

“EL CUENTO DE HADAS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO: EL PECADO CAPITAL DE ODEBRECHT”

“THE FAILE TALE OF THE GOOD CORPORATE GOVERNANCE: THE CAPITAL SIN OF ODEBRECHT”

Xiamara Menéndez Quevedo
Alumna de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres
xiamaramenendezquevedo@gmail.com
Lima-Perú

SUMARIO: I. Introducción. II. La Gran Travesía de Odebrecht. III. Influencia Política en Odebrecht. IV. El peor buen gobierno corporativo. V. La gestión ética: El pecado Capital. VI. Supervivencia actual de Odebrecht en el Perú. VII. Conclusiones. VIII. Recomendaciones. IX. Referencias Bibliográficas.

RESUMEN: En el presente trabajo vemos cómo el gigante brasileño de la construcción ha sido cuestionado en las últimas semanas, debido a una grave conducta ética constitutiva de gravísimos ilícitos penales en su corporación. En el presente artículo se analizará la gran brecha que cruzó Odebrecht para ubicarse entre las empresas que carecen de un manejo óptimo del denominado Buen Gobierno Corporativo, intentando evadir sus principios, engañando a la sociedad. Sin embargo, se señala que no es novedad que en nuestro país existan las grandes empresas corruptas que jamás responden frente a comportamientos organizacionales de este tipo, lo cual refleja un distinto tratamiento básico del concepto de justicia frente a la corrupción, así como las dificultades de las grandes empresas como Odebrecht para cumplir con practicar la ética anticorrupción.

PALABRAS CLAVES: Buen Gobierno Corporativo- Anticorrupción- Soborno - Ética- Legitimidad de los Funcionarios- Responsabilidad Social

ABSTRACT: In the present article research we see that the giant Brazilian of the construction has been questioned in the latest weeks, due to a serious ethical conduct constitutive of very serious criminal offenses in his corporation. In this article, we analyze the big gap that I crossed optimal Odebrecht to rank among companies that do not have a management of the good corporate governance; trying to exempt their principles and they cheat to society. However, it is pointed out that it is not new that in our country there are large corrupt companies that never respond to behavior of this type, so that it reflects the treatment basic of the concept of justice facing the corruption; and the behavior of large corporations as Odebrecht to integrate the large anti-corruption ethics.

KEYWORDS: Good governance corporate - anticorruption - bribery - ethics - legitimacy of the officials - Social responsibility.

“Los 7 pecados capitales del mundo actual: riqueza sin trabajo, disfrute sin conciencia, conocimientos sin carácter, negocios sin ética, ciencia sin humanidad, religión sin sacrificio, política sin principios”. Mahatma Gandhi

I. INTRODUCCIÓN

No es novedad que nuestro país no sea ajeno a escándalos que involucran la falta de ética de los altos funcionarios y terceros que ponen en un punto de quiebre la confianza de la ciudadanía en la gestión presidencial y empresarial. El caso Odebrecht es un gran desafío para la economía y política del país; y refleja qué tanto poder tienen nuestras autoridades para actuar frente a actos de corrupción a gran escala, y la impunidad que gozan los altos funcionarios. Asimismo, este caso muestra que aún las grandes corporaciones no han aprendido de la experiencia negativa de grandes compañías de supuesto renombre, tales como Enron, Worldcom y Parmatar.

Por ello, observamos que existe en estos tiempos un gran problema con la falta de ética en las empresas que suprimen los principios del buen gobierno corporativo, y edifican un camino hacia la corrupción; más aún se torna preocupante, si estas grandes empresas actúan bajo el manto protector del gobierno; generándose la interrogante de cuál es el ingrediente que les falta para llegar a una gestión transparente y óptima.

El grave ejemplo de Odebrecht, tristemente célebre por realizar pagos en sobornos en el Perú por veintinueve millones de dólares, infringiendo el Principio de Integridad, que señala la ideal conducta de los partícipes de las grandes corporaciones; ya que es sabido que las normas del Buen Gobierno Corporativo están dirigidas a las compañías por acciones que coticen en el mercado de valores o mercados bursátiles, aunque la mayor parte de ellas se pueden implementar en cualquier tipo de sociedad e incluso en empresas del estado.

Por estas razones, destacamos de la frase de Mahatma Gandhi que cuando existe un negocio sin ética se está inmerso en un pecado capital, ya que no se denota la objetividad y competitividad de la gestión empresarial como se refleja en Odebrecht.

De tal manera que una de las finalidades del presente trabajo es destacar cuál fue el gran error que cometió Odebrecht para estar en la situación actual que padece, y qué mecanismos debió manejar anteriormente para evitar sumergirse en el gran paracaídas en el que ahora está.

Por ello, relataremos en primer lugar un breve recuento de la historia de la corporación Odebrecht, señalando sus épocas de auge y cómo ahora ha mancillado su reputación a nivel mundial. Asimismo, en la segunda parte se pretende demostrar la gran influencia que pueden tener los grandes funcionarios en estos tipos de empresas donde se trabaja con licitaciones públicas para beneficio de la ciudadanía, pero reflejan un beneficio propio; por otro lado, en la tercer parte del presente artículo, señalaremos la esencia del buen gobierno corporativo, especificando sus bases y principios y cuál fue el punto de quiebre para que Odebrecht llegue a tener el peor buen gobierno corporativo o tal vez si nunca lo incluyo en sus estatutos. Es importante señalar, que en la cuarta parte se hablara de la ética en sí misma, y como esta va relacionada con los sistemas de anticorrupción que el Perú y el mundo desea implementar con una lucha de nunca acabar; como la implementación de la norma ISO 37001 (Sistema de Gestión anti-soborno); asimismo, la última parte demostrare como actualmente está

sobreviviendo el gigante brasilero de la construcción con la grave falta de transparencia en su gestión.

