

**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE DERECHO**



**MEJORAS EN LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN COMO  
MECANISMO PREVENTIVO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA  
PERUANA**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE  
ABOGADO**

**AUTOR**

**JOSE LENIN HURTADO TAPIA**

**ASESOR**

**LEYLA IVON VILCHEZ GUIVAR DE ROJAS**

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

**Chiclayo, 2021**

**MEJORAS EN LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN COMO  
MECANISMO PREVENTIVO EN LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA PERUANA**

PRESENTADA POR:

**JOSE LENIN HURTADO TAPIA**

A la Facultad de Derecho de la  
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo  
para optar el título de

**ABOGADO**

APROBADA POR:

Yuri Diaz Jaime  
PRESIDENTE

Percy Orlando Mogollon Pacherre  
SECRETARIO

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas  
VOCAL

## **Dedicatoria**

A Dios, por ser mi guía espiritual y mi mayor fortaleza en cada paso que doy en esta vida;  
a mis padres, Marino Hurtado Diaz y María Tapia Pérez, ejemplos de perseverancia,  
responsabilidad y lucha constante en todo momento;  
a mis hermanas, Zulema Hurtado Tapia y Verónica Hurtado Tapia, por su apoyo  
incondicional, pensando siempre en mi crecimiento personal y profesional;  
a mis ángeles en el cielo, José y Lenin, atesoren esto como un logro compartido;  
y, de manera especial, para mis mejores amigos, Amy Suyón Cabanillas y Cristian Lara  
Vallejos por su amistad excepcional en todo momento.

## **Agradecimiento**

A mi asesora temática, Leyla Ivon Vílchez Guivar de Rojas, por su disposición y  
conocimientos impartidos durante el desarrollo del presente artículo de tesis;  
a mis asesoras metodológicas, Dra. Erika Valdivieso y Dra. Patricia Ramos, por resolver  
cada inquietud respecto a la redacción del presente artículo, bajo la constante de innovación  
y buena investigación jurídica;  
y a mis profesores Dra. Betty Anaya, Dr. Percy Mogollón, Dr. Ulices Damián, Dr. Victor  
Sánchez, Dr. Freddy Centurión y Dr. Juri Diaz por sus consejos impartidos, los cuales me  
han orientado durante mis 06 años de carrera profesional.

## Índice

<b>Resumen .....</b>	<b>5</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>7</b>
<b>I. Revisión De Literatura.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1. Antecedentes .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2. Bases teóricas conceptuales .....</b>	<b>10</b>
<b>II. MATERIALES Y MÉTODOS .....</b>	<b>24</b>
<b>2.1. Diseño de la investigación.....</b>	<b>24</b>
<b>III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 Análisis de los vacíos y riesgos de la Cláusula Anticorrupción Peruana .....</b>	<b>24</b>
<b>3.2. Propuesta de mejoras en la Cláusula Anticorrupción adoptada en el Ordenamiento Jurídico Peruano. ....</b>	<b>34</b>
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>37</b>
<b>V. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>38</b>
<b>VI. REFERENCIAS.....</b>	<b>38</b>

## Resumen

En principio, desde el año 2017, la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, inspirada en una tendencia de integridad, ha considerado pertinente la inclusión de una Cláusula Anticorrupción en los contratos estatales, comprendida por un conjunto de compromisos pactados entre las partes basados en términos de veracidad y honestidad, a fin de prevenir la continua comisión actos de corrupción; sin embargo, su contenido presenta ciertas falencias que limitan cumplir su rol preventivo y de fomentar integridad entre las partes suscritas al contrato. En razón de ello, resulta necesario establecer mejoras en el contenido de la Cláusula Anticorrupción, regulado en el numeral 04 del artículo 138° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, plasmándolas dentro de un Proyecto de Ley, bajo el desarrollo de una investigación cualitativa sujeto a un análisis pormenorizado de las deficiencias que presenta la Cláusula Anticorrupción en consonancia a la doctrina, casuística nacional y su convención con los principios de la Contratación Pública, lo cual conllevará a determinar concretamente las mejoras fundamentales para el contenido de la Cláusula Anticorrupción, orientadas en lograr cumplir su rol preventivo, siendo tales: Inserción del contratante, es decir, el Estado, como sujeto obligado a desplegar una conducta de integridad, incorporar el término ilícito en el segundo párrafo del numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225 a fin ampliar su ámbito de aplicación y atribuir a la Junta de Resolución de Disputas la facultad de atender los casos de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción.

**Palabras claves:** Corrupción, Contrataciones del Estado, Cláusula Anticorrupción, Principio de Integridad.

## Abstract

In principle, since 2017, the State Contracting Law No. 30225, inspired by a trend of integrity, has considered pertinent the inclusion of an Anti-Corruption Clause in state contracts, understood as a set of agreements or commitments agreed between the parties based on in terms of truthfulness and honesty, in order to prevent the continued commission of acts of corruption; However, its content has certain shortcomings that limit its preventive role and promote integrity between the parties signed to the contract. For this reason, it is necessary to establish improvements in the Anticorruption Clause regulated in numeral 04 of article 138 of the Regulations of the State Procurement Law, embodied in a bill, under the development of a qualitative investigation in light of a detailed analysis of the deficiencies presented by the Anti-Corruption Clause according to the national casuistry and its convention with the principles of Public Procurement, which leads to concretely determine the fundamental improvements for the content of the Anti-Corruption Clause, aimed at achieving compliance with its preventive role, being such: Insertion of the contracting party, that is, the State, as a subject obliged to display an integrity conduct, incorporate the illicit term in the second paragraph of numeral 04 of article 138 of the Regulation of Law N° 30225 in order to broaden its scope of application and give the Dispute Resolution Board the power to deal with cases of breach of the Anti-Corruption Clause.

**Keywords:** Corruption, State Contracting, Anti-Corruption Clause, principle of integrity.

## Introducción

En los últimos años, hemos sido testigos de la presencia de diversos problemas sociales que afectan la consolidación de nuestro Estado como escenario propicio de otorgamiento de una tutela efectiva de derechos y crecimiento uniforme e inclusivo a favor de los miembros que la conforman, siendo el de mayor protagonismo y con repercusiones altamente reprochables: La Corrupción.

Dicho fenómeno, debido a su gran influencia negativa y de alcance especializada en las distintas actividades políticas, económicas y sociales, hoy en día se puede hablar de que se encuentra en su máximo esplendor o, como muchos sociólogos han expresado, estamos frente a una forma de “gran corrupción”, toda vez que, cumple un rol antagónico en espacios de alta complejidad como son, al establecerse una Asociación Pública Privada (APP) y, sobre todo, en las Contrataciones con el Estado, siendo esta última materia de interés para el desarrollo de la presente investigación (Salazar y Angles, 2018, p. 27).

En términos generales, la Contratación Estatal tiene como propósito la adquisición de bienes, servicios, consultorías y la ejecución de obras públicas bajo términos de calidad y eficiencia, cuyo máximo receptor resulta ser la comunidad nacional; no obstante, se ha ido desnaturalizando tal intención al haber una complicidad entre la parte contratante y el contratista por vulnerar el procedimiento o las formalidades contenidas en las disposiciones legales, debido a la elevada rentabilidad que trae consigo a favor de las partes contratantes que delinquen en desmedro de los bienes del Estado.

En rigor, situándonos en el contexto nacional, más allá de la reducción de la calidad de las obras públicas, generar desconfianza por parte de la ciudadanía y la transgresión de los derechos fundamentales de los particulares; existe un alto detrimento en el sector económico, razón por la cual la Contraloría General de la República (2018) afirma que “el monto relativo al perjuicio económico irrogado, bordean los 10 millones de soles anuales, cifra que representa el 10% del Producto Bruto Interno (PBI) del país” (p.10). Es decir, el pago total destinado para la ejecución de obras, adquisición de bienes o servicios o, en menor medida, frente la necesidad de consultoría; termina en una distribución ilegal de las ganancias entre los privados participantes de los actos corruptivos.

Frente al panorama descrito, desde el año 2003, el Perú se encuentra vinculado a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la cual viene proponiendo medidas preventivas a fin de atenuar los efectos de la corrupción, y así fomentar la integridad en las distintas actividades realizadas por los países integrantes. En esa línea, en su artículo IX se observa el tratamiento de la corrupción en la Contratación Pública, sugiriendo “claridad en todos los procedimientos de la contratación, incluyendo, el papel activo por parte de los funcionarios y servidores públicos de promover actos de probidad e integridad en cada operación que realicen” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2003, p.32). Para lograr ello, se han ido creando distintas figuras jurídicas, de naturaleza preventiva, en el que las partes o una de ellas se comprometen a ejercer un comportamiento íntegro durante todo el proceso de contratación. A la fecha, se evidencia la presencia de la llamada Cláusula Anticorrupción.

Dicha cláusula se encuentra regulada en el artículo 32° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, destacando su carácter obligatorio, como también, se indica taxativamente su contenido en el numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado; no obstante, muchos doctrinarios han cuestionado el cumplimiento efectivo del rol preventivo de la Cláusula Anticorrupción debido a la exigencia única al contratista

de un comportamiento íntegro durante todo el proceso de contratación; existen vacíos legales en el contenido de la Cláusula Anticorrupción los cuales limitan su mayor comprensión; no hay un órgano independiente que pueda determinar la idoneidad de la resolución del contrato en vista de la alta discrecionalidad que posee la parte contratante, es decir, el Estado para promover tal efecto; y carece de mayor taxatividad y razonabilidad en su contenido. Dicho en otras palabras, de la forma en cómo se encuentra regulada, hoy en día, la Cláusula Anticorrupción, no se cumpliría su papel preventivo y de fomentar integridad entre las partes suscritas al contrato.

En ese sentido, se plantea la siguiente interrogante ¿Qué mejoras deben incluirse en la Cláusula Anticorrupción a fin de lograr su rol preventivo en una Contratación Pública íntegra en el Perú?

Al mismo tiempo, en aras de lograr un desarrollo exhaustivo y así poder dar respuesta a la problemática planteada, se tiene como objetivo general del presente Artículo de Investigación: Proponer mejoras en el numeral 04 del artículo 138° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado referido al contenido de la Cláusula Anticorrupción a fin de lograr su rol preventivo en la Contratación Pública Peruana; y los objetivos específicos son: Analizar las deficiencias que presenta la Cláusula Anticorrupción a partir de la doctrina, casuística nacional y su convención con los principios de la Contratación Pública; y, determinar qué mejoras deberían incorporarse en el numeral 04 del artículo 138° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a fin de lograr su rol preventivo.

Para ello, se llevó a cabo una investigación de tipo documental, en congruencia al objeto de estudio perfilado a la luz de bases teóricas y bases conceptuales, las cuales requirieron de la aplicación de un método analítico en las distintas fuentes bibliográficas, tanto físicas como virtuales; libros; revistas académicas y/o científicas; comentarios o informes brindados por parte del Organismo de Supervisión de las Contrataciones del Estado (OSCE); casuística; tesis y otros materiales escritos.

En este orden de ideas, la justificación teórica y práctica del presente artículo es brindar un gran aporte para la adecuada aplicación de la Cláusula Anticorrupción, al direccionarla bajo los reales alcances del principio de Integridad considerando cada uno de los estándares recomendados a nivel internacional, tal como reflejan los Pactos de Integridad y la Cláusula Anticorrupción propuesta por la Cámara de Comercio Internacional. Así también, dar cumplimiento a su concepción preventiva al reflejar los distintos riesgos que podrían suscitarse en el desarrollo de la Contratación con el Estado, los cuales perderían, en cierta medida, efecto alguno con la aplicación correcta de dicha cláusula.

En definitiva, las mejoras propuestas generarán un gran avance en la intensa lucha contra la Corrupción como parte del espíritu garantista de nuestro ordenamiento jurídico nacional; máxime si se quiere contemplar un escenario donde la buena administración sea el mejor aliado en la gestión de la Contratación Pública. Las actuaciones manifestadas en este fenómeno deberán propugnar una coherencia uniforme de valores, principios y normas a fin de evitar “conflictos de intereses, opacidad, abuso en las adjudicaciones, parcialidad y favoritismos a partir de posibles conductas basadas en la mala fe o, en todo caso, subyugadas por la corrupción” (Cerrillo, 2014, p.11).

## I. Revisión De Literatura

### 1.1. Antecedentes

Para la realización del presente Artículo de Investigación, se ha revisado y analizado, prolijamente, los siguientes antecedentes de investigación:

En primer lugar, Morón (2018) en su reciente investigación titulada “La Cláusula Anticorrupción en el Derecho de las Contrataciones Estatales: Una demanda de la sociedad”, hace un estudio, a gran escala, sobre la Cláusula Anticorrupción en la Contratación Estatal Peruana. Para ello, se remitió al origen internacional de dicha cláusula, equivalente a los modelos de Pacto de Integridad y el modelo de Cláusula Anticorrupción desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional contra la Corrupción a fin de determinar el contenido de la obligación de integridad pactada entre las partes contratantes. Luego, da un alcance de cómo se fue desarrollando el modelo de Cláusula Anticorrupción en el Perú, en tanto que, delimita su definición, contenido y características intrínsecas.

Dentro de este marco, detecta los vacíos y deficiencias que presenta dicha cláusula al compararla con el modelo internacional, llegando a la siguiente conclusión:

La Cláusula Anticorrupción subsumida dentro de nuestro ordenamiento jurídico omite y adiciona ciertas cuestiones que la diferencian del modelo recomendado por la Cámara de Comercio Internacional, convirtiéndola en una cláusula alternativa de resolución o nulidad del contrato por parte de la entidad contratante, sin atender criterios de razonabilidad, taxatividad en los compromisos que se adoptan, ni contar claramente con una instancia independiente ante quien acreditar el incumplimiento alegado. Convirtiéndose así, en una vía de riesgo para los contratistas y el propio contrato. (Morón, 2018, p.48)

En razón de dichas deficiencias, se promueve la presente investigación, con la finalidad de poder dar un aporte a favor de su correcta relación con respecto a su naturaleza preventiva. Para lograr ello, se necesita contar con un soporte teórico el cual será estudiado y analizado minuciosamente, para luego dar un desarrollo específico a cada una de las mejoras a la Cláusula Anticorrupción contemplada en la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 y su Reglamento.

Entonces, por un lado, Álvarez (2017) en su indagación titulada “El reto de la gerencia pública en promover la cultura anticorrupción y las Cláusulas Anticorrupción en las Contrataciones del Estado”, sustenta teóricamente, y en virtud de la razón de ser de su incorporación en las Contrataciones Estatales, la concepción del modelo de Cláusula Anticorrupción adoptado en el Perú, advirtiendo sus particularidades de cada una de las pautas o conductas exigidas en su contenido, en correlato con la necesidad de un comportamiento veraz, en vista de los riesgos de fraude o actos de corrupción en las Contrataciones del Estado suscitados en los últimos años en nuestro país.

Y, por otro lado, Calderón (2017), en su investigación de nombre “Al respecto de la Cláusula Anticorrupción: Nociones Generales”, hace un desarrollo, a detalle, sobre las ventajas y desventajas que tiene la Cláusula Anticorrupción dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, las cuales evidenciarán de cómo no hay una lógica en su contenido con respecto a su finalidad pretendida; sustento teórico que contrasta, como es evidente, con la investigación antes citada.

Ahora bien, siguiendo en la línea de detectar las deficiencias de la Cláusula Anticorrupción, meritorias de ser discutidas y pasibles de soluciones urgentes, Cisneros (2017) en su tesis de pre

grado titulada “La problemática de las Asociaciones Público Privadas en el Perú con ocasión de la Cláusula Anticorrupción”, presentada ante la Universidad de Lima, realizó un estudio sobre la aplicación de la Cláusula Anticorrupción en las Asociaciones Público Privadas al ser esta una referente a nivel nacional e internacional debido a la exigencia hacia un sistema de integridad necesario para detectar y sancionar todo acto de corrupción; sin embargo, a pesar de las virtudes y características inherentes de la Cláusula Anticorrupción, no podría ser empleada en este tipo de contratos en vista del alto grado de discrecionalidad a favor del funcionario público al momento de determinar una conducta como corrupta, la cual traería consigo la configuración de la figura de resolución contractual.

Hacer una lectura exhaustiva de mencionada tesis, será de gran relevancia para el desarrollo de las mejoras a plantear en la Cláusula Anticorrupción adoptada en el Ordenamiento Jurídico Peruano, en específico, sobre aquella referida a la capacidad decisoria por parte del funcionario público en la resolución contractual.

Finalmente, Guerrero (2018) en su tesis de pre grado titulada “Las Cláusulas Anticorrupción en la contratación estatal y la Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico en el Perú”, sustentada en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo - Provincia de Huaraz, delimitó la concepción y finalidad de la Cláusula Anticorrupción de acuerdo a lo regulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, la misma que acarrea ante su incumplimiento el efecto de resolución contractual. Esta última, ha sido muy cuestionada por el autor debido a que, en estricto, no refleja ser un mero cumplimiento de obligaciones en la etapa contractual; pues también se debe tomar en cuenta que se producirán efectos frente a hechos anteriores a la concreción del contrato, correspondiendo la declaración de ineficacia estructura o nulidad como efecto jurídico inmediato. En ese sentido, de admitirse ello, se estaría atentando la Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico en el Perú.

Por ende, el análisis desarrollado por el autor sobre la concepción de la Cláusula Anticorrupción y las repercusiones negativas que podría tener el hecho de concebir a la resolución, de manera exclusiva, como único efecto ante el incumplimiento del compromiso de integridad, será de gran aporte para entender, en la mayor medida posible, la naturaleza y el fin que persigue la Cláusula a estudiarse en relación con sus efectos de incumplimiento de su contenido.

## **1.2. Bases teóricas conceptuales**

### **1.2.1. Contrataciones del Estado**

#### **A) Concepto de Contratación Pública**

En términos generales se conoce que, el Estado promueve diversas acciones y mecanismos a fin de poder efectivizar, de manera adecuada y sistemática, el interés público. En función de ello, durante muchos años, se ha recurrido a la figura de Contratación Pública, la cual resulta ser un procedimiento integrado por actos administrativos en donde intervienen las entidades estatales, quienes buscan la adquisición de bienes, servicios u construcción de obras; y, el postor o contratista, encargado de presentar la oferta más efectiva y asequible de acuerdo a los requerimientos establecidos en la contratación. En ese sentido, se evidencia la actuación activa de la parte contratante basada en satisfacer el interés general, recurriendo, para tal fin, a la ejecución del presupuesto público. Todo este contexto, debe estar basado en términos de una ética propiamente dicha, transparencia y responsabilidad (Bertrán, 2014, p.50).

Por su parte, Vera (2016) direccionó el concepto de Contratación Estatal bajo la nobleza de ser un mecanismo que, más allá de brindar oportunidades laborales a las empresas privadas y comunidades organizadas, busca garantizar el crecimiento económico del país. Para ello, su marco jurídico debe estar sujeto a términos de seguridad jurídica, eficacia, eficiencia, competitividad y transparencia; constituyéndose así, un mercado muy amplio donde haya una contribución directa con el Estado e indirecta con la sociedad (pp. 35-36).

De las definiciones antes expuestas, podemos establecer que la Contratación Estatal es aquel mecanismo jurídico a través del cual el Estado, mediante sus distintas entidades, promueve la satisfacción del interés general, al haber visualizado previamente las necesidades más urgentes de cada uno de los ciudadanos; buscando, mediante un procedimiento de selección, a un privado o pluralidad de estos, siempre y cuando cumplan con los requisitos solicitados, a fin de poder adquirir bienes, servicios o ejecutar obras de gran envergadura y de calidad.

## **B) Finalidad de la Contratación Pública**

Habiendo delimitado el concepto de Contratación Estatal, es fundamental señalar cuál es su finalidad.

Dicha actividad tan compleja,

Tiene un alto impacto en el desarrollo social y económico del país; pues busca satisfacer las necesidades de la población, dinamizar el tráfico comercial y generar mayor grado de empleabilidad incidiendo directamente en el Producto Bruto Interno del país (PBI). (Morón, 2019, p.17)

Y es que, como ya se adelantó en párrafos anteriores, es el interés general el componente principal e inmediato por el cual se celebran Contrataciones Estatales, al ser todo o un determinado grupo social el mayor beneficiado, siempre y cuando se haya ejecutado, de manera correcta, las obras públicas o adquirido los bienes y servicios necesarios en correlato con determinadas situaciones. De esta manera, se desprende un impacto de naturaleza social, al desplegar la misma sociedad una percepción sobre una contratación, en particular, basada en términos de estrecha confianza y respaldo colectivo. Caso contrario, es decir, de darse una ejecución de contrataciones defectuosas o manchadas de corrupción “desprestigiarían a cualquier gobierno; afectándose negativamente la credibilidad en los sistemas del gobierno ante la ausencia de parámetros de transparencia, eficiencia y seguridad jurídica” (Salazar, 2001, p.17). Así también, el contratista es beneficiario de cierta cuota de la ejecución del contrato estatal, como parte activa de este, obteniendo así, una contribución económica previamente acordada.

Por su parte, cabe precisar que, toda contratación está direccionadas bajo determinadas políticas públicas las cuales, valgan verdades, deben frenar las problemáticas más urgentes del milenio actual, tales como: Lucha contra los actos corruptivos, en sus diversas modalidades, incorporación de mecanismos para reducir la carga administrativa, o excesivo formalismo, y viabilizar los fundamentos necesarios para la un Estado a la vanguardia de la modernidad (Rojas, 2014, pp. 39-42).

## **C) Principios**

El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, en adelante TUO de Ley N° 30225, en su artículo primigenio, indica sus finalidades más excelsas, las cuales versan sobre dos puntos importantes: Acrecentar la inversión realizada a partir de los recursos públicos

que posee, es decir, promover una operación comercial que, a la larga, será sustancial dentro del interés por el cual fue ejecutado o adquirido; y actuar bajo un enfoque de Gestión por Resultados, el cual equivale abandonar los formalismos y excesivos trámites dentro de la Administración Pública. Para su efectiva concreción, la referida Ley evoca los principios generales; pero, a efectos de dar mayor claridad al presente tema de investigación, se destacan únicamente los siguientes:

### **c.1. Libertad de Concurrencia**

Este principio, regulado en el artículo 2° inciso a) del TUO de la Ley N° 30225, busca que las entidades contratantes, en las diversas etapas de contratación, faciliten el acceso y participación activa de los interesados, sin algún tipo de obstaculización; teniendo como concepción esencial, fomentar la presencia de una pluralidad de participantes al proceso, como sustento remoto de obtener “una mejor relación entre calidad y precio en cada contratación, ya que frente a la presencia de varios postores, el resultado siempre va ser el más favorable para quien va recibir el servicio, es decir, la entidad” (Guzmán, 2009, p. 208).

De lo prescrito en el párrafo anterior podemos decir que, el principio de Libertad de Concurrencia busca dinamizar el proceso seleccionador en cuanto, a mayor cantidad de participantes interesados, mayores serán las ofertas que el Comité Seleccionador tendrá en cuenta al momento de evaluar las propuestas presentadas, las cuales, como es evidente, serán aceptadas siempre cuando se hayan cumplido satisfactoriamente con los requisitos exigidos.

### **c.2. Igualdad de trato**

La igualdad, en términos generales, permite el reconocimiento de una facultad propia de la naturaleza de la persona humana en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; obteniendo así, un trato igualitario alejado de privilegios y desigualdades subjetivas o arbitrarias.

En virtud a ello, la Contratación Estatal no podría ser ajena a este principio; pues se encuentra regulado en el artículo 02° inciso b) del TUO de Ley N°30225, señalando que:

Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Es decir, este principio exige que no se traten de manera diferente a los postores cuando se encuentren en situaciones que son se cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva. (TUO de la Ley N°30225, 2015, p. 02)

De esto se entiende que, no debe existir privilegios o ventajas entre proveedores, siendo preferible tratarse de la misma forma ante situaciones iguales, y en forma diferente ante circunstancias distintas. No obstante, de manera excepcional, se podría tratar a los postores de manera desigual bajo parámetros de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad. En concreto, se propone el caso en donde la oferta presentada por parte de uno de los participantes, resulte ser la más íntegra, bajo términos precio y calidad, en congruencia con los requerimientos de la parte contratante.

### **c.3. Transparencia**

La esencia del principio de Transparencia, regulado en el artículo 2° literal c) del TUO de la Ley N°30225, versa sobre el deber que tienen las entidades contratantes de proporcionar información clara y coherente a los proveedores sobre toda adquisición o contratación que se realice, la cual deberá regirse bajo criterios objetivos, debidamente sustentados y accesibles a los

postores. Para ello, logrará su concreción cuando “haya publicidad; ya sea en la convocatoria, en el adecuado control de calidad de los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general” (Tribunal de Contrataciones del Estado, 2004, fund. 08).

En resumen, podemos definir que, el principio de Transparencia busca que las entidades contratantes brinden y permitan el acceso a la información respecto del Proceso de Contratación, la cual debe ser clara y precisa para cada uno de los participantes, en correlato a cada una de las etapas de la contratación; no obstante, este principio no es absoluto, dado que existen determinadas excepciones a su aplicación o desarrollo, como, por ejemplo, el supuesto de solicitar información que pueda afectar la intimidad personal de los participantes presentados al Proceso de Selección.

#### **c.4. Publicidad**

El principio de Publicidad se encuentra regulado en el artículo 2° inciso d) del TUO de la Ley N°30225; precisando, en esencia, que determinados actos del proceso de contratación deben ser difundidos a través de diversos mecanismos electrónicos. De lograrse ello, “no solo permitirá promover la libre concurrencia de postores y competencia efectiva, sino que, también, facilitará mayor supervisión y control en las contrataciones. De esto, se desprende la ardua responsabilidad asumida por la entidad contratante de tomar las medidas necesarias para difundir las contrataciones en los diferentes medios de comunicación” (Opinión del Tribunal de Contrataciones del Estado, 2016, párr. 04).

En suma, la publicidad constituye aquella garantía a favor de los participantes interesados, permitiendo un mayor acercamiento a una determinada contratación, siendo en este caso, recurriendo a medios electrónicos, debido a su automatización e inmediatez, u otros medios de factible uso o entendimiento, que podrían ser sustanciales, económicamente hablando, para aquel o aquellos contratistas que logren ganar la buena pro.

#### **c.5. Equidad**

El presente principio busca un equilibrio entre la justicia e igualdad social con respecto a una debida valoración de la dimensión individual de la persona. Bajo esta concepción, el artículo 02 literal i) del TUO de la Ley N°30225 establece taxativamente que “las Contrataciones Estatales buscan que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general” (TUO de la Ley N°30225, 2019, p.09).

En tenor a lo anterior, podemos evidenciar un panorama de naturaleza conmutativa en razón de que, al celebrarse un contrato, las partes integrantes quedan sujetas al cumplimiento de sus obligaciones, es decir, el pago y la ejecución de la prestación; respondiendo, indubitablemente, a términos de equivalencia (Llaguento y Torres, 2016, p. 22).

#### **c.6. Integridad**

Como parte de una correcta aplicación y sistematización de los principios anunciados con anterioridad, en vista del desarrollo antagónico de la corrupción en las Contrataciones Estatales, se ha incorporado, desde el año 2017, el principio de Integridad, cuyo contenido, de manera general implica el ejercicio permanente de un compromiso parametrado en una moral, predicada en las buenas costumbres y una rectitud solícita en cada una de las actuaciones desplegadas por parte del contratista.

De manera taxativa, el artículo 2 literal j) del TUO de la Ley N° 30225, desarrolla el principio bajo análisis buscando que:

La conducta de los partícipes, en cualquier etapa del proceso de contratación, sea orientada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna. (TUO de la Ley N°30225, 2019, p.09)

De este modo, se lograría, en palabras de Cerrillo (2014) promover el respeto por los acuerdos establecidos entre las partes del contrato, y concretar las finalidades esperadas a nivel institucional, luego de una actuación en sintonía a los principios y valores establecidos en una determinada normativa. Siendo ello así, se evitará cualquier influencia indebida de intereses personales sobre decisiones públicas (p.04).

## **D) Etapas de la Contratación Pública**

El proceso de Contratación estatal se desarrolla en 03 etapas claramente diferenciadas y orientadas de acuerdo a sus principios más indispensables. Tales etapas o fases son: Programación y Actos Preparatorios, Fase de Selección y Ejecución Contractual.

Dichas fases están conformadas por una serie de actos administrativos, equivalente a determinadas acciones que generarán, extinguirán o modificarán determinados derechos; y actos administración, estos es, aquellas reglas o pautas que orientan la Contratación Estatal en cada una de sus fases; respondiendo, primordialmente, a dos finalidades: Promover un alto nivel de concurrencia de participantes, cuyo universo permitirá al Estado contratar al postor más idóneo de acuerdo a las condiciones de oferta presentadas; y, lograr la eficacia y eficiencia del proceso desde su concepción integral (Segura, 2019, p. 29).

Ahora bien, corresponde señalar y desarrollar, de manera general, cada una de las fases propias de la Contratación Pública, las cuales son:

### **d.1. Fase de programación y Actos preparatorios:**

Antes de tener plena convicción sobre qué bienes, servicios u obras son necesarias para las entidades públicas a favor del interés público, se realiza una Programación Multianual de Bienes, Servicios y Obras la cual quedará plasmada, luego de un análisis objetivo de los posibles costos y mantenimiento de los activos generados por la inversión pública, en un Cuadro Multianual de Necesidades. Este instrumento, en compañía del Plan Operativo Institucional tienen como finalidad dar “una descripción general de lo que se va contratar, las especificaciones técnicas y, los términos de referencia, los cuales podrán ser actualizados hasta antes de la convocatoria” (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2019, p.23).

En seguida, corresponde el aseguramiento de la planificación de las contrataciones que va efectuar la Entidad, expresado en la elaboración de un Plan Anual de Contrataciones.

Guzmán (2009) define al Plan Anual de Contrataciones de la siguiente manera:

Constituye un instrumento de gestión, el cual debe obedecer, en forma estricta y exclusiva, a la satisfacción de las necesidades de la entidad, las que a su vez provienen de todos y cada uno de los órganos y dependencias de aquella, en atención al cumplimiento de sus funciones y al logro de sus metas institucionales a lo largo del año fiscal correspondiente, conforme a lo establecido por la Ley y el Reglamento. (p.218)

En rigor, busca planificar y ejecutar las contrataciones, inspiradas en las necesidades más urgentes para la entidad contratante y en función de los objetivos que desea alcanzar durante el año. Una vez aprobada por el titular de la entidad o, en su defecto, por funcionario a quien haya delegado dicha facultad, resulta indispensable su ejecución. Para ello, se celebrarán una serie de actos preparatorios, siendo el primero de ellos: El Requerimiento. Sobre este, se evidencia los rasgos específicos de cada uno de los bienes, servicios u obras y, además, toma en cuenta los requisitos de calificación hacia cada uno de los postores dentro del proceso de selección. Excepcionalmente, se solicita el requisito de solvencia económica para los casos en los que se desee ejecutar obras dentro de un proceso de Licitación Pública.

Acto seguido, se evalúa las posibilidades que ofrece el mercado en armonía con los bienes, servicios y obras requeridas por la Entidad, en tanto que permite establecer el valor estimado y referencial. El primer supuesto será aplicado cuando la entidad contratante desee adquirir bienes y prestar servicios o consultorías en general; y el segundo supuesto será propicio para la contratación de ejecución y consultoría de obras.

Una vez aclarado lo anterior, según sea el caso, se solicita a la Oficina de Presupuesto u otro ente que cumpla el mismo rol, la disponibilidad presupuestal a fin de que la entidad contratante tenga la total seguridad de la existencia de un crédito presupuestario suficiente, en virtud del gasto a ejecutarse en el año fiscal correspondiente. Así también, en consideración a los valores referenciales recopilados en el mercado, se determinará el tipo de procedimiento contractual. Empero, esta sistematización de acciones no podría ser posible sin una anterior y debida distribución de responsabilidades y competencias dentro de la Entidad contratante.

Finalmente, se elabora y aprueba las Bases del Proceso de Selección entendida, de acuerdo a la doctrina mayoritaria, como la actuación más importante dentro de las actividades preparatorias, toda vez que, está conformada por un conjunto de pautas elaboradas unilateralmente por la Entidad contratante, a fin de guiar todo el proceso de contratación al cual se adhiere el postor. De darse su aprobación, la Entidad o funcionario al que le hayan delegado dicha facultad, deberá formalizarlo por escrito.

#### **d.2. Fase de Selección.**

Retamozo (2018) aporta una concepción general del Proceso de Selección, situándolo como el “conjunto de actos administrativos que tienen por esencia la selección de una persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van a celebrar un contrato para la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras” (p.99). Dicha contratación, debe estar direccionada bajo criterios o factores de selección los cuales, más allá de establecer un Proceso de Selección óptimo; permitan adquirir un bien, prestar un servicio o lograr la ejecución de una obra bajo parámetros de calidad; sin dejar de lado que, durante todo el desarrollo de mencionado proceso, debe haber una sintonía de reglas claras, transparentes y de efectivo cumplimiento para todos los postores; bajo el precepto de garantía de libre competencia y concurrencia.

Por otra parte, uno de los primeros actos que deberá realizar la parte contratante, en esta etapa, será la determinación del tipo de procedimiento de selección. Para ello, debe considerar los valores cuantitativos fijados en el Presupuesto del Sector Público para el año 2021, aprobado por el Decreto Supremo N°0392-2020, como también, en concordancia con los supuestos de aplicación previstos desde el artículo 22° al artículo 27° del TUO de la Ley N° 30225. Para mayor claridad, se tiene el siguiente cuadro:

TABLA N° 01

**TOPES DE CADA PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS – AÑO FISCAL 2021 y SUPUESTOS DE APLICACIÓN**

TIPO	MONTOS				
	BIENES	SERVICIOS			OBRAS
		SERVICIO EN GENERAL	CONSULTORIA DE OBRAS	CONSULTORIA EN GENERAL	
LICITACIÓN PÚBLICA	>=de 400,000	-			>= de 1`800,000
CONCURSO PÚBLICO	-	>= de 400,000			-
ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA	< a 400,000 >de 35,200	< a 400,000 >de 35,200			< a 1`800,000 >de 35,200
CONTRATACIÓN DIRECTA	>de 35,200	>de 35,200			>de 35,200
COMPARACIÓN DE PRECIOS	< = a 66,000 > de 35,200	< = a 66,000 > de 35,200	-		
SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	>de 35,200	>de 35,200	-		
SELECCIÓN DE CONSULTORES INDIVIDUALES	-	-		<= 40,000 > de 35,200	-

*Fuente: Decreto Supremo N°392-2020 que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2021, p.03*

Luego de ello, se celebra, de manera progresiva, una serie de actuaciones con la finalidad de decidir el postor más idóneo, siendo aquellas:

- a) La convocatoria, b) El registro de participantes, c) Formulación de consultas y observaciones, d) Absolución de consultas y observaciones, e) Integración de bases, f) Publicación de bases integradas, g) Presentación de ofertas, h) Calificación y evaluación de ofertas, i) Otorgamiento de la buena pro y finalmente, el consentimiento de la misma. (Segura, 2019, p.42)

### **d.3. Fase de ejecución contractual.**

Haciendo una revisión del artículo 136° del Reglamento de la Ley N° 30225, podemos partir de la idea de que esta fase inicia una vez consentido el otorgamiento de la buena pro o que esta haya quedado administrativamente firme, es decir:

Después de haber concluido un proceso de impugnación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, o en su caso ante la Entidad, se emite la Resolución que agota

la vía administrativa; pues no cabe impugnación administrativa alguna contra aquella, conforme el artículo 112° del Reglamento. (Opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, 2018, párr. 02)

Satisfecho lo anterior, se da pase a la suscripción contractual entre la entidad contratante y el postor ganador de la buena pro. Caso contrario, esto es, la Entidad contratante se haya negado de suscribir el contrato, asumirá una responsabilidad meramente funcional, como también, estará imposibilitada de contratar por el mismo objeto, salvo que lo haya realizado por falta de presupuesto, sin perjuicio de la negativa de suscripción del contrato por parte del postor ganador de la buena pro, quien se verá sometido a una sanción.

A lo referido, es necesario hacer precisiones muy particulares sobre el medio que posibilita la ejecución contractual, esto es, el contrato.

### **E) El contrato estatal.**

En principio, el Estado cumple un rol importante en el desarrollo del país, siendo en este caso, potenciar al sector de la economía para dar cumplimiento a las exigencias propias del interés público; recurriendo así, a una serie de mecanismos legales para el logro de dicho propósito, siendo uno de los más importantes, la suscripción de contratos estatales o, también llamados, contratos administrativos.

Nuestro ordenamiento jurídico delimita el concepto de contrato administrativo bajo la orientación de la teoría unitaria, la cual sustenta que toda voluntad estatal de celebrar un determinado contrato, se regirá por un marco legislativo en específico. Mencionado concepto se refuerza con la idea expresada por Zegarra (2015) indicando que el contrato administrativo debe ser entendido como “todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a tercero” (p.25). De lo aportado, es necesario precisar que, aunque pareciera, en realidad, no es un acuerdo meramente bilateral y es que, es la Administración Pública la promotora de dar origen al acto unilateral y la voluntad del administrado contribuye para que el Estado contrate. En esa misma línea, Baca (2014) da respaldado a dicha afirmación, al precisar:

La voluntad del administrado es necesaria para que la Administración contrate, pero ésta no es la que da origen a los efectos contractuales, sino que éstos derivan del acto administrativo unilateral de aquella, que no es separable del contrato, como acto contractual, sino que constituye al contrato, como relación contractual. Hay bilateralidad, pero no es constitutiva. (p. 277)

Dicho de otra manera, el contrato administrativo surge de la decisión del Estado, ejerciendo su función administrativa, de contratar con un administrado o un particular, con la finalidad de adquirir bienes, servicios o la ejecución de bienes como respuesta, en particular, de la satisfacción del interés público. Como parte de su desarrollo, la parte contratante establece determinadas exigencias, sujetas a un criterio de legalidad, y el administrado manifiesta si desea adherirse o no a dichas exigencias.

Ahora bien, situándonos en la fase de ejecución contractual Mendoza, Hernández, Saldaña y León (2019) resaltan los derechos y deberes propios de los sujetos partícipes dentro de la contratación estatal, siendo tales:

El contratista frente la entidad contratante, tiene el derecho a: Percibir la retribución convenida, luego de haberse ejecutado la prestación correspondiente; al mantenimiento del equilibrio económico financiero y reajuste de precio, es decir, a la equivalencia entre las prestaciones; a recibir los anticipos financieros, mediante los adelantos directos previa entrega de garantías a favor de la entidad; a mantener el plazo pactado para ejecutar su prestación, salvo causa propia; a la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones esenciales de la entidad; y, a la posibilidad de controvertir en arbitraje y conciliación los actos de la entidad que afecten sus derechos siguiendo los procedimientos correspondientes.

Asimismo, son deberes básicos de la administración contratante con respecto a su contratista: pagar el precio pactado, recibir la prestación que se haya conforme al contrato, sin intermediar exigencias o condiciones adicionales y cooperar con el contratista para que este pueda cumplir con su prestación. (p.75)

Por otra parte, resulta importante señalar las distintas formas de culminación del contrato, las cuales son: Cumplimiento de las prestaciones, vencimiento del plazo contractual, resolución de contrato, rescate de la concesión, nulidad del contrato, situación particular de falta de presupuesto, mutuo acuerdo y renuncia.

### **1.2.2. Cláusula Anticorrupción**

#### **A) La corrupción en la Contratación Estatal**

En los últimos meses, los medios de comunicación han ido informando a la sociedad, en mayor o en menor medida, sobre los últimos contratos estatales que se vienen ejecutando; no obstante, la corrupción se ha impregnado en aquellas como un componente propio e innato. Prueba de ello, el Controlador General de la República, Shack (2021) ha expuesto muy preocupado que: “En el 2019, las pérdidas por corrupción e inconducta funcional ascendieron a 23,297 millones de soles; mientras que en el 2020 estas habrían alcanzado los 22,059 millones de soles, según estudios recientes hechos por la institución que dirige” (p.01). Asimismo, Transparencia Internacional (2019), en un trabajo conjunto con el Organismo de Supervisión de la Contratación Estatal (OSCE) ha concluido que “entre los periodos comprendidos, año 2015 al 2019, se identificaron un total de 245 mil contratos con sospecha corruptiva, representado un monto de S/57 mil millones, que representan el 40% de las adjudicaciones públicas de las etapas analizadas” (p.02).

De tales datos, no sería extraño que, la corrupción posicione a nuestro país en uno de los lugares con mayor índice de corruptividad en las Contrataciones Estatales celebradas, como también, la percepción de los peruanos sobre tal fenómeno sea alarmante y repudiable, convirtiéndola como de los problemas sociales con mayor urgencia de atención por parte de nuestras autoridades supremas, caso contrario, no se estaría cumpliendo, cabalmente, los objetivos institucionales perfilados por cada uno de los estamentos o niveles del Estado, poniendo en juego el interés general.

En efecto, el contexto descrito es consecuencia a que parte del presupuesto público no es destinado a la finalidad esperada, sino, se direcciona a las arcas de la economía de los privados. Para ejemplificar tal supuesto, se tiene el caso en el cual, con la intención de dinamizar el comercio, tanto interno como externo, se pretende construir puentes o carreteras, ampliando la red vial nacional y, consecuencia a ello, establecer una conexión entre los distintos lugares de nuestro país; sin embargo, si el presupuesto fijado tiene un destino distinto al perfilado en un inicio, no sería

extraño la finalización de un proyecto ya sea mal estructurado y concretizado o, se benefició a un postor en específico habiendo un acuerdo previo. Por ello, el crecimiento integral de nuestro país se da paulatinamente, acompañado de una evidente gestión ineficiente y parcializada (Sotomayor, 2016, pp.198-199).

Por su parte, se ha evidenciado una trasgresión por los bienes que le son propios para el privado, en tanto que, como muchas veces, la obtención de la buena pro ya está predeterminada para un postor en particular; quitando la oportunidad a otros postores de contratar con el Estado, quienes quizá poseen mejores recursos o medios favorables para el objetivo de la contratación. Es así que, los autores Bobadilla, Carillo, Zárata (2018) postularon lo siguiente:

No solo se pierde la oportunidad que se genere inversión en el sector privado y de atraer nuevos inversionistas extranjeros, sino que también puede llegar a asumir una pérdida de capital que resta a los recursos que disponen sus Entidades para cumplir sus objetivos, que son precisamente mejorar los servicios de uso público, contribuir al crecimiento económico y social; en pocas palabras el bienestar general. (p. 69)

Básicamente queda claro que existirá corrupción en la Contratación Pública al existir un beneficio injustificado y arbitrario por algún funcionario, organización o empresa quienes se ven beneficiados con tal elección, luego de que se incumplan, de manera estricta, las reglas propias de la contratación o que el mismo contratista adjudicado ni siquiera observa los requisitos de calidad y eficiencia necesarios en la oferta; pues queda comprobado que concurrir en estas conductas delictiva, genera una elevada rentabilidad para el individuo que delinque en desmedro de los bienes del Estado.

## **B) Origen y concepción de la Cláusula Anticorrupción desde la perspectiva internacional**

En consideración a lo expuesto anteriormente, se puede evidenciar las repercusiones negativas que trae consigo la corrupción dentro la sociedad, las cuales limitan el cumplimiento progresivo de los objetivos supremos establecidos por parte del Estado; más aún cuando la Contratación Estatal, en aras de satisfacer las necesidades del ciudadano, debe mostrar en todas sus fases de contratación un respeto estricto por la integridad, equivalente al ejercicio de una conducta sumamente honesta o predicada en la veracidad.

Por ello, en el año 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una serie de Resoluciones con la finalidad de establecer un instrumento jurídico internacional, el cual ayude a batallar contra dicho problema, siendo tal: La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobada el 31 de octubre del 2003, de acuerdo a la Resolución Legislativa N° 28357, con esencia preventiva y de control contra la corrupción.

Dicha Convención, en su artículo IX, trata sobre la problemática de la corrupción en la Contratación Pública sugiriendo claridad en todos los procedimientos de la contratación, incluyendo, el papel activo por parte de los funcionarios públicos de promover actos de probidad e integridad en cada operación que realicen. Entonces, dicha actuación deberá respetar el contenido de los principios de Publicidad, Objetividad, Igualdad, Eficacia y Transparencia; subsumidos en acciones recomendadas concretas, con la finalidad de direccionar la Contratación Pública en congruencia a la satisfacción de la parte contratante y, de manera especial, a favor del interés público. Asimismo, dentro de la misma Convención, en su artículo 34°, expone taxativamente las consecuencias de la comisión de actos de corrupción, en razón de que no queden en impunidad.

Así pues, dicho artículo prescribe lo siguiente:

**Artículo 34.- Consecuencias de los actos corruptivos.**

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. (Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 2012, p. 116)

De tal suerte, se establece un contexto de prevención en la Contratación Estatal, sujeto a medidas severas frente a posibles secuelas incontrolables de corrupción, dejando a libertad de cada país integrante la facultad decisoria sobre las disposiciones pertinentes y certeras que tomará en una determinada situación pasible se corrupción, *contrario sensu*, seguirá operando activamente hasta la fase ejecución contractual. Bajo ese fin, en el ámbito internacional, se promulgaron dos instrumentos que respaldan las intenciones de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, los cuales son: el Pacto de Integridad, desarrollado por Transparencia Internacional y, por otro lado, la Cláusula Anticorrupción propuesta por la Cámara de Comercio Internacional.

**b.1. Pactos de integridad**

Transparencia Internacional propuso la incorporación de un Pacto de Integridad entre las partes contratantes del sector gubernamental y privado, así como también, la participación contributiva de un grupo monitor encargado de supervisar cada una de las fases de la contratación en relación al cumplimiento o no del contenido del Pacto de Integridad.

En términos generales, Castilla La Mancha (2018) ha definido al Pacto Internacional como aquel “documento que establece los compromisos que adquieren la administración y las empresas licitadoras de mantener una conducta íntegra, y ser lo más transparente posible sobre el proceso de contratación en el que participan” (p.2).

Es decir, comprende el acuerdo de voluntades entre los postores y la parte contratante a fin de promover la transparencia debida dentro de todo el proceso de selección y al momento de ejecutar el contrato suscrito; sin embargo, dicho Pacto va más allá de la dimensión contractual; como bien se afirma, constituye “una invitación a un cambio cultural voluntario, que convoca grupos determinados de persona, partícipes en un proceso de contratación, a aceptar mecanismo de sanción los cuales tienen un mayor valor preponderante desde la perspectiva de la ética” (Ospina, 2008, p.149).

**b.2. Cláusula de la Cámara de Comercio Internacional contra la Corrupción.**

El modelo de Cláusula Anticorrupción propuesto por la Cámara de Comercio Internacional propugna ser una disposición contractual acordada entre las partes con la finalidad de ejercer una actuación íntegra en las distintas etapas de la Contratación Pública, previendo mecanismos suficientes en el caso incumplir dicho compromiso, entre ellos, y en concordancia con el espíritu preventivo de la Convención, anular o dejar sin efecto el contrato. De lo contrario, el contrato sería ejecutado bajo una serie de actuaciones corruptivas a causa de que una de las partes haya orientado su accionar en contrario a la probidad esperada.

Asimismo, dicha Cláusula contiene cuatro elementos diferenciados, los cuales buscan plantear un equilibrio entre las partes del contrato; para así, no solo suspender las finalidades corruptivas, sino que, además, promover la garantía de alcanzar los fines propios del contrato.

Compromiso de no haber incurrido en actos de corrupción en la fase pre contractual o 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 incumplimiento de los compromisos; y mecanismos para la atención de los reclamos y solución de controversias sobre los incumplimientos. (Morón, 2018, p.38)

### **C) Concepción de la Cláusula Anticorrupción desde la perspectiva peruana.**

Para establecer un panorama general de la incorporación de la Cláusula Anticorrupción en el Perú, nos remontamos a los primeros años del siglo XXI, toda vez que, la Contraloría General de la República, en vista del creciente número de casos de corrupción en las Contrataciones Estatales, entre el periodo de los años 2000 al 2006, mediante la Resolución N° 123-2000-CG, de fecha 01 de julio de 2000, propuso la incorporación del “Pacto de Integridad” o llamados, coloquialmente, Compromiso de No Soborno, como instrumento de control interno por parte de las entidades, al haber asumido la obligación de establecer mecanismos, en los procesos de contratación o adquisición, que permitan la concreción de los principios de Moralidad y Transparencia.

Para ello, las Bases del Proceso de Selección exigían la suscripción de Pactos de Integridad entre las partes del contrato, bajo los compromisos, por parte exclusiva de los postores, de: reconocer el rol fundamental de cada uno de los principios de la Contratación Estatal; no haber recibido antes de la celebración del proceso de selección, ni mucho menos recibir durante la etapa de ejecución contractual algún tipo de beneficio económico por parte de terceros; ni haber acordado con algún otro postor o tercero ejercer actos que limiten la libre competencia; y evitar ser sobornado por parte de algún funcionario (Morón, 2018, p.910).

De transgredirse los compromisos antes señalados, en agravio de los postores o los contratistas, generaría “inhabilitación de contratar con el Estado, sin perjuicio de las responsabilidades colaterales; y respecto de los funcionarios de las entidades, se les imputará las sanciones propias de su régimen laboral” (Arbulú, 2016, p.69).

Posteriormente, dentro del ámbito de los contratos de concesión del sector energético se establecieron determinadas reglas inspiradas en las exigencias de integridad en la actuación de las partes que, de no cumplirse, se resolvía el contrato.

#### **c.1. Definición**

Álvarez (2017) aportó la siguiente definición:

La Cláusula Anticorrupción son acuerdos y condiciones que se establecen en el contrato a fin de prevenir y evitar actos de corrupción, y mejorar la relación y la predisposición transparente y de respeto a las buenas prácticas en los contratos. Pueden incluir medidas anticorrupción, compromisos y obligaciones de parte del contratista, declaraciones y garantías, prohibiciones y penalidades, entre otros requerimientos necesarios y obligatorios. (p.01)

En base a lo citado, destacamos que, la Cláusula Anticorrupción resulta ser una disposición perfilada por una serie de reglas o compromisos a asumir entre las partes suscritas, surtiendo efectos

posteriores. Como cualquier otra cláusula incorporada dentro de un contrato, tendrá un fin, siendo en este caso, la prevención de posibles actos corruptivos por parte del contratista en cualquier fase del proceso de contratación de adquisición de bienes, servicios, consultorías o construcción de obras, en consonancia a las nuevas tendencias adoptadas por la ley de Contrataciones con el Estado, esto es, la integridad. En ese sentido, el legislador, al establecer nuevas modificaciones en la ley sustantiva antes destacada, en definitiva, pensó en el perjuicio que viene causando la corrupción para nuestro país, no solo por afectación de bienes propios de la Administración Pública que trastoca, en específico, los fondos públicos, sino que, a su vez, a la finalidad última por lo cual se constituye: El interés público. Este bien tan valioso, hace que todo el proceso de Contratación Estatal se dinamice, no por un fin en sí mismo, sino para lograr objetivos que le son propios al Estado.

En caso que el contratista recaiga en actos corruptivos, la entidad contratante recurrirá a la figura de resolución contractual, sin perjuicio de las acciones civiles, penales, y administrativas de corresponder en el caso.

### **c.2. Características**

De acuerdo a la Doctrina Nacional, se pueden sintetizar las siguientes características propias de la Cláusula Anticorrupción, tales como:

a) Pretende promover el Orden Público; pues, como ya se había indicado en líneas anteriores, a través de determinados parámetros conductuales, el contratista está en la obligación de subsumir su comportamiento, en cada una de las fases de la contratación, en términos de honestidad y veracidad. Para ello, se supedita a una serie de controles y actos de supervisión por parte de los órganos encargados, como también, deberá aceptar consecuencias correctoras, distintas y graduales, en caso se incurra en alguna transgresión a los deberes, independientemente de las responsabilidades penales o civiles.

A su vez, más allá de las nuevas tendencias adoptadas por la normativa de Contrataciones con el Estado, se cumpliría una de las peculiaridades que la diferencia de otro tipo de contrataciones, tal como ya lo indicó el Tribunal Constitucional a través de la sentencia N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004, al expresar que “la Contratación Estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones” (Tribunal Constitucional, 2003, fund.2003). Transparencia como consecuencia de la promoción del Orden Público.

b) Está preestablecida en una norma reglamentaria o bajo los lineamientos establecidos en las bases estandarizadas del Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales (OSCE), en razón de no ser una cláusula cuyo contenido está subordinado a la decisión de las partes del contrato, sino que, la misma norma se encarga de establecer su contenido mínimo, precisando qué conductas deben desplegarse en cada una de las fases de la Contratación Estatal de manera obligatoria.

c) Hay un compromiso unilateral exclusivo por parte del contratista. Si bien, en principio, es un mero colaborador activo dentro de la Contratación Estatal para la realización de una actividad de interés para quien lo contrató que, a su vez, responde una finalidad pública, bajo una autonomía operativa; se espera, también, “un comportamiento leal, honesto y correcto con la administración, más allá del solo cumplimiento de obligaciones legales o convencionales” (Morón, 2020, p.15)

- d) Contiene consecuencias “destructivas del contrato” reflejado en la figura de Resolución contractual, cuyo fin radica en dejar sin efecto el contrato, en este caso, por decisión de la entidad contratante en razón del incumplimiento de una prestación u obligación, es específico, desarrollar conductas ligadas a la corrupción.

### **c.3. Regulación normativa de la Cláusula Anticorrupción en el Ordenamiento Jurídico Peruano**

El numeral 04 del artículo 138° del Reglamento del TUO de la Ley N°30225, sobre Cláusula Anticorrupción, indica taxativamente, en conformidad con los artículos 32° y 40° de la Ley de Contrataciones del Estado N°30225, que todos los contratos deben contener dicha Cláusula, bajo suscripción de lo siguiente:

- 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 7, 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, 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.
- 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 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. (Reglamento del TUO de la Ley N°30225, 2019, p.43)

## **II. MATERIALES Y MÉTODOS**

### **2.1. Diseño de la investigación**

La presente investigación es cualitativa, de tipo documental. Como parte de su desarrollo, se ha seguido un diseño de investigación bibliográfica. Se ha utilizado el método analítico para hacer una descomposición del objeto de estudio en sus elementos constitutivos, los cuales versan sobre la Contratación Estatal y la Cláusula Anticorrupción; y la técnica del fichaje (fichas textuales, de resumen y bibliográficas) para sistematizar el fundamento teórico de la investigación.

El procedimiento utilizado involucra la observación, descripción y redacción de la realidad problemática, planteamiento del problema, y objetivos (general y específicos), propuesta de la hipótesis, recopilación y selección de documentos afines al trabajo de investigación sobre el que se ha realizado una exhaustiva, sistemática y rigurosa revisión. Finalmente, se ha realizado una lectura analítica aplicando la técnica del fichaje para la redacción del informe final con las conclusiones.

## **III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **3.1 Análisis de los vacíos y riesgos de la Cláusula Anticorrupción Peruana**

Como se ha señalado en los párrafos precedentes, desde el año 2017, la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, en vista del alto impacto del fenómeno de la corrupción en su ámbito de regulación, ha creído conveniente fijar una nueva y necesaria tendencia de integridad en las actuaciones desplegadas en las diversas fases de la contratación, con la convicción de prevenir los efectos adversos de los actos ilegales cometidos o aquellas que se encuentran asociados a la corrupción. Para ello, incluir una Cláusula Anticorrupción en los contratos estatales resulta ser una propuesta interesante para las pretensiones de un Estado Constitucional de Derecho, promovida por la promoción de garantizar el cumplimiento de los derechos inherentes de las personas y, si nos basamos en el bien a tutelar por las Contrataciones Estatales, el interés público será su eje más significativo.

Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes de investigación citados en este artículo, se advirtió diversas falencias en el contenido de la cláusula ya referida, las cuales serán desarrolladas en este acápite, luego de analizar cada una de ellas en correlato con lo establecido por la Doctrina Nacional, su adecuación o, caso contrario, divergencia con los principios de la Contratación Estatal y una mirada a la realidad nacional que, una vez aclaradas, se arribará a desarrollar cada una de las propuestas de mejoras, como parte de lograr, en cierta medida, su rol preventivo y de fomentar la integridad entre las partes del contrato.

#### **3.1.1. Finalidad preventiva y de integridad entre las partes del contrato estatal en el marco de la Cláusula Anticorrupción**

No cabe duda que la corrupción ha tomado protagonismo, en los últimos años, en la Contratación Pública Peruana.

En un primer momento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017) sustentó, de manera sistematizada y estructurada, los diversos riesgos, frente a posibles actos ilegales o ilícitos, que se pueden presentar en la Contratación Estatal, en consideración a cada una de sus fases, siendo tales:

TABLA N°02

**ACTOS SUSCEPTIBLES DE ILEGALIDAD Y CORRUPCIÓN DENTRO DE LAS DIVERSAS FASES DEL CICLO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

FASES DE CONTRATACIÓN		RIESGOS
ANTES DEL PROCESO	Evaluación de necesidades	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de evaluación adecuada de necesidades.</li> <li>- Influencia de agentes externos en Resoluciones adoptadas por funcionarios.</li> <li>- Acuerdo informal de contratos.</li> </ul>
	Planeación y presupuesto	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Planeación insuficiente de la contratación</li> <li>- Contratación no alineada con el procedimiento global.</li> </ul>
	Definición de especificaciones o requisitos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Especificaciones técnicas elaboradas a la medida de una empresa</li> <li>- Criterios de selección no definidos objetivamente y no establecidos con antelación</li> <li>- Solicitud de muestra de bienes y servicios innecesarios que pueden influir</li> <li>- Compra de información de las especificaciones del proyecto.</li> </ul>
DURANTE EL PROCESO DE CONTRATACIÓN	Elección del procedimiento de contratación	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de justificación adecuada para el uso de procedimientos no competitivos con base en excepciones legales: División de contratos, abuso de extrema urgencia, modificaciones no justificadas</li> </ul>
	Solicitud de propuestas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Omisión de aviso público de convocatoria a licitación</li> <li>- Información y criterios de evaluación y de adjudicación no comunicados</li> </ul>
	Presentación de oferta	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de competencia o casos de licitación colusoria.</li> </ul>
	Evaluación de ofertas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conflictos de intereses y corrupción en procedimiento de evaluación por: Familiaridad, intereses personales (como, por ejemplo, regalos o empleo futuro o adicional)</li> </ul>
	Adjudicación de contratos	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Incremento al monto del contrato</li> <li>- Conflictos de intereses y corrupción en el procedimiento de aprobación</li> <li>- Falta de acceso a registros del procedimiento</li> </ul>
DESPUÉS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN	Gestión de contratos y rendimiento	<p>Abusos perpetrados por proveedores en la implementación del contrato, específicamente en lo referente a calidad, precio y duración; conducente a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cambio significativo en las conductas contractuales, con el propósito de justificar un lapso mayor de tiempo o precios más altos.</li> <li>- No se cumple con las especificaciones del contrato</li> <li>- Robo de activos nuevos antes de ser entregados al usuario final o ser registrados</li> <li>- Supervisión deficiente de servidores públicos o colusión entre adjudicatarios y funcionarios encargados de la supervisión</li> <li>- Subcontratistas y socios seleccionados de manera no transparente o que no rindan cuentas.</li> </ul>
	Pedidos y pagos	<p>División deficiente de obligaciones financieras y falta de supervisión de servidores públicos resultando en:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de contabilidad y asignación inadecuada de costos o migración de costos entre contratos</li> <li>- Pago de facturas fuera de plazo</li> <li>- Facturación falsa o duplicada de bienes y servicios no proporcionados y pagos anticipados de derechos adquiridos.</li> </ul>

*Fuente: La contratación pública en el Perú: reforzando capacidad y coordinación. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, p.21*

Asimismo, Salazar y Angles (2018) realizaron un estudio sobre cómo se ha ido manifestando la corrupción, en relación con los vacíos legales existentes en la normativa de Contrataciones con el Estado, destacando cinco modalidades comunes, las cuales trascienden desde: Invitaciones selectivas, en este caso, los funcionarios públicos deciden cuáles serán las empresas específicas a participar, siempre y cuando se mantengan en secreto dentro de dicho proceso; precalificación, en esta parte del proceso, de acuerdo a criterios de preferencia, se favorece a un postor por haber cumplido, aparentemente, con todas las especificaciones técnicas requeridas; especificaciones tecnológicas, en este caso, los requerimientos son favorables en razón de un postor en particular, luego de haber establecido ventajas comparativas debido a que cuentan con las herramientas tecnológicas necesarias para la ejecución, por ejemplo, de una obra; confidencialidad, es decir, hay un conocimiento previo, por parte de un postor, sobre las especificaciones técnicas de un bien o servicio; y modificaciones contractuales, razón por la cual se podría afectar el equilibrio económico de una las partes del contrato (P. 68).

Por consiguiente, no resulta extraño que, desde el año 2017, la normativa de Contrataciones con el Estado pretenda incorporar matices de integridad, manifestada a partir de un comportamiento veraz y honesto entre las partes del contrato durante todas las fases de la contratación a fin de poder promover “una serie de reglas de conductas perfiladas hacia una buena administración y gestión, en vista del correcto uso de los recursos públicos” (Mendoza y Hospinal, 2018, p.02).

Al respecto, Gorrin (2016), detalla qué implicaría impulsar la integridad dentro de las Contrataciones Estatales; fomentando los siguientes términos:

Cada fase de la contratación girará en torno a la transparencia, como pilar básico de la integridad, al propugnar conseguir una preferible claridad y adopción de medidas preventivas y sancionadoras; buena gestión, equivalente al correcto uso de los fondos públicos, garantizando que estos sean destinados a las finalidades deseadas; prevención de la mala conducta, cumplimiento y seguimiento, esto es, el establecimiento de mecanismos para prevenir los posibles riesgos contra la integridad, estimulando la cooperación entre las distintas administraciones públicas y el sector privado, para así obtener altos estándares de integridad y, la necesidad de establecer mecanismos que detecten un anormal funcionamiento de la administración, pasible de ser sancionable; y, rendición de cuentas y control como manifestación de facilitar el acceso a la sociedad y los medios de comunicación en la contratación. (pp. 13-14)

De acuerdo a ello, la Cláusula Anticorrupción, regulada en el numeral 4 del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225, proporciona determinadas pautas o reglas de conducta por parte del contratista, las cuales, aparentemente, lograrían prevenir cualquier acto ilegal o de corrupción como manifestación de instaurar la integridad dentro de la contratación. Cabe precisar que, las partes contratantes pueden adicionar algún otro contenido, sin que ello implique modificar o alterar su esencia mínima establecida por el dispositivo legal ya mencionado.

Ahora bien, en primer lugar, el contratista debe declarar no haber cometido, de manera directa o mediante terceros, actos de corrupción antes de suscribir el contrato o, en caso de ser una persona jurídica, no debe haber recibo, por medio de algunos de sus órganos o representantes, algún tipo de incentivo que lo favorezca en torno al contrato. En segundo lugar, durante la ejecución del contrato, el contratista se compromete a desplegar un comportamiento bajo los cimientos de la honestidad y veracidad o incurrir en algún acto ilegal. Sobre ello, la norma sugiere tomar medidas de naturaleza personal, técnicas u organizativas. En tercer lugar, en caso de tener conocimiento de

indicios o comisión de actos corruptivos, el contratista debe denunciar a las autoridades competentes al caso. En caso de incumplir dicha promesa, la entidad contratante está en la total facultad de resolver el contrato, así también, en caso de no incorporarse destacada cláusula, bajo lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 40ª de la Ley de Contrataciones del Estado, se declarará la nulidad del contrato.

Prácticamente, el contratista será el agente principal de fomentar una contratación integral, caso contrario, se encontraría frente al riesgo de resolución contractual. De esto, vale cuestionarse lo siguiente ¿Los casos de corrupción o contrarios a la normativa de Contrataciones con el Estado suscitados en nuestro país, han sido imputable exclusivamente al contratista?, en sentido contrario, ¿La cultura preventiva contra la corrupción dentro de la Contratación Estatal no debería ser compartida?, ¿Es la parte contratante el agente idóneo en quien debe recaer la potestad de resolver automáticamente el contrato? ¿La cláusula Anticorrupción es lo suficientemente clara al referirse la “comisión de actos ilegales o de corrupción”? En concreto, estudiar cada una de las pautas conductuales fijadas en la Cláusula Anticorrupción será el primer cimiento a determinar la efectividad o no de su rol preventivo.

### **3.1.2. Análisis del contenido de la Cláusula Anticorrupción a la luz de doctrina, aplicación de los principios de la Contratación Estatal y casuística nacional.**

#### **A) El contratista como sujeto obligado a desplegar un comportamiento de integridad en la fase formativa y de ejecución del contrato.**

Preliminarmente, el contratista, dentro de una Contratación Estatal, busca obtener un beneficio económico luego de haber cumplido cada una de sus obligaciones de carácter legal o convencional; pero, a su vez, es un colaborador activo con la entidad contratante al velar por satisfacer el interés general, razón por la cual, es meritorio mostrar un comportamiento correcto. No obstante, muchas veces, se ha visto frente la disyuntiva de delinquir a efectos de obtener un beneficio para sí mismo al verse influido por terceros generando, “desconfianza generalizada, obras paralizadas y perjuicio económico; afectando, indubitablemente, derechos y bienes públicos” (Hennings, 2020, p.03).

De esta manera, no resultaría impropio que el legislador haya planteado como una de las primeras exigencias de integridad que, el contratista, en caso de ser una persona natural, antes de la suscripción del contrato, declarar no haber ofrecido, negociado o efectuado cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo en torno al contrato, ya sea de manera directa o por medio de terceros. Asimismo, se verá supeditado a las mismas “reglas de juego”, en caso de ser el contratista, una persona jurídica, al configurarse de la siguiente manera:

La declaración de no corrupción antes de la suscripción del contrato abarca la conducta de los socios, integrantes de los órganos de la administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas; entendiéndose esta, cualquier persona jurídica que sea propietaria directa de más del 30% de las acciones representativas del capital o tenedora de participaciones sociales en dicho porcentaje en la propiedad de esta o, cualquier persona natural o jurídica que ejerce un control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control. (Chocano, 2020, p.55)

Asimismo, en revisión de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 11, describe taxativamente las personas impedidas de ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas; pues por su propia calidad de su cargo, tales como, Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Congresista de la República, Juez, Ministros, Viceministro, Gobernador regional, Alcalde, Regidor, Titular de instituciones u organismos del Poder Ejecutivo, Funcionario público,

Empleador de confianza, Servidor público, trabajadores de las empresas del Estado, personas naturales o jurídicas que tengan algún tipo de intervención directa en algunos actos principales de las fases de la contratación; por su condición de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad de los estamentos estatales antes mencionadas; o, peor aún, aquellos que por haber delinquido o verse a la fecha sancionados, entre otros grupos indicados en el dispositivo legal ya mencionado, podrían afectar la esperada integridad y la prevención de actos corrupción dentro del proceso de contratación, ya sea obteniendo algún tipo de beneficio o influencia de parte de la entidad contratante, o ampliando todo una red de corrupción al ya haberse inmiscuido en ello.

Ahora bien, a pesar de dichos esfuerzos por parte de la norma, nuestra realidad nos ha ido mostrando que, la parte contratante, también puede delinquir a fin de obtener un beneficio propio. Globalmente, los medios de comunicación, como parte de su rol informativo, nos han dado a conocer que funcionarios del Estado, integrantes de los tres niveles de gobierno, han ido socavando un contexto correcto de Contratación Estatal. Para mayor claridad, se destacan los siguientes casos:

**TABLA N° 03: ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PERUANA DE PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE**

N°	ACTOS CORRUPTIVOS
01	<b>Caso Costa Verde – Tramos Callao:</b> Acuerdo ilícito entre el ex gobernador, Félix Moreno Caballero, y ejecutivos de la empresa Odebrecht a fin de obtener la Buena Pro en la Licitación Pública N.º 09-2013, Construcción de la Vía Costa Verde – Callao. Para ello, el ex gobernador antes mencionado, recibió 4 millones de dólares a fin de interceder ante el Comité Seleccionador para direccionar la Licitación a favor de la Empresa.
02	<b>Caso Vía de Evitamiento – Cusco:</b> El ex presidente regional de Cusco, Jorge Isaacs Acurio Tito, se reunió con un funcionario del Consorcio Vías de Cusco, integrado por las empresas Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C, para ofrecerle la Buena Pro de la obra “Mejoramiento de la Transitabilidad Vehicular y Peatonal de la Vía Evitamiento de la ciudad de Cusco” a cambio de 3 millones de dólares.
03	<b>Caso Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú – Brasil. Tramo 02 y 03:</b> En este caso, se efectuaron pagos ilícitos por parte de la empresa Odebrecht en representación de los Consorcios Concesionario Interoceánica Urcos – Inambari y Concesionario Interoceánica Inambari – Iñapari, integrados, a su vez, por la Constructora Norberto Odebrecht S.A., Graña y Montero S.A., JJ Carnet Contratistas Generales S.A e Ingenieros Civiles Asociados, a favor del ex Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, por aproximadamente 20 millones de dólares, para que este influya en otorgar la Buena Pro de la Licitación Los Tramos 2 y 3 de la Concesión del Proyecto Corredor Interoceánico
04	<b>Caso Club de la Construcción:</b> Los representantes legales de las empresas contratistas se habrían reunido con Rodolfo Prialè de la Peña y un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Carlos Eugenio García Alcázar, a fin de acordar de otorgar la Buena Pro a una empresa determinada. Así también, de dichas reuniones se habría determinado que la compañía ganadora de la Buena Pro debía realizar un pago ascendente al 2.92% del valor referencial.
05	<b>Caso Gasoducto Sur Peruano:</b> Uno de los casos más polémicos en nuestro país, tomó protagonismo entre el acuerdo por parte de una organización criminal liderada por Ollanta Humala y Nadine Heredia y algunos funcionarios de Proinversión al buscar otorgar beneficios indebidos a la empresa Kuntur Transportadora, <b>dentro del proyecto Gasoducto Andino del Sur, como también, adjudicar ilícitamente la Buena Pro al Consorcio Gasoducto Sur Peruano, conformado por las empresas: Odebrecht S.A, Enagás Internacional S.L.U y, posteriormente, Graña y Montero S.A.</b>
06	<b>Caso Construcción del Colegio Mariscal Nieto – Ayacucho:</b> Se imputó al gobernador regional y gerente regional de Infraestructura de haber concertado con ALPESA Contratistas Generales S.AC para que sea ganador de la licitación pública y ejecutar el proyecto de la Institución Educativa Mariscal Cáceres.
07	<b>Caso adquisición de ambulancias – Ayacucho:</b> Funcionarios públicos y el vicepresidente del Gobierno Regional de Ayacucho favorecieron a Automotores Mopal S.A en la adquisición de ambulancias tipo 02.
08	<b>Caso Construcción del Puente San Miguel – Ex Puente Viejo Piura:</b> Se otorgó la Buena Pro al Consorcio Puente Viejo, por parte del ex Gobernador Regional de Piura al Consorcio Puente Viejo, aun cuando su oferta económica era de aproximadamente 23 millones de soles, es decir, por un 9.53% superior al valor referencial; evidenciándose una transgresión a la normativa de Contrataciones con el Estado.
09	<b>Caso Mejoramiento de carretera desvío Huancañi – Putina (PUNO):</b> Se otorgó la Buena Pro a favor de un postor a base de documentación falses; además, se pagó sin recibir los bienes solicitados. Se generó un perjuicio de aproximadamente 149 mil soles.
10	<b>Caso Municipalidad Distrital de La Esperanza, La Libertad – 2010:</b> En este caso, concurrieron irregularidades respecto 2 adjudicaciones selectiva para la adquisición de aproximadamente 69 mil galones de asfalto líquido, favoreciendo a un postor que, en realidad, no reunía los requisitos. De ello, se concretó el ilícito penal de Negociación Incompatible, como también, un perjuicio económico de 4 mil soles.

*Elaboración propia*

Sumado a ello, hasta la fecha, existe una forma típica y común de contravenir las normas de la Contratación Estatal, siendo tal, la sobrevaloración de precios entendida como la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras por encima del precio original, sin fundamento alguno, planteado en el mercado, afectando gravemente a los recursos económicos que posee el Estado. En esa línea, se deslinda los siguientes casos:

<b>TABLA N° 04 – LICITACIÓN PÚBLICA N° 001-2015- MDVO-1 MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VEINTISÉIS DE OCTUBRE DE PIURA</b>							
<b>Cantida d</b>	<b>Detalle</b>	<b>Contratista</b>	<b>Contratante</b>	<b>Valor adjudicado</b>	<b>Valor de mercado</b>	<b>Monto sobrevalorado</b>	<b>Porcentaje de sobrevaloración</b>
07	Camiones compactadores	Sigma Equipement del Perú	Municipalidad Distrital del Veintiséis de octubre - Piura	3'002,450.00	2'702,450.00	<b>300,000.00</b>	<b>11.10%</b>
02	Volquetes	Sigma Equipement del Perú		1'096,360.00	936,360.00	<b>160,000.00</b>	<b>17.09%</b>

*Fuente: Portal web del OSCE, La República, 15 de mayo del 2015*

<b>TABLA N° 05 – GOBIERNO REGIONAL DE LORETO. RED DE SALUD DEL DALMET DEL MARAÑÓN</b>							
<b>Cantida d</b>	<b>Detalle</b>	<b>Contratista</b>	<b>Contratante</b>	<b>Valor adjudicado</b>	<b>Valor de mercado</b>	<b>Monto sobrevalorado</b>	<b>Porcentaje de sobrevaloración</b>
01	Espectrofotómetro	Alto Amazonas Import	Gobierno Regional de La Libertad	14,400.00	3,429.00	<b>10,971.00</b>	<b>319.95%</b>
06	Microscopios	Alto Amazonas Import	Gobierno Regional de La Libertad	46,800.00	9,300.00	<b>37,500.00</b>	<b>403.3%</b>

*Fuente: Portal web del OSCE, SUNAT, Diario Judicial de Loreto, 31 de mayo del 2015*

<b>TABLA N° 06 – MUNICIPALIDAD DE LOS OLIVOS – LIMA, ADQUISICIÓN DE 12 CAMIONETAS</b>							
<b>Cantida d</b>	<b>Detalle</b>	<b>Contratista</b>	<b>Contratante</b>	<b>Valor adjudicado</b>	<b>Valor de mercado</b>	<b>Monto sobrevalorado</b>	<b>Porcentaje de sobrevaloración</b>
12	Camiones Wingles	Dercor y HR Tractor	Municipalidad de los Olivos - Lima	600,000.00	444,000.00	<b>156,000.00</b>	<b>35.14%</b>

*Fuente: Portal web del OSCE, SUNAT, El Comercio, 11 de junio del 2014*

De esta manera, la actuación ilícita de la entidad contratante, por medios de sus funcionarios o servidores públicos, ha permitido la constitución de una serie de delitos lesivos a una Administración Pública correcta, en cuanto su funcionamiento y el manejo de los recursos del Estado o el debido ejercicio de la función pública, al verse desprovistas por la imparcialidad y falta de ética.

De los actos penalmente reprochables y sancionables más comunes destacan, en resumen: Cohecho, toda vez que, la autoridad o el funcionario público concede licitaciones u otro tipo de contrato a favor de empresas determinadas a cambio de obtener dádivas o sobornos, de acuerdo a lo pactado; Prevaricación, la cual se constituye luego de que un funcionario a otorgado un contrato determinado a favor de una entidad o empresa, lo cual equivale haber incumplido las normas o formalidades contenidas en la normativa de contratación; y, tráfico de influencias, es decir, el funcionario o autoridad influye sobre otro a fin de que tome una decisión que favorezca al primer sujeto e, inclusive, a un tercero (Jareño, 2017, pp.05-08).

Por otra parte, en el segundo párrafo sobre el contenido de la Cláusula Anticorrupción, versa sobre cómo debe direccionarse la conducta del contratista durante la etapa de ejecución contractual, equivalente a la concurrencia de los valores de honestidad, probidad, veracidad e integridad, así como de no incurrir en conductas ilegales o de corrupción. Ante tales exigencias, y si velar por una integridad total dentro de la contratación, la parte contratante, debe valerse también por tal contexto esperado, de tal manera que, ambas partes promoverán una ejecución contractual óptima, reflejada en, ya sea en la construcción correcta de una obra, tal como estaba planificada técnicamente en un inicio o en correlato a las necesidades del momento, o la adquisición de bienes, servicios realmente útiles para el receptor directo o indirecto.

Desatender la posible falta de ética de la parte contratante, implicaría cegarse ante la inevitable afectación de los principios generales de la Contratación Estatal que, en términos generales, “determinan el adecuado accionar de la Administración Pública y de los administrados al momento de contratar, de tal modo que se garanticen y satisfacen los intereses de ambas partes” (Mogollón, 2017, p. 03). Entre los principios vulnerados tenemos:

En primer orden, la igualdad de trato se ve transgredida al existir un acuerdo previo a cambio de un beneficio particular entre las partes, lo cual, subsecuentemente, desfavorece a los demás participantes de manera irracional, subjetiva y desproporcionada. Es todo último conlleva a la supresión de la libertad de concurrencia, al arrebatarle no solo la oportunidad a un participante u competidor de acceder a la buena pro en el contrato, sino, además, de postular propuestas favorables a la entidad contratante a una mejor calidad al menor precio. En efecto, la finalidad pública no es el único bien afectado en este contexto; pues, los efectos nocivos se propagan hasta la esfera del privado.

En segundo orden, se transgrede el principio de Transparencia, en virtud de la falta de claridad en la información que se maneja o administra durante todo el proceso de contratación, a fin de poder ocultar sus verdaderas convicciones particulares, carentes de todo fundamento objetivo o debidamente sustentado.

En tercer orden, el principio de Equidad el cual, si bien implica la equivalencia y proporcionalidad de las contraprestaciones entre las partes del contrato, ello también trae a colación la igualdad al momento de cumplir derechos o deberes propios de la contratación de fin de no existir algún perjuicio a una de las partes, más aún, si se trata de actos de procedencia ilegal o corruptiva. Finalmente, se vulneraría el principio de Integridad, toda vez que, los actos de corrupción, por su propia naturaleza, se contraponen a los valores de veracidad, honestidad, transparencia y buena fe entre las partes, esenciales para la construcción de una contratación íntegra, tal como lo pretende la Cláusula Anticorrupción a partir de su aplicación.

## **B) Resolución automática y de pleno derecho en el contrato por parte del Entidad contratante**

Como ya se había hecho mención, todos los países asociados a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tienen el deber de erradicar las consecuencias de los actos de corrupción manifestadas en los diversos sectores políticos, económicos y sociales. En específico, tratándose de las Contrataciones Estatales, se recurre a la figura de Resolución contractual a fin de ser declarado ineficaces los contratos por parte de la entidad contratante. Para su mayor comprensión, es necesario entender los alcances de dicha figura jurídica.

De acuerdo a De La Puente y Lavalle (2001) precisa que:

(...) La Resolución deja sin efecto la relación jurídica patrimonial; la convierte en ineficaz. De tal manera, deja de ligar a las partes, en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones. (p. 455)

Asimismo, García (2001) señala que la Resolución “(...) es una forma de extinción anticipada del contrato, actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte” (p.201).

Por tanto, contrastando con el panorama de las Contrataciones del Estado, bajo el incumplimiento de los compromisos expresados taxativamente en el contenido de la Cláusula Anticorrupción, una de las partes, en este caso, la entidad contratante, deberá resolver el contrato de manera unilateral y automática frente la infracción de corrupción cometida por el contratista. Frente a ello, la Doctrina Nacional se ha mostrado disconforme por las consecuencias adversas que traería consigo, como también, por la forma en cómo se toma de la decisión de resolver el contrato.

Cisneros (2017) ha catalogado a la Cláusula Anticorrupción como un arma letal o de doble filo, puesto que:

(...) establecer una Cláusula Anticorrupción a raja tabla que obligue El Estado a resolver automáticamente el contrato, ante la comisión o declaración de comisión de un acto de corrupción, sea en el Perú o en el 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; 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 quieren financiar el proyecto o deseen, una vez concertado, incorporarse como socio. (p.48)

Entonces, la resolución de un contrato estatal, bajo las pretensiones de incumplir la Cláusula Anticorrupción, no solo debe ser vista desde la perspectiva de lograr, en cierta medida, prevenir la continua producción de los efectos de un acto corruptivo, sino que, además se debe asumir otras consideraciones colaterales, como es el caso de la presencia de agentes indirectos, como, la sociedad misma, quien se vería perjudicada la inexistencia de bienes y servicios urgentes en un determinado contexto o, la construcción parcial de una obra; supuestos que afectarían el desarrollo libre y progresivo de algunos derechos connaturales a toda persona. Así también, algunos inversionistas se verían en una posición de incertidumbre sobre la concretización o no de un contrato, razón por la cual disminuiría la capacidad de inversión y confianza. Visto así, resulta importante el rol que cumple la entidad encargada de resolver, de manera automática, el contrato, al evidenciarse sus las consecuencias adversas en caso de no tomarse una decisión lo

suficientemente idónea

Por otra parte, la Doctrina Nacional ha delimitado otra observación a la forma como se toma la decisión de resolver el contrato estatal; pues, si bien ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones contractuales, de manera injustificada, por parte del contratista, el numeral 01 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prevé que se debe cursar una carta notarial por parte del sujeto perjudicado, con un plazo no mayor a cinco días, salvo que, de acuerdo a la complejidad del contrato, podría extenderse hasta por 15 días, con la intención de solicitar la ejecución de las obligaciones pactadas, caso contrario, procederá a la resolución del contrato; empero, en el caso del incumplimiento de los compromisos fijados en la Cláusula Anticorrupción, no existe esa posibilidad, ya que la norma señala que debe realizar sin requerimiento previo, es decir, se producirá de manera automática.

De ser así, hay una gran responsabilidad que asume la parte contratante para tomar la decisión de resolver el contrato, en razón de los siguientes aspectos analizados por parte de Chocano (2020):

En primer lugar, sobre el hecho de que la Cláusula se pueda alegar por motivos adicionales a un acto de soborno, tan diversos y de amplia interpretación como las faltas a la honestidad, probidad y veracidad, así como por haber incurrido en una conducta ilegal.

En segundo lugar, por el hecho de que no se requiera la declaratoria de un tercero que evidencie tales prácticas. Es decir, no hay la exigencia de existir una condena penal por un acto de corrupción, que el contratista haya reconocido tal práctica ante la fiscalía, que exista una investigación en curso, un hallazgo del órgano de control interno, ni siquiera una denuncia presentada por un ciudadano. La decisión de la Entidad puede basarse exclusivamente en su propio análisis e interpretación de lo que considera un acto de corrupción, una falta a la honestidad, probidad y veracidad, o una conducta ilegal. (p.58)

En esa línea, cabe la posibilidad de que la decisión tomada por la parte contratante no haya sido debidamente motivada, en razón de la falta de admisión de prueba en contrario o de permitir sustentar argumentos de defensa a favor de la parte contratista.

En rigor, se requiere la presencia de un órgano independiente que atienda las cuestiones referidas al incumplimiento de los compromisos señalados en la Cláusula Anticorrupción.

### **C) Autoridad competente a la cual debe recurrir el contratista en caso de detectar actos o prácticas corruptivas.**

Como parte de la prevención de la corrupción, en sus diversas modalidades, dentro de la Contratación Pública, el contratista se compromete a informar, de manera inmediata, cualquier indicio acto corruptivo del cual sea testigo directamente o que existen los medios idóneos o suficientes para dicha incriminación

Para ello, debe recurrir a las instancias correspondientes, tales como: el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), al tener la facultad de “regular y supervisar los procesos de contrataciones, cautelando la aplicación eficiente de la normatividad y promoviendo las mejores prácticas para el uso óptimo de los recursos públicos y la satisfacción de las necesidades de la población” (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, s/f) promoverán las acciones pertinentes para el mantenimiento de la integridad y la eficacia; Contraloría General de la República, como parte de “supervisar, vigilar y verificar que los actos realizados por los funcionarios públicos en el marco de las funciones sean legales e imparciales y persigan el interés pública” (Contraloría General de la República, s/f) puede atender casos de presunta comisión de

actos de corrupción o de otra índole proveniente del grupo especificado; y a la Fiscalía correspondiente, quienes realizarán las investigaciones correspondientes a fin de formular la correspondiente acusación o, caso contrario, archivar el caso ante la ausencia de elementos de convicción suficientes.

#### **D) Medidas técnicas, organizativas y/o de personal para evitar actos y prácticas anticorruptivas a considerar por el contratista**

En los últimos años, las grandes empresas, han ido adoptando mecanismos de prevención de comisión de ilícitos, a nivel interno, por parte de sus miembros e integrantes, siendo uno de ellos el compliance empresarial, entendido, en líneas generales, como una forma de detectar tempranamente supuestos de naturaleza ilícita con la finalidad de no contravenir normativa interna, para así encontrarse en una mejor posición frente la Administración Pública, debido a que existe la seguridad de una gestión de detención temprana de un acto reprochable y perjudicioso corporativamente y a nivel de la contratación por parte del contratista. Por tanto, “se busca que se reúnan las condiciones para el cumplimiento normativo, basados en estándares internacionales de buen gobierno corporativo” (Del Castillo, 2020, p.23).

Es decir, el compliance empresarial, como una forma de evitar, de manera específica, prácticas supeditadas a la corrupción, debe entenderse desde la perspectiva de ser:

Un mecanismo de supervisión interna de la empresa, cuya finalidad es hacer cumplir la ley en cada una de las actividades a desarrollar dentro de la empresa, en amparo de concretar una función de prevención a partir de la implementación de un conjunto de medidas organizativas y de vigilancia al interior de la empresa, como también, ejercer una función de confirmación del Derecho, al establecerse diversos mecanismos confiables y seguros para la detención interna de las irregularidades cometidas, así como para la realización de actos de reparación y, de ser el caso, de denuncia a las instancias correspondientes. (García, 2019, p.22)

Asimismo, los compromisos de no realizar actos de corrupción, bajo sus diversas modalidades, fijados en la Cláusula Anticorrupción, tendrían una mayor efectividad en cuanto su cumplimiento, al mismo tiempo que existe una gestión de control o de riesgo de corrupción dentro de la empresa o persona jurídica misma al adoptar medidas técnicas, organizativas y de personal pertinentes y necesarias, para así, evitar algún tipo de consecuencias perjudiciales para la entidad, como por ejemplo, la disolución, pago de multa o suspensión de las actividades, entre otras.

### **3.2. Propuesta de mejoras en la Cláusula Anticorrupción adoptada en el Ordenamiento Jurídico Peruano.**

Como se ha podido evidenciar, de la forma en cómo se encuentra regulada, hoy en día, la Cláusula Anticorrupción, carece de ciertos elementos esenciales que limitan a que pueda cumplir su rol preventivo dentro de la Contratación Pública y de fomentar la integridad entre las partes suscritas al contrato estatal. En razón de ello, se propone las siguientes mejoras a favor de la Cláusula Anticorrupción, siendo tales:

#### **3.2.1. Inserción del contratante como sujeto obligado a desplegar una conducta de integridad.**

En el primer párrafo del numeral 04 del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225, se menciona taxativamente que “el contratista tiene la obligación y el compromiso de recibir, ofrecer, negociar o efectuar, de manera directa o indirecta, algún pago o cualquier beneficio o incentivo

ilegal en relación al contrato” (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2019, p.30)., como también, de acuerdo al segundo párrafo del artículo ya mencionado “de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad (...)”(Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2019, p.30); sin embargo, de acuerdo a los casos desarrollados anteriormente, se constata que, la entidad, es decir, el Estado, mediante sus funcionarios o servidores públicos, también comete una serie de actos contrarios a las bondades de la Contratación Pública, al estar asociados a la corrupción u otros actos de naturaleza ilegal. Por tanto, el sentido de prevenir de la corrupción a través de la inclusión de la Cláusula Anticorrupción en los contratos estatales perdería toda noción, ya que recaería en un mismo contexto de corrupción que pretende evitar con la exigencia de integridad, las misma que debe estar fijada bajo parámetros de bilateralidad, es decir, las partes que se encuentran asociadas a un contrato deben velar a un mismo nivel de compromiso y reciprocidad, asegurando y dando la seguridad suficiente de no delinquir en cualquier manifestación de corrupción.

En suma, es necesario que la parte contratante también se encuentre sujeto al compromiso de mostrar una conducta de integridad, bajo los mismos términos que el contenido de la Cláusula Anticorrupción contempla; más aún si reconoce que la naturaleza de un contrato estatal responde a la teoría unitaria, en la cual las partes se encuentran relacionadas de acuerdo a los fines que pretende profesar el Derecho Público en cualquiera de sus ramas específicas, siendo en este caso, la Contratación Estatal velará siempre por el interés público, entendido como aquello que beneficia a todos. Por ende, no debe verse perjudicado por actos tan cuestionables propios de la corrupción al buscar únicamente un beneficio para un grupo muy minoritario, quien no ve las necesidades reales de todo un colectivo.

### **3.2.2. Incorporación del término ilícito en el segundo párrafo del numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225.**

Uno de los compromisos fijados en el contenido de la Cláusula Anticorrupción refiere que el contratista no debe incidir en la comisión de actos ilegales, es decir, contrario a las formalidades y reglas jurídicas especificadas dentro de la normativa de contrataciones del Estado. No obstante, ello no implica necesariamente acogerse a las verdaderas intenciones que pretende la Cláusula bajo análisis, es decir, depurar cualquier acto relacionado con la corrupción, como son, malversación de fondos, cohecho, prevaricación o soborno que, al fin de cuentas, son contrarios a la moral y las buenas costumbres, como también, reprochables por el mismo Derecho Administrativo y, si de sancionar a través de penas privativas de libertad se trata, el Derecho Penal cumplirá su rol sancionador, en caso de verificarse la comisión perjudicial de tales actos.

Pues, hablar de actos ilegales e ilícitos, no implica una relación de sinonimia ya que, el primer término, refiere a lo prohibido por una norma legal, pero que no tiene algún tipo connotación moral; mientras que el segundo término, si bien está prohibido por una norma legal, sí tiene una valoración moral al existir actos enraizados por lo injusto o carencia de equidad, lo cual es propio de la corrupción dentro de la contratación estatal.

En ese sentido, se deberá añadir el término ilícito al segundo párrafo del numeral 04 del artículo 138ª del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a fin de dar un mayor alcance en cuanto su regulación y acoger las verdaderas pretensiones de la Cláusula Anticorrupción.

### **3.2.3. La Junta de Resolución de Disputas como órgano independiente encargado de atender los casos de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción.**

De acuerdo a lo establecido en el último párrafo del numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley de Contrataciones N°30225, el contratante, es decir, el Estado al constatar la consecución de actos corruptivos por parte del contratista, resolverá automáticamente y de pleno derecho el contrato; sin embargo, dicha discrecionalidad quita la posibilidad al contratista de presentar algún tipo de prueba o hacer un descargo sobre dicha decisión, que podría ser ejecuta de manera injustificada, irrazonable y no motivada de acuerdo los verdaderos aspectos fácticos y jurídicos. En razón de ello, es necesaria la participación objetiva de un órgano independiente cuya misión esté adscrita a la atención de casos de resolución contractual frente algún tipo de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción.

En ese proceder, la normativa ya indicada, regula a la Junta de Resolución de Disputas encargada de la resolución de conflictos entre las partes del contrato, sin considerar, de acuerdo a las últimas modificaciones hechas al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado N°30225, el monto del bien, servicio u obra. En vista de ello, se debe atribuir la facultad de atender aquellos casos de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción a la Junta de Resolución de Disputas, cuya motivación recae en la plena realización de los principios de Objetividad e Imparcialidad en las decisiones que se puedan tomar dentro de las distintas controversias suscitadas en la contratación pública como parte del incumplimiento de los compromisos fijados en la Cláusula Anticorrupción, sin perjuicio de ser conocido por el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, en la plena búsqueda de contrataciones eficientes y sostenibles para la sociedad misma. En esa línea, el Organismo de Supervisión de Contrataciones del Estado debe estar lo suficiente preparada para desarrollar un papel activo en la identificación de presuntos actos ilegales y de corrupción en las diversas fases de la contratación estatal.

Con todas las bondades antes expuestas, la modificatoria del numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225, referida al contenido de la Cláusula Anticorrupción, resulta ser la siguiente:

### **3.2.4. Proyecto de Ley que modifica el numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225**

Con la plena convicción de contribuir a las pretensiones de orden público por parte de nuestro ordenamiento jurídico nacional, en torno a la construcción de una contratación estatal libre de corrupción, se plantea la siguiente propuesta:

#### **4. 138°: Cláusulas Anticorrupción. -**

Conforme a lo establecido en los artículos 32° y ° de la Ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:

- a) La declaración y garantía del **contratante, mediante sus funcionarios o servidores públicos** y el 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 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

- b) El compromiso del **contratante** y el contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales e **ilícitos asociados a la 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.
- 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 adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

**En caso de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción, las partes deben recurrir a la Junta de Resolución de Disputas a fin de atender dicha controversia. De darse corroborarse algún supuesto de corrupción, se resolverá objetivamente el contrato sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.**

#### **IV. CONCLUSIONES**

- a) El contenido de la Cláusula Anticorrupción, regulado en el numeral 4 del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225, proporciona determinadas pautas o reglas de conducta, las cuales, aparentemente, lograrían prevenir cualquier acto ilegal o de corrupción como manifestación de instaurar la integridad dentro de la contratación, fundada en su naturaleza preventiva; sin embargo, ha quedado claro que: La parte contratante, esto es, el Estado a través de sus funcionarios o servidores públicos, a lo largo del último milenio, han desplegado una serie de actos contrarios a las pretensiones actuales de la Contratación Estatal y promoción de una Administración Pública correcta, en cuanto su funcionamiento y el manejo de los recursos del Estado o el debido ejercicio de la función pública, al verse desprovistos por la imparcialidad y falta de ética; si bien establecer expresamente la prohibición de cometer actos ilegales durante la ejecución del contrato forma parte del esquema general de integridad, no se debe olvidar que, la Cláusula Anticorrupción tiene su razón de ser en la no comisión de actos de corrupción equivalente a actos de naturaleza ilegal, como por ejemplo, cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, entre otros; y sobre el ente que tome la decisión de resolver el contrato estatal de manera racional, proporcionada y justificada a efectos de cumplir el rol preventivo de la Cláusula bajo análisis, debe considerar, además, la existencia de efectos colaterales en agravio de la sociedad misma, razón por la cual, la parte contratante no sería el sujeto idóneo para asumir dicha responsabilidad, ya que la realidad nacional ya nos ha mostrado su participación activa en actos ilícitos e ilegales a beneficio propio.
- b) De cara a ello, con la firmeza de aportar en la promoción de una contratación estatal sujeta a criterios de integridad y, en cierta medida, prevenir la comisión de actos de corrupción, las mejoras al contenido de la Cláusula Anticorrupción son las siguientes: Inserción del contratante, es decir, el Estado, como sujeto obligado a desplegar una conducta de integridad, incorporar el término ilícito en el segundo párrafo del numeral 04° del artículo 138° del Reglamento de la Ley N° 30225 a fin ampliar su ámbito de aplicación y atribuir a la Junta de Resolución de Disputas la facultad de atender los casos de incumplimiento de la Cláusula Anticorrupción.

## V. RECOMENDACIONES

a) A fin de mantener el sentido preventivo y de integridad en la Cláusula Anticorrupción, es necesario que el legislador continúe formulando modificaciones para los artículos contenidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 sobre los vacíos existentes, los cuales aperturan la comisión de actos de corrupción bajo sus diversas modalidades.

b) Así también, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) debe vigilar constantemente la inclusión de esta Cláusula en los contratos estatales posteriores, al fin de cumplir su naturaleza obligatoria, como también, asumir un rol de monitor en todo el desarrollo del proceso de contratación a fin de detectar actos que atenten contra la integridad esperada entre las partes contratantes. Caso contrario, perdería toda razón de ser, y quedaría como una propuesta más en la intensa lucha contra la corrupción en la Contratación Pública Peruana.

## VI. REFERENCIAS

1. Álvarez, J. (2017). El reto de la gerencia pública en promover la cultura anticorrupción y las Cláusulas Anticorrupción en las Contrataciones del Estado. *Políticas públicas y gerencia pública*, 1(2), 01-12.
2. Aymerich, C. (2014). Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1(45), 209-239. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5444233>
3. Baca, S. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, 24(28), 270-297. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>
4. Bertrán, K. (2014). Administración pública y control. Obligatoriedad de forma y sello de notariado en folios en propuestas presentadas en acto público. *Administración pública y control*, 7(14), 35-50.
5. Bobadilla, A., Carrillo, M., Zárate, R. (2019). *El impacto de la corrupción como barra burocrática en la contratación pública* [Tesis de post grado, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC]. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/624015>
6. Cámara de Comercio Internacional (2018). *Cláusula dada por la Cámara de Comercio con la Corrupción*. Estudios por la Comisión de la Cámara de Comercio Internacional, Editorial ICC. <http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2015/09/ICC-Anti-corruption-Clause-SPANISH.pdf>
7. Castilla – La Mancha, C. (2018). Por una contratación realmente pública – pactos de integridad y datos abiertos. *Agenda Pública*. <http://agendapublica.elpais.com/por-una-contratacion-realmente-publica-pactos-de-integridad-y-datos-abiertos/>
8. Cerrillo, A. (2014). *El principio de integridad en la contratación pública*. Arazandi Ediciones. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=597217>
9. Chocano, C. (2020). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, 2(18), 35-65. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22856>
10. Cisneros, M. (2017). *La problemática de las Asociaciones Público Privadas en el Perú con ocasión de la Cláusula Anticorrupción* [Tesis de pre – grado, Universidad de Lima]. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5701>

11. Contraloría General de la República (2018). Corrupción administrativa en la contratación pública. *Revista Criterio Libre Jurídico*, 13(2), 68-78. <http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2016.v13n2.26205>
12. De la Puente y la Valle, M. (2001) *El contrato en general - Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*.
13. Del Castillo, G. (2020). *Análisis para la aplicación de programas de compliance en materia de Contratación Pública*. [Tesis de pre – grado, Universidad de Piura]. <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4536>
14. García, E. (2006). *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas editores. García, L. (2014). *It compliance, privacidad y protección de datos para empresas públicas en el Perú*. [Tesis de pre – grado, Universidad Nacional del Antiplano]. [http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/11354/Garc%C3%ADa\\_Villalta\\_Luis\\_Fernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/11354/Garc%C3%ADa_Villalta_Luis_Fernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
15. Gorrin, S. (2016). La integridad en los contratos del sector público: especial referencia al principio de transparencia. *Revista de la Universidad de La Laguna*. <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/2569/La%20integridad%20en%20los%20contratos%20del%20sector%20publico%20especial%20referencia%20al%20principio%20de%20transparencia..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
16. Guzmán, C. (2009). Contratación estatal y régimen de concesiones. Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho administrativo*, 7(10), 204-216. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022>
17. Hennings, J. (2020). Corrupción en las contrataciones del Estado: el nefasto club de la construcción en el Perú. *Quipuramayoc. Revista de la Facultad de Ciencias Contables*, 28(7), 03-18. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/quipu/issue/view/1406>
18. Jareño, A. (2017). Conductas delictivas en materia de contratación pública. *Revista transparencia e integridad*. 1(5), 01-06. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6410052>
19. Mendoza, K., Hernández, J., Saldaña, J., León, L. (2019). *Contrataciones del Estado*. Gaceta jurídica. [http://www.gacetajuridica.com.pe/boletinnvnet/img\\_bol08/contrataciones\\_y\\_adquisiciones.pdf](http://www.gacetajuridica.com.pe/boletinnvnet/img_bol08/contrataciones_y_adquisiciones.pdf).
20. Mogollón, P. (2017). *La necesidad de reforzar los mecanismos de supervisión en la contratación estatal para combatir la corrupción*. [https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2017/06/comunicacion\\_2017\\_percy\\_mogollon.pdf](https://jdaiberoamericanas.files.wordpress.com/2017/06/comunicacion_2017_percy_mogollon.pdf)
21. Morón, J. (2006). Derecho regulatorio: régimen de concesiones. Los principios de la contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *THEMIS-Revista de derecho*, (52), 189-200. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8831>.
22. Morón, J. (2018). La Cláusula Anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales: una demanda de la sociedad. *Revista de la Facultad de Derecho de México*. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/67584>

23. Morón, J. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Fondo editorial PUCP. <https://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/coleccion-lo-esencial-del-derecho/492-aspectos-juridicos-de-la-contratacionestatal.html#.XslCOv9KjIU>
24. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (2018). Opinión N° 121-2018/DTN. <https://vlex.com.pe/vid/opinion-n-121-2018-738552677>
25. Organización de las Naciones Unidas (2012). Convención de las naciones unidas contra la corrupción. [https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/corruption\\_s.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/corruption_s.pdf)
26. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). *La contratación Pública en el Perú: Reforzando capacidad y coordinación*. OCDE. <https://books.google.com.pe/books?id=MkE5DwAAQBAJ&pg=PA239&dq=clausula+anticorrupcion&hl=es419&sa=X&ved=2ahUKEwiA7pHwJXrAhXuhOAKHSKmCA4Q6AEwAXoECAYQAg#v=onepage&q=clausula%20anticorrupcion&f=false>
27. Ospina, R. (2008). Experiencia de implementación sistemática de Pactos de Integridad. *Centro de Derechos Humanos*, 14(2), 139-149.
28. Contraloría General de la República (s/f). *Funciones de la Contraloría General de la República*. [https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as\\_contraloria/conoce\\_la\\_contraloria](https://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/cgrnew/as_contraloria/conoce_la_contraloria)
29. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (s/f). *Funciones del OSCE*. <https://www.gob.pe/osce>
30. Poder Ejecutivo del Perú. (2018, 31 de marzo). *Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado*. Diario oficial El Peruano. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018\\_DL1444/DS%20344-2018\\_EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018_EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf)
31. Poder Ejecutivo del Perú. (2019, 13 de marzo). *Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado*. Diario oficial El Peruano. [https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018\\_DL1444/TUO\\_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf](https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf)
32. Poder Ejecutivo del Perú. (2019, 22 de noviembre). *D.U.N°014-2019 – Decreto de Urgencia que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2020*. Diario oficial El Peruano. <https://noticia.educacionred.pe/2019/11/d-u-014-2019-decreto-urgencia-que-aprueba-presupuesto-sector-publico-ano-fiscal-2020-186875.html>
33. Retamozo, A. (2018). Contrataciones del Estado. Los procedimientos de selección en la Ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado. *Revista Aequitas*, (01), 97-111. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/article/download/15224/13182/>
34. Rojas, M. (2014). *Contrataciones del Estado: ¿sistema administrativo? Su relación con el sistema de abastecimiento*. Administración Pública y control.
35. Salazar, D., Angles, A. (2018). *El diseño institucional de la corrupción: Vacíos regulatorios en Contrataciones Públicas con el Estado – Análisis del Programa Nacional de Dotación de Materiales Educativos del Perú*. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/126889>

36. Salazar, R. (2001). El contrato administrativo. *Derecho & sociedad*, 6(20), 235-241. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16887/17193>
37. Shack, N. (2021). Perú perdió S/23, 297 millones por corrupciones e inconductas. <https://elperuano.pe/noticia/124640-peru-percio-s-232~7-millones-por-corrupcion>
38. Segura, S. (2019). *Fundamentos para implementar un régimen disciplinario especial en el marco de contrataciones estatales* [Tesis de pre grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo – USAT]. <http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/handle/20.500.12423/2253>
39. Sotomayor, A. (2016). Política pública de prevención de la corrupción en la contratación estatal: una forma de mejorar la gestión pública en pro de una reducción de la pobreza. *Revista de la Universidad de Sedes Sapientiae*, 01(02), 02-29, <https://www.ucss.edu.pe/images/fondo-editorial/actas-ii-congreso-latinoamericano-por-la-paz/politica-publica-prevencion-corrupcion-contratacion-estatal-abdias-teofilo-sotomayor-vertiz.pdf>
40. Transparencia Internacional (2019). 40% de las contrataciones el Estado Peruano tienen riesgo de corrupción. <https://ojo-publico.com/1499/proyecto-funes-riesgos-de-corrupcion-en-contratos-publicos>
41. Tribunal Constitucional (2004, 17 de mayo). EXP. N° 020-2003-AI/TC [Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635]. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>
42. Tribunal de Contrataciones del Estado (2013, 04 de enero). STC N°020-2013.AI/TC [Empresa SEGURO SELVA S.A contra la descalificación de su propuesta técnica del proceso de selección por Competencia Mayor N°005-2012-OPS/PETROPERÚ]. <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/resoluciones-emitidas-por-el-tribunal>
43. Vega, E., Rojas, J. (2018). *El círculo de la corrupción en los gobiernos regionales: los casos de Cusco, Ayacucho, Moquegua, Piura y Madre de Dios*. Editorial Universidad Antonio Ruiz de Montoya. <http://repositorio.uarm.edu.pe/handle/UNIARM/2010>
44. Vera, J. (2016). *La ley de Contrataciones del Estado peruano y su eficiencia en los procesos de selección y contratación en la Municipalidad Provincial Sánchez Carrión – Huamachuco* [Tesis de pre grado, Universidad Nacional de Trujillo – UNT]. <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/8575>
45. Zegarra, D. (2018).\_El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de concesión de servicios públicos. *THEMIS- Revista de Derecho*, (44), 237-251. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10074>