercero que está sujeto a su control o a su influencia determinante”

¹³ En el desarrollo práctico de esta cláusula, las partes suelen también extender su alcance para referirse al compromiso de no haber incurrido en acto de corrupción indistintamente si se ha incurrido o no en la gestación del contrato en particular en que se incluye la cláusula, no referirse a no haber realizado actos de corrupción sino a “no tener conocimiento que sus representantes hayan incurrido en ello”, a que no tienen conocimiento de ser objeto al momento de la firma o de no serlo en un futuro inmediato de investigaciones administrativas o penales por estos hechos, entre otras.

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

tual y post contractual, que comprenden deberes de hacer y no hacer del mismo contratista respecto de sus funcionarios y servidores y respecto a los terceros bajo control o sujetos a su influencia determinante, como son consultores, subcontratistas, abogados, contadores, entre otros (párrafo 2).¹⁴ Este compromiso de no corrupción en la fase contractual

¹⁴ “Las partes acuerdan que, en todo momento en relación con el contrato, y a lo largo de su vigencia y posteriormente, cumplirán, y adoptarán medidas razonables para asegurarse de que sus subcontratistas, agentes u otros terceros sujetos a su control o a su influencia determinante también lo hagan, las disposiciones siguientes

Párrafo 2.1.- Las partes prohibirán las siguientes prácticas en todo momento y en cualquier forma, con relación a funcionarios públicos a nivel internacional, nacional o local, partidos políticos, funcionarios de un partido o candidatos para un cargo político, y directores, funcionarios o empleados de una parte, ya sea que estas prácticas se lleven a cabo de forma directa o indirecta, incluyendo a través de terceros:

a) Soborno es el ofrecimiento, promesa, entrega, autorización o aceptación de cualquier dádiva monetaria indebida o de cualquier otro beneficio o ventaja para, a través de, o llevada a cabo por cualquiera de las personas listadas arriba, o cualquier otra persona, con el fin de obtener o retener un negocio o cualquier otro beneficio o ventaja inapropiada; por ejemplo, las relacionadas con la adjudicación de contratos de entidades públicas o privadas, permisos regulatorios, asuntos de impuestos, aduanas o procedimientos judiciales y legislativos.

El soborno con frecuencia incluye:

(i) el compartir parte del pago de un contrato adjudicado, ya sea con el gobierno, funcionarios de partidos o empleados de la otra parte contratante, o sus parientes, amigos o socios comerciales o

(ii) utilizar intermediarios tales como agentes, subcontratistas, consultores u otros terceros, para canalizar pagos al gobierno o funcionarios de partidos, o a empleados de la otra parte contratante, sus parientes, amigos o socios comerciales.

b) Extorsión o instigación al delito es la exigencia de un soborno o pago, ya sea que se acompañe o no de una amenaza ante la negativa a proporcionar lo exigido. Cualquier intento de instigación o extorsión deberá ser rechazado por las partes y se les exhorta a reportar tales intentos a través de los mecanismos de reporte formales o informales que estén disponibles, a menos que tales reportes se consideren contraproducentes bajo circunstancias específicas

c) Tráfico de Influencias es el ofrecimiento o requerimiento de una ventaja indebida con el fin de ejercer influencia inapropiada, real o supuesta, sobre un

y post contractual implica asegurarse que no hayan estas prácticas corruptas en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, tales como para “la obtención de licencias o autorizaciones oficiales, superación de pruebas de funcionamiento, o inspección de mercadería o instalaciones”¹⁵, obtención de conformidades, aceptación de valorizaciones, aceleramiento de pagos, formación de prestaciones adicionales, etcétera.

Incorporación de varios mecanismos de verificación recíproca para constatar la existencia de estas prácticas y las medidas correctivas para el caso de producirse el incumplimiento.¹⁶

funcionario público, con el objeto de obtener un beneficio o ventaja indebida para el instigador del acto o para cualquier otra persona.

d) Lavado del producto de las prácticas antes mencionadas es el ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito, de la fuente, ubicación, disposición, movimiento o titularidad de una propiedad, con conocimiento de que tal propiedad es producto del delito.

“Corrupción” o “Práctica(s) Corrupta(s)”, tal como se utiliza en esta cláusula de ICC contra la corrupción, incluye el soborno, la extorsión o instigación al delito, el tráfico de influencias y el lavado de dinero del producto de estas prácticas.

Párrafo 2.2.- En relación a terceros bajo control, o sujetos a determinante influencia de una Parte, incluyendo pero no limitado a agentes, consultores para el desarrollo de negocios, representantes de ventas, agentes aduanales, consultores generales, revendedores, subcontratistas, franquiciatarios, abogados, contadores o intermediarios similares, que actúen a nombre de la Parte en relación con comercialización o ventas, en la negociación de contratos, en la obtención de licencias, permisos u otras autorizaciones, o en relación con cualquier acción que beneficie a la Parte, o como subcontratistas en la cadena de suministro, las Partes deben instruirles para que no se involucren ni toleren ningún acto de corrupción; no utilizarlos como conducto para cometer algún acto de corrupción; contratarlos solo en la medida necesaria para el desarrollo normal del negocio de la Parte; y no pagarles una remuneración mayor a la apropiada por los servicios que legítimamente le presten.

¹⁵ “Cláusula ICC contra la corrupción”, p. 11.

¹⁶ *Ibidem*, Párrafo 3.

Si una de las partes, como resultado del derecho a realizar una auditoría acordado contractualmente, si lo hubiera, de los libros de contabilidad y los

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

Respecto de esto último, podría llamar la atención, desde la perspectiva de la cláusula peruana, que se pueda hablar de más de una medida correctiva en caso de producirse un acto de corrupción; pero sucede que la fórmula aspira a comprender diversos modos, impactos y ejercicios de esa corrupción y buscar compatibilizarlo con el interés general de poder llevar a cabo el objeto contractual a tiempo, para lo cual puede verse afectado si una resolución contractual fuera el único camino. No se considera lo mismo un acto de corrupción efectuado por el contratista para hacerse del contrato en un acto de corrupción realizado por un subcontratista –en la fase de ejecución del contrato- para obtener a tiempo una licencia de explosivos y poder realizar la demolición comprometida dentro del calendario de la obra. Si bien ambos ameritan la reacción penal, en el segundo caso no parece razonable impactar del mismo modo dentro de un contrato destinado a construir un hospital cuyo estado de avance es el 90%.

Como bien dice la ICC de considerar como único efecto destruir el contrato en relación con la impropiedad: “(...) la cláusula está redactada con el propósito de alcanzar el equilibrio entre el interés de las partes de evitar la corrupción y su necesidad de garan-

registros financieros de la otra parte, o de otra forma, aporta pruebas de que esta última ha participado en un incumplimiento material o repetitivo de los Párrafos 2.1 y 2.2 anteriores, lo notificará a esta última parte en consecuencia y le exigirá que adopte las acciones correctoras necesarias en un plazo razonable y que le informe de dichas acciones. Si esta última parte no adopta las acciones correctoras necesarias, o si éstas no son posibles, puede invocar su defensa probando que en el momento en el que surgió la prueba del incumplimiento o incumplimientos, había instaurado las adecuadas medidas preventivas contra la corrupción, como se describen en el Artículo 10 de las Reglas de ICC para combatir la corrupción, de 2011, adaptadas a sus circunstancias particulares y capaces de detectar la corrupción y de fomentar una cultura de la integridad en su organización. Si no se adoptan acciones correctoras o, según sea el caso, no se invoca de manera eficaz la defensa, la primera parte puede, a su discreción, suspender el contrato o resolverlo, entendiéndose que todos los importes contractualmente debidos en el momento de la suspensión o la resolución del contrato continuarán siendo pagaderos, en la medida en que lo permita la ley aplicable.

tizar la consecución de los objetivos del contrato. La Cláusula se construye sobre la doctrina de la buena fe, la presunción de inocencia, la cooperación entre las partes y la idea de que muchas prácticas ilícitas pueden corregirse sin poner fin a la relación contractual¹⁷. Por eso en algunos casos se pactan penalidades contractuales adicionales, mayores intereses o pérdida del beneficio del plazo para cancelar el crédito (en contratos financieros), deber de indemnizar o dar indemnidad a la otra parte en caso resulte afectada, derecho de la otra parte a no contratarlo durante algún tiempo, entre otras.

Las formas de solución de controversias en caso de incumplimiento de los diversos deberes que apareja la cláusula anticorrupción que actúan independientemente de las vías penales, disciplinarias y civiles que estos hechos puedan acarrear.¹⁸

En el plano práctico, esta cláusula modelo recomendada ha dado lugar a diversas variantes según lo acuerdan las partes en los contratos de derecho común o comercial, ejerciendo su libertad estipulativa. Así podemos establecer como principales expresiones de la misma las siguientes:

- Las cláusulas anticorrupción *estricto sensu* (solo se activan cuando alguna de las partes contratantes incurren estrictamente en alguno de los supuestos de hecho constitutivos del elemento material del delito de corrupción) y, por otro lado, las cláusulas anticorrupción *lato sensu*, que son las que activan cuando se incurre en uno o más de los elementos materiales de uno o más delitos que se juzgan relevantes y afines al de la corrupción (ej. lavado de activos, concusión, tráfico de influencias, etcétera.)
- Las cláusulas anticorrupción retrospectivas, esto es, aquellas que asumen alguna consecuencia contractual si se comprobare que una de las partes se condujo con anterioridad a su celebración de manera impropia) y las cláusulas anticorrupción

¹⁷ Cláusula ICC contra la corrupción, p. 9.

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 4.

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

prospectivas, que se refieren al compromiso de no incurrir en actos impropios en sus acciones a futuro sin serle relevante las conductas preexistentes no descubiertas a la fecha.

- Las cláusulas anticorrupción de tipo específicas, cuyo alcance se refieren únicamente a que la hipótesis de corrupción se haya producido o produzca en el marco de la ejecución o formación del propio contrato que contiene la cláusula) y las cláusulas anticorrupción de orden general, que se caracterizan porque el contrato asume la contingencia de cualquier acto de corrupción del contratante, anterior o posterior, producido en cualquier otra actividad u contrato que haya desarrollado.

- Las cláusulas anticorrupción destructivas del contrato, cuando el efecto de incurrir en esta acto impropio permite resolver de modo unilateral y automático a la otra parte contractual, y, por otro lado, las cláusulas anticorrupción compulsivas sobre el corruptor, que son las que sin involucrar la resolución del contrato, sí asumen otras consecuencias gravosas para el actor de la corrupción, tales como la asunción de penalidades, quedar obligado a darle cobertura de indemnidad absoluta a la contraparte, producir el vencimiento anticipado de los plazos para el pago de la deuda, etcétera.

- Las cláusulas anticorrupción que se activan exclusivamente con la comisión del acto corrupto, o bien con la condena del mismo o anticipan el deber de información a la contraparte del riesgo inminente de ser comprometido en alguna investigación por estos hechos o que se adopten sobre su patrimonio medidas de coerción, embargo o que dificulten su capacidad de crédito.

- Las cláusulas anticorrupción que involucran consecuencias en el contrato por hechos incurridos por la parte contratante (contratista, la empresa consorciada, sus accionistas y gerentes directos) y, por otra lado, las cláusulas anticorrupción que extienden las consecuencias contractuales aun si el acto impropio es cometido por terceros pero bajo su deber de vi-

gilancia (por ejemplo subcontratistas, representantes legales, trabajadores).

II. ANTECEDENTES LOCALES: EL PACTO DE INTEGRIDAD VIGENTE DEL 2000-2006 Y LAS CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN INCLUIDAS EN LAS CONCESIONES DEL SECTOR ENERGÉTICO

Ciertamente, aunque así ha sido presentada, la Cláusula anticorrupción incorporada por la reciente reforma no ha sido pionera en los esfuerzos del incorporar al plexo de las relaciones contractual el fenómeno de los corrupción.

El primer planteamiento coherente fue dado a través de lo que se denominó el “Pacto de integridad”¹⁹ como instrumento de control interno exigido por la Contraloría General de la República durante el periodo 2000-2006 y que fue creada mediante la Resolución de Contraloría General No. 123-2000-CG publicada el 01 de julio de 2000²⁰. Dicha norma modificó las Normas Técnicas de Control

¹⁹ El Pacto de Integridad es una recomendación de Transparencia Internacional que pretende, en un proceso de contratación específico, prevenir o evitar prácticas tales como la colusión, el prediseño y manipulación de ofertas, las modificaciones fraudulentas, el abuso de la urgencia, la información privilegiada o los conflictos de interés. Persigue los siguientes objetivos generales:

- » Prevenir actividades corruptas e ilícitas
- » Controlar que todas las partes cumplan con el contrato y compromisos asumidos
- » Dar mayor transparencia al proceso de contratación pública e informar a la ciudadanía
- » Resolver irregularidades y permitir que se apliquen sanciones a los actores que incumplan esos principios.

Consultado en: <<http://integridad.org.es/proyecto-integridad/integridad-en-la-contratacion-publica/>>.

²⁰ Vigente hasta la aprobación de las nuevas Normas de Control Interno mediante la Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG de publicada el 03/11/2006. Pese a ello, mediante la Resolución N° 044/2007.TC-SU del

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

Interno para el Sector Público y lograr incorporar así, la exigencia de que las bases en todo proceso de contratación contengan un Pacto de Integridad entre los postores y las entidades.²¹

Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado interpreto que no obstante la derogación expresa correspondía a la Entidad evaluar la pertinencia de mantener dicho requerimiento para la presentación de propuestas o para la suscripción del contrato.

²¹ 700-06 Contrataciones Y Adquisiciones De Bienes, Servicios Y Obras.

La dirección de las entidades deben implantar mecanismos para asegurar que los procesos de contratación y adquisición se ajusten a la normativa de la materia y a los principios de transparencia y de integridad.

Comentario:

⁰¹. La transparencia en la contratación y adquisición, implica la obligación de las entidades de brindar información a la ciudadanía, respecto a la conducción de los procesos de selección así como respecto a la ejecución y resultado de las transacciones, a fin de brindar elementos para la evaluación de la gestión pública, a través de la publicidad de estas adquisiciones y contrataciones.

⁰². Las entidades deben implementar mecanismos para asegurar los principios que rigen la transparencia, moralidad, imparcialidad, la probidad y libre competencia en la contratación y adquisición de bienes, servicios y obras, entre otros:

(...)

* Las Bases Administrativas de todo proceso de contratación debe exigir la suscripción de Pactos de Integridad o compromiso de no soborno, entre la entidad y los máximos representantes de cada uno de los postores.

A través del Pacto de Integridad los postores recíprocamente reconocen la importancia de aplicar los principios que rigen los procesos de contratación; confirman que no han ofrecido u otorgado, ni ofrecerán u otorgarán, ya sea directa o indirectamente a través de terceros, ningún pago o beneficio indebido o cualquier otra ventaja inadecuada, a funcionario público alguno, o a sus familiares o socios comerciales, a fin de obtener o mantener el contrato objeto de licitación, concurso o adjudicación; y no haber celebrado o celebrar acuerdos formales o tácitos, entre los postores o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia. El Pacto de integridad, a su vez contiene el compromiso de la entidad de evitar la extorsión y la aceptación de sobornos por parte de sus funcionarios.

El incumplimiento del pacto de integridad por los postores o contratistas generará inhabilitación para contratar con el Estado, sin perjuicio de las responsabilidades emergentes; y respecto de los funcionarios de las entidades, las sanciones derivadas de su régimen laboral.

Dicha norma técnica exigía a todas las entidades que sus bases de procesos de selección se contemple, por parte del contratista y de ella misma, la necesaria suscripción de Pactos de Integridad o compromiso de no soborno. Por medio de ese pacto los postores recíprocamente:

- Reconocían la importancia de aplicar los principios que rigen los procesos de contratación
- Confirmaban que no han ofrecido u otorgado, ni ofrecerán u otorgarán, ya sea directa o indirectamente a través de terceros, ningún pago o beneficio indebido o cualquier otra ventaja inadecuada, a funcionario público alguno, o a sus familiares o socios comerciales, a fin de obtener o mantener el contrato objeto de licitación, concurso o adjudicación
- No haber celebrado o celebrar acuerdos formales o tácitos, entre los postores o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia.

Por su lado, el Pacto de integridad, contenía el compromiso de la entidad de evitar la extorsión y la aceptación de sobornos por parte de sus funcionarios. El incumplimiento del pacto de integridad por los postores o contratistas generaría para los postores o contratistas inhabilitación para contratar con el Estado, sin perjuicio de las responsabilidades emergentes; y para los funcionarios de las entidades, las sanciones derivadas de su régimen laboral.

Es digno de resaltar de esta iniciativa, para luego contrastarla con el modelo actual, algunas de sus notas características: la reciprocidad de las obligaciones de no corrupción, la aceptación de las responsabilidades para cada una de las partes, la inclusión de deberes de no realizar acciones indebidas más allá de la corrupción, como es no haber celebrado o celebrar pactos colusorios con los demás postores. Aunque a diferencia del modelo internacional de pacto de Integridad, vale la pena reconocer que este instrumento se convirtió en una declaración jurada que firmaban únicamente todos los postores frente a las entidades convocantes y se incluía en su

oferta, carecía de una instancia arbitral para resolver los casos de incumplimientos y un monitoreo independiente del cumplimiento del acuerdo así como de instrumentos de verificación de las partes sobre la otra.

Con posterioridad a ello, surgieron en el ámbito de los contratos de concesión del sector energético algunas reglas contractuales que nos anticipan la cláusula anticorrupción aprobada con posterioridad. Como veremos a continuación, este clausulado, estaba estructurado por medio de varios extremos concordados del contrato, en el que primero el concesionario declaraba con carácter solemne a la fecha de cierre que ni él, ni ninguno de sus accionistas, socios o Empresas Vinculadas, ni cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, ni intenta pagar o recibir u ofrecer en el futuro ningún pago o comisión ilegal en relación con la Concesión, el contrato o el concurso. Consecuentemente, en el mismo contrato, se incluía otra cláusula en donde las partes aceptaban que el contrato se podía resolver por culpa del concedente si alguna de las declaraciones incluidas en el contrato devenía en falsos, para lo cual bastaba la declaración del concedente.

Así apareció reflejado por ejemplo, en el Contrato de Concesión “Mejoras de seguridad energética del país y desarrollo del gasoducto sur peruano”, de mayo del 2014²²:

Cláusulas 5.1.- Declaraciones del concesionario

El concesionario garantiza al Concedente, en la fecha de cierre, la veracidad de las declaraciones contenidas en esta cláusula:

5.1.6. Pago indebido

Que el concesionario, ninguno de sus accionistas, socios o Empresas Vinculadas, ni cualquiera de sus respectivos directores, funcio-

²² Anteriormente a este contrato, esta cláusula fue usada en los contratos vinculados con el proyecto Camisea, tales como los Contratos *BOOT* para la Concesión de Transporte de Gas Natural por ductos de Camisea al City Gate, el de Concesión de Transporte de Líquidos de Gas Natural por ductos de Camisea a la Costa y Contrato de Concesión de la Distribución de Gas Natural por Red de Ductos en Lima y Callao

narios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, ni intentado pagar o recibir u ofrecer, ni intenta pagar o recibir u ofrecer en el futuro ningún pago o comisión ilegal en relación con la Concesión, el contrato o el concurso. Cláusula 20.1. La Terminación de la concesión ocurrirá por las siguientes causales:

c) Resolución de contrato de acuerdo al literal e) del artículo 39 del TUO y literal d) del Artículo 45 y artículo 58 del Reglamento, que será declarada por el concedente, conforme a la cláusula 20.2 por las siguientes causales:

6) La falsedad de cualquiera de las declaraciones y garantías efectuadas por el concesionario o por el operador precalificado, según corresponda, conforme a lo establecido en el presente contrato, en el concurso o durante la ejecución del contrato.

Como se puede apreciar, esta fórmula si bien conecta con el Pacto de Integridad en el objetivo de incorporar al contrato el tratamiento del pago indebido (no otras conductas), tiene como variante significativo ser sólo una causal más de resolución del contrato por culpa del concesionario, y no aspiraba a ser una herramienta que se construyera para generar confianza para ambas partes, pues solo contiene un único deber de anticorrupción (no realizar pagos indebidos relacionados con el proyecto), carecer de un veedor independiente, un árbitro que defina la existencia o no de incumplimiento.

Finalmente, el precedente inmediato a la formula actual, fue el “Informe de la Comisión Presidencial de Integridad de fecha 4 de diciembre de 2016, cuya recomendación 39 fue precisamente la incorporación de esta cláusula, en los siguientes términos:

“38. Asegurar que todos los contratos de las grandes obras públicas de infraestructura cuenten con cláusulas anticorrupción”.

En nuestra opinión, esta propuesta carecía de dos limitantes importantes: no dar un contenido mínimo o aspiracional a lo que se referían como cláusula anticorrupción y solo plantearlo para los

grandes obras públicas y no para todos los contratos estatales, como correspondería.

III. EL ALCANCE DE DERECHO POSITIVO DE LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN

La cláusula anticorrupción es exigible normativamente, aunque con matices, en dos familias de contratos: los de aprovisionamiento y los de asociación público privada.

A) LOS CONTRATOS DE APROVISIONAMIENTOS (LCE Y SU REGLAMENTO-BASES ESTÁNDAR)

En los contratos de aprovisionamientos (obras, arrendamiento, adquisición de bienes, prestación de servicios, consultorías, seguros y mixtos) que suscriban las entidades estatales con recursos públicos, es indispensable incluir expresamente la denominada cláusula anticorrupción. Es una exigencia de orden público, por lo cual, la omisión de la misma, invalida el contrato que se suscriba en esos términos. La normativa lo hace exigible a partir de la propia Ley de Contrataciones del Estado remitiendo su contenido al reglamento, quien desarrolla su contenido mínimo y luego es recogido expresamente en las bases estándar que aprueba el OSCE.

Las normas pertinentes son las siguientes:

Decreto Legislativo N° 1341.

Artículo 32. El Contrato

32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.

Artículo 40. Responsabilidad del contratista

40.5 En todos los casos, los contratos incluirán una cláusula de no participación en prácticas corruptas, conforme al numeral 32.3 del artículo 32 de la presente Ley, bajo sanción de nulidad.

Decreto Supremo N° 056-2017-EF que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225.

Artículo 116.- Contenido del Contrato

116.2. El contrato debe incluir, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: (i) Garantías, (ii) Anticorrupción, (iii) Solución de controversias y (iv) Resolución por incumplimiento.

116.4. Cláusulas Anticorrupción

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, todos los contratos deben incorporar cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas deben tener el siguiente contenido mínimo:

a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.

c) El compromiso del contratista de: (i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y (ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.

B) LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Por su lado, el ordenamiento de los contratos de Asociación Público Privada, mediante la modificatoria incorporada por el Decreto Supremo N° 068-2017-EF publicado el 28 de marzo de 2017, extendió a su ámbito la exigencia de esta cláusula anticorrupción, en los siguientes términos:

Artículo 61 A.- Cláusula Anticorrupción

En el diseño de la versión del contrato durante la fase de Estructuración, se debe incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad.

Artículo 63.- Terminación

(...)

63.3. Cuando el contrato termine por causa imputable al inversionista derivado de la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo contrato, no procede indemnización a favor del inversionista, por concepto de daños y perjuicios.

Como se puede apreciar, respecto a la cláusula insertada en los contratos de aprovisionamiento, aquí la norma no describe un contenido mínimo de aquellos compromisos que deben asumirse por esta cláusula ni sus alcances operativos. Esa discrecionalidad abierta a cada entidad para poder definir el alcance, procesamiento y efectividad de la cláusula resulta contraria al efecto deseado por la cláusula misma. Lo que sí es evidente, al igual que en el otro gru-

po de contratos, nos encontramos frente a una cláusula destructiva del contrato, en la medida que su único efecto es incluir una causal de conclusión nueva a estos contratos por culpa del concesionario. En esa línea, el artículo 63.3 considera que en caso de aplicarse la cláusula el concesionario no tendrá derecho a indemnización por la terminación del contrato.

C) LAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN

La cláusula de anticorrupción modelo peruano tiene por características jurídicas:

- Ser una cláusula de *orden público*,
- Tiene un contenido mínimo reglado por la normativa (en el caso de los contratos de aprovisionamiento mas no en los de asociación publico privada)
- Imponer obligaciones unilaterales únicamente al contratista,
- Conducir a consecuencias destructivas del contrato

Nos encontramos a una cláusula de orden público, esto es, de ineludible inclusión en los contratos de aprovisionamiento. Ni las entidades ni los particulares pueden excluirlo o modificarlo total o parcialmente en el contrato suscrito, para lo cual deben atenerse a los modelos de contratos incluidos en las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE. En este caso, no pueden crearse reglas individuales sobre esta cláusula anticorrupción. A ello se refiere el artículo 40.5 cuando expresa que “En todos los casos, los contratos incluirán una cláusula de no participación en prácticas corruptas, conforme al numeral 32.3 del artículo 32 de la presente Ley, bajo sanción de nulidad”. Nótese que a falta de inclusión de la cláusula en un determinado contrato no será posible sostener que la cláusula ha sido incluida *ope legis*, por cuanto la voluntad legal ha sido expresa-

mente que se le incluya en el contrato expresamente. De otro lado, si será posible que las partes pacten la modificación de la contenido de la cláusula incluida en el reglamento de la ley pero únicamente para incluir más elementos o realizar precisiones adicionales, sin desnaturalizarla o restringir su alcance, por cuanto el artículo 116.4 del Reglamento indica que lo expuesto en este artículo es un contenido “mínimo” de la cláusula.

Una segunda característica de la cláusula es que su contenido viene predeterminado por la norma reglamentaria y concretada en las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE, de modo que no se trata de una cláusula implícita ni de libre negociación entre las partes. En efecto, es la normativa que exige su incorporación en cada contrato y esta es la que determina su contenido mínimo. Precisamente, este contenido comprende 4 (cuatro) compromisos anticorrupción respecto del contrato específico en cabeza del contratista:

- Compromiso de no corrupción en la fase formativa del contrato: consistente en la “declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”.
- Compromiso de no corrupción en la fase de ejecución del contrato: cuando se le hace declarar al contratista que asume la “la obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas”.
- Compromiso de denuncia de actos ilícitos o corrupción que

conociera: cuando se le hace declarar que va a “comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento”.

- Compromiso de medidas de *compliance*: cuando afirma que el contratista va a “adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”

Como se puede apreciar, de la revisión del contenido de la cláusula regulada, es nítido que únicamente se imponen obligaciones unilaterales bajo responsabilidad de contratista y no a ambas partes del contrato, como es el modelo de la ICC al contratista. En vez de promover a las partes la confianza en la conducta proba, parece sustentarse en la desconfianza hacia el contratista. La carga hacia el contratista de los deberes no solo muestra un desequilibrio en su concepción, pues aun, cuando se trate de situaciones fuera de su control, se le hace recaer la consecuencia. Es así, que la entidad no solo no se ha comprometido a que controlará a su personal para que realice propuestas indebidas al contratista, sino que cuando esto suceda, será el contratista el llamado a cumplir su deber de denuncia, bajo amenaza de poder cancelar el contrato.

En cuanto estas obligaciones, cabe advertir que, pese a la gravedad de las consecuencias de su incumplimiento, el reglamento no ha sido suficientemente claro en los deberes específicos que algunos de estos compromisos conllevan, y tampoco las bases estandarizadas lo esclarecen. En el caso del compromiso de no corrupción en la fase de ejecución del contrato, cuando el contratista se obliga a “no cometer actos ilegales”, estamos frente a una cláusula extensa que cubre la corrupción pero también más situaciones incorrectas, por lo que no queda claro a qué supuestos se está refiriendo exactamente, además del supuesto claro de cometer actos de corrupción. Por ejemplo podría considerarse una transgresión a este deber una subcontratación indebida, un cambio de personal no autorizado, dejar de anotar un incidente en el cuaderno de obra, entre otros.

Por otro lado, en el caso del compromiso de denuncia de “actos ilícitos” (además de los actos de corrupción) que conociera, ¿a qué casos se refiere este deber de denunciar “actos ilícitos”?, ¿a quién se considera como autoridad competente para plantear la denuncia?, ¿cuándo se considera que se ha realizado de manera oportuna? Finalmente respecto al compromiso de “adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiados para evitar los referidos actos o prácticas”, ¿cuándo se considerara que serán “apropiadas”? ¿Cuáles serán esas medidas técnicas, organizativas y o de personal? ¿Se refiere a un programa de cumplimiento y de ser el caso, de que intensidad? ¿Es obtener la certificación ISO 37001, Sistemas de Gestión contra el soborno?

Todas estas dudas generarán problemas de aplicación y de interpretación concretas que serán de difícil resolución y pueden generar más de un inconveniente para la eficaz ejecución contractual.

Por último, la cláusula anticorrupción tiene consecuencias destructivas del contrato, con lo cual se puede afectar irrazonablemente el cometido de los servicios y funciones públicas que se pretenden alcanzar mediante los bienes, servicios, obras y proyectos que se contratan. En efecto, el artículo 116.4., a este respecto indica:

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.

Esta consecuencia resolutive pondrá en manos de la propia administración calificar si el contratista ha transgredido la cláusula, declarar unilateralmente la resolución del contrato, ejecutar la garantía del fiel cumplimiento del contratista y conducirlo a un procedimiento sancionador en búsqueda de su inhabilitación dado que se habrá configurado una infracción sancionable en vía admi-

nistrativa. Aparentemente esta norma presenta un vacío, porque no indica qué sucede cuando el contratista incumple su compromiso anticorrupción en la fase de preparación del contrato, esto es, cuando de modo directo o indirectamente, o “a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas, han ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”.

Aquí, la respuesta nos la ofrece una regulación superpuesta para el mismo supuesto de hecho contenida en la misma norma; la potestad de nulidad de oficio del contrato contenida en los artículos 44 de la Ley y 122 del Reglamento, en los siguientes términos:

Artículo 44. Declaratoria de nulidad

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

Artículo 122.- Nulidad del Contrato

122.3. La acreditación a la que hace referencia el literal f) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley se efectúa mediante sentencia judicial consentida o ejecutoriada o cuando se hubiera admitido y/o reconocido expresamente cualquiera de las circunstancias referidas en dicho literal.

La lectura conjunta de ambas disposiciones nos hace interpretar que el incumplimiento de la cláusula anticorrupción conduce a dos consecuencias destructivas distintas del contrato: la nulidad si se hubiese transgredido el compromiso de no soborno durante

la fase de formación del contrato y la de resolución contractual, si se hubiesen transgredido cualquiera de los otros compromisos del contratista. Ello parece tener sentido, con la posición doctrinaria asumida en nuestro ordenamiento que la nulidad funciona para sanear vicios formativos del contrato, mientras que la resolución se aplicaría para las causales acontecidas en la ejecución del contrato y de naturaleza obligacional. Lo que carece de sentido es que para proceder la declaración de la nulidad del contrato, el artículo 122.3 del reglamento exija a la administración contar primero con una sentencia definitiva o un reconocimiento judicial del ilícito, mientras que lo mismo no se exige para la otra consecuencia destructiva: la resolución administrativa del contrato en manos de la contratante.

Esta contradicción implica una disyuntiva de difícil solución. Si como hace la norma, se exige necesariamente una sentencia condenatoria previa para ejercer la potestad anulatoria del contrato ante la transgresión de la cláusula, virtualmente estamos esterilizando cualquier utilidad al pacto antisoborno para los contratos de aprovisionamiento, que como sabemos su duración máxima será de tres años. Es decir, cualquier sentencia definitiva en esta materia será obtenida con mucha probabilidad luego de extinguido el contrato administrativo. Esto es, la cláusula anticorrupción pierde cualquier utilidad práctica. Pero por otro lado, si se permite que sea la administración contratante la que ejerza directa y unilateralmente la potestad resolutoria por incumplimiento de la cláusula anticorrupción en la fase de ejecución contractual, se le está dando la capacidad de poder calificar por sí y ante la posibilidad de haber incurrido o no en un acto delictivo, sin contar para ello, con una decisión judicial competente.

IV. LAS DIFERENCIAS MÁS NOTABLES ENTRE LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN ICC Y LA DENOMINADA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Una comparación entre la cláusula anticorrupción nacional con la fuente internacional que le ha dado origen, nos permite constatar algunas imperfecciones al modelo:

- La cláusula anticorrupción nacional solo está referida a la comisión del delito de corrupción, mientras que la cláusula ICC comprende y asigna un tratamiento también la comisión de delitos de extorsión o instigación del delito, tráfico de influencias y lavado de dinero
- Es una cláusula unidireccional (el contratista se compromete frente a la entidad únicamente), mientras que en el modelo original estamos frente a un clausulado mutuo, recíproco, bilateral, en que ambos se comprometen; lo que tenemos es un compromiso absoluto pero unilateral: el contratista se compromete con la entidad, pero la entidad no. Es más, en el mismo compromiso se asume que es posible que reciba presiones de corrupción de los funcionarios, pero aun así, se le hace soportar al contratista la carga de reportarlo y denunciarlo, bajo la consecuencia de resolverle el contrato.
- Asimila los deberes asumidos por el contratista respecto de su propio personal y representantes con los deberes asumidos por el contratista respecto de terceros, exponiendo al contratista a mayores riesgos aun respecto de terceros sobre los cuales no posee control jerárquico. En efecto, en la cláusula anticorrupción ICC se distingue el deber del contratista de responder por sus subalternos respecto del accionar de terceros sin relación de dependencia (abogados, consultores, y demás intermediarios). Respecto de estos últimos “no se exige a las partes que prevengan por todos

los medios que ninguno de sus subcontratistas, agentes o terceros, sujetos a su control o a su influencia determinante, cometan ningún tipo de práctica corrupta”; respecto de ellos solo se exige al contratista haber adoptado medidas razonables para que no cometan dichos actos, esto es, “basándose en una evaluación periódica de los riesgos a los que se exponen, instauraran un programa corporativo eficaz de cumplimiento, adaptado a sus circunstancias particulares; ejercerán, basándose en un enfoque estructurado de gestión de riesgos, la apropiada diligencia debida en la selección de subcontratistas, agentes u otros terceros sujetos a su control o influencia determinante; y formaran sus directivos, funcionarios y empleados en consecuencia”²³. Del mismo modo, implicara el deber para el contratista de “indicar a los subcontratistas, agentes y otros terceros que no se incurrirá, ni se tolerara que ellos incurran, en ninguna practica corrupta, no utilizarlos como vehículo para prácticas corruptas; contratarlos solo en la medida necesaria para el desarrollo normal del negocio de la parte, y no pagarles más de una remuneración adecuada por los servicios legítimos que hayan proporcionado”²⁴

- La cláusula anticorrupción nacional no considera una fase interna de notificación y esclarecimiento de lo que una de las partes considera acto corrupto de la otra. En las cláusulas anticorrupción ICC se considera expresamente que “si una de las partes tiene conocimiento de que la parte contraria ha cometido incumplimientos materiales o repetitivos de las disposiciones de la Parte I de las Reglas de ICC para combatir la corrupción de 2011, lo notificara a la parte contraria en consecuencia. La parte que alegue corrupción debe aportar pruebas de esta. (..) Sin embargo, las pruebas deben ser suficientes para demostrar que la sospecha de corrup-

²³ *Cláusula ICC contra la corrupción*, p. 10.

²⁴ *Ibidem*, p. 11.

ción no se alega de forma vejatoria o injustificada”²⁵ Esta deficiencia hace que la cláusula nacional tenga que cruzarse con la determinación penal de las conductas incorrectas.

- El modelo peruano constituye una cláusula destructiva del contrato pues conduce únicamente a la resolución o a la nulidad del acuerdo sin matices, mientras que la cláusula del ICC es más bien conservativa de la confianza entre las partes, permite a las partes promover la corrección de otra parte, suspender el contrato, exigir adoptar mecanismos de cumplimiento. Así, la ICC afirma que:

para garantizar al máximo la continuidad del contrato, se permitirá a la parte presuntamente infractora que corrija la situación en la medida que sea posible. Las acciones correctoras necesarias pueden incluir la cooperación en las acciones probatorias cuando se lleve a cabo una investigación o cuando se solicite una auditoria externa del incidente, la publicación de alertas, la reorganización del trabajo, la resolución de subcontratos o contratos de empleo con personas o empleados involucrados en actividades corruptas, o la corrección del perjuicio económico ocasionado a la parte contraria por todo incumplimiento probado como por ejemplo, la modificación del importe del contrato. La naturaleza y cantidad de las medidas correctoras exigidas a la parte sujeta a la alegación dependerán de las circunstancias de caso en cuestión como por ejemplo, la gravedad de la infracción y el carácter concluyente de las pruebas²⁶

- En nuestro caso, la consecuencia puede privar a la sociedad de servicios o funciones oportunas, producir a sobrecostos presupuestales (los de resolver un contrato, retomarlo luego, contratar el saldo del servicio u obra, actualización de valores, liquidar las prestaciones del contrato nulo o resuelto,

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibidem*, p. 12.

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

etcétera). Por ello, la ICC manifiesta con razón que “poner fin a un contrato importante o a largo plazo debido a una infracción puede ser desproporcionado”²⁷ En ese sentido, como afirma Cisneros Méndez, la cláusula anticorrupción se torna un arma letal o de doble filo por lo draconiana ya que “establecer una cláusula anticorrupción a raja tabla que obligue al Estado a resolver automáticamente el contrato, ante la comisión o declaración de comisión de un acto de corrupción sea en el Perú o en extranjero, produce que los efectos de su aplicación, pueda a su vez generar en algunos casos, un mayor perjuicio a la población y al Estado, porque se resolvería el contrato y paralizaría el proyecto”²⁸. Pero la consecuencia adversa de una cláusula con ese alcance también se proyecta afectando la bancabilidad de los proyectos, dado el grado de incertidumbre que traslada a quienes quieran financiar el proyecto o deseen una vez concertado incorporarse como socio. En ese caso, ¿cuántos inversionistas estarán tranquilos de invertir en un proyecto cuya gestión no han conocido, y luego podría decirse que ha habido corrupción y se pierde el contrato? ¿cómo mitigar el contrato? Mucho más eficiente y proporcionar sería considerar para el caso de acciones de corrupción aisladas, marginales, accidentales y de poca significación (ej. que no sea una orquestación empresarial, ni partir de una política institucional proveniente de las altas jerarquías institucionales, etc.) pensar en penalidades importantes, obligación de salir del contrato y sustituir a la empresa sin afectar la continuidad del proyecto, entre otras medidas no disruptivas.²⁹

²⁷ *Ibidem*, p. 13.

²⁸ CISNEROS MÉNDEZ, Mariana, *La problemática de las asociaciones público privadas en el Perú con ocasión de la cláusula anticorrupción*, Lima, Perú, julio 2017, p. 48. Disponible en: <<http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/5701>>.

²⁹ CISNEROS MÉNDEZ, *op. cit.*, propone al respecto considerar como alternativas, la cesión de posición contractual, ejecución de la fianza, entre otras. Para ello afirma en sus conclusiones de su trabajo que “desde una perspectiva

V. CONCLUSIONES

1.1. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que se encuentra vigente en el Perú, exige a los Estados que de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adopte medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, entre las cuales, se recomienda, considerar a la corrupción como factor para anular o dejar sin efecto un contrato estatal.

1.2. En el derecho global de las contrataciones existen dos instrumentos recomendados para incorporar a los contratos estatales el fenómeno de la corrupción: los pactos de integridad recomendado por Transparencia Internacional y la cláusula anticorrupción propuesta por la Cámara de Comercio Internacional, ambos con alcances y experiencias distintas.

1.3. La cláusula anticorrupción no evita la corrupción pero está diseñada para proporcionar a las partes una disposición contractual que les brinde la seguridad razonable de integridad de sus contrapartes durante la etapa precontractual, mientras dure el contrato e incluso posteriormente, y en caso de producirse este fenómeno contar con una vía de reclamo, seguimiento y arbitramiento para aplicar las consecuencias jurídicas pactadas. Así, la cláusula anticorrupción constituye una recomendación internacionalmente aceptada para prevenir la corrupción fundamentada en la buena fe, la presunción de inocencia y la cooperación entre las partes.

1.4. La cláusula recomendada contiene 4 elementos diferenciados: compromiso de no haber incurrido en actos de corrupción en la fase formativa del contrato, compromiso de no corrupción durante el periodo posterior a la formación del contrato, incorporación de mecanismos de verificación, monitoreo y sanción en caso de incum-

económica, puede convertirse, con la sola sospecha –de posible corrupción- en un arma draconiana convirtiéndose, en impedimento de bancabilidad del proyecto, que termina finalmente, con el mismo efecto: resolviéndose el contrato y en consecuencia en proyecto”, p. 49.

La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales...

Juan Carlos MORON URBINA

plimiento de los compromisos, y mecanismos para la atención de los reclamos y solución de controversias sobre los incumplimientos.

1.5. La cláusula anticorrupción ha sido incorporada en los contratos de aprovisionamiento y se ha extendido luego a los de asociación pública privada pero con matices. En líneas generales, las características de esta cláusula son: ser de orden público, tener un contenido mínimo reglado por la normativa, imponer obligaciones y compromisos únicamente al contratista y conducir exclusivamente a consecuencias destructivas del contrato, sin margen para valorar circunstancias y el interés público de la finalidad del contrato.

1.6. La cláusula anticorrupción asumida en nuestro ordenamiento posee omisiones y adiciones que la diferencian notablemente del modelo recomendado por la ICC, convirtiéndola prácticamente en una causal adicional, alternativamente, de resolución o nulidad del contrato en manos de la propia entidad contratante, sin atender criterios de razonabilidad, taxatividad de los compromisos ni contar claramente con una instancia independiente ante quien acreditar el incumplimiento alegado. No es un instrumento para generar confianza entre las partes, sino una vía unidireccional de riesgo para los contratistas y el propio contrato.

1.7. La cláusula anticorrupción, respecto del compromiso de no soborno en la fase formativa del contrato, será prácticamente inaplicable en los contratos de aprovisionamiento porque para su activación será necesario contar con una sentencia judicial condenatoria por la comisión de los delitos que se ha obligado el contratista a no realizar o controlar. En suma, “Algo debe cambiar para que todo siga igual” (El Gatopardo, Giuseppe Tomasi di Lampedusa)