II. LA GRAN TRAVESIA DE ODEBRECHT

Según la página web oficial de la empresa Odebrecht¹, su inicio a nivel mundial se remonta a la década de los años 40, en la que el ingeniero Norberto Odebrecht creó la empresa que dio origen a la Organización Odebrecht.

Lo pintoresco es que desde su fundación querían fijar en sus principios la idea de filosofía de organización como es la de identificar, integrar y desarrollar jóvenes con talento y predisposición para la práctica empresarial; idea que con el tiempo fue tomando un giro total, basándose en otros objetivos que resquebraja su verdadera esencia.

Por otro lado, la empresa fue creciendo con el pasar de los años y con las diversas obras que empezó a ejecutar, se expandió en todo Brasil y parte de El Salvador; con más de 500 obras ya era una de las principales constructoras; por lo que, empezó a expandirse a otros lugares a nivel internacional.

Asimismo, según un reporte utilizado por el canal América Televisión² esta empresa tuvo diversos roces internacionales con los países de Venezuela, Estados Unidos, México, Ecuador, y muchos más; entre los que figura Perú.

La gigante brasileña empezó a trabajar en Perú en el año 1979, durante el gobierno militar de Francisco Morales Bermúdez, su inicio fue con la obra de la Central Hidroeléctrica Charcani V, en Arequipa, una planta de generación de 135 mega vatios de energía que opera en pleno volcán Misti.

Por otro lado, en los años 60 Odebrecht fundó una institución privada sin fines de lucro, llamada la Fundación Odebrecht, la cual tenía los siguientes objetivos “Educar para la vida, por el trabajo, para valores y superación de límites”. También esta empresa coordina con el PDCIS- Programa de Desarrollo y Crecimiento Integrado de Sostenibilidad, la cual trabaja con 15 municipios, con el objetivo de forma una región sostenible tanto económicamente como socialmente; la cual define sus objetivos en capitales.

Odebrecht operaba en el país, de acuerdo a las licitaciones en que “concuraba” e iba adquiriendo rápidamente la buena pro para las obras que iban surgiendo en necesidad de la población y el gobierno, por lo que, según un artículo electrónico de Nomberto, V. (2017) sostiene lo siguiente:

(..) Odebrecht es una maquinaria de corrupción que habría estructurado todo un diseño muy importante con la finalidad de no ser detectado. No solo estamos hablando de nueve países en Latinoamérica sino también del África. Odebrecht tenía esa política, por eso es que crea empresas offshore y empresas fantasmas en paraísos fiscales como, por ejemplo, en las Islas Vírgenes Británicas con la finalidad de que el dinero que envía de sus cuentas en Nueva York sea desplazado a estas empresas y a partir de estas hacer los pagos a los intermediarios de los funcionarios, a las autoridades a los cuales ellos corrompían.

¹ Página Web Oficial Odebrecht (2014).

² América Noticias (2017).

De tal manera que Odebrecht se convierte según la revista norteamericana ENR (Engineering News Records), en la número uno del mundo en la construcción internacional de plantas hidroeléctricas.

Asimismo, según la página web oficial de Odebrecht consultada mencionada en el párrafo anterior, la empresa Odebrecht cuenta con un programa llamado “el Programa Tributo al Futuro”, que incentiva y ayuda a viabilizar el aporte de ciudadanos y compañías socias de la Organización Odebrecht interesadas en contribuir con acciones sociales y educacionales para niños y adolescentes, a través de donación o del destino del impuesto a las ganancias; desean dirigir sus objetivos en educación rural de calidad y oportunidades de desarrollo profesional a jóvenes talentosos de la región. En ambos casos, los recursos son destinados directamente a Fondos Municipales de los Derechos del Niño y del Adolescente (FMDCA) manejados por los respectivos Consejos Municipales de los Derechos del Niño y del Adolescente (CMDCA).

Por tanto, después de un breve resumen sobre la travesía de Odebrecht; notamos que realmente se convirtió al pasar de los años, en un gigante de la construcción, capaz de desenvolverse en todos los ámbitos posibles con buenas propuestas y mejoras para la ciudadanía, trabajando siempre de la mano con el gobierno de turno del presente país. Por tanto, de lado de su gestión empresarial y responsabilidad empresarial notamos que el país estaba envuelto en un cuento de hadas donde dibujaban su administración para engañar a la sociedad.

III. LA INFLUENCIA POLITICA EN ODEBRECHT

Actualmente, se sabe que gracias a las investigaciones realizadas por la justicia de Estados Unidos, la empresa brasilera realizó sobornos en nuestro país por al menos 29 millones de dólares, entre los años comprendidos del 2005 al 2014.

Asimismo, se está llevando un arduo trabajo para intentar identificar a los verdaderos protagonistas de estos hechos. Por tanto, los peces gordos del gobierno son los protagonistas de los actos de corrupción.

Según América Noticias, citado anteriormente, en los años de 1988, gobernó al Perú el presidente Alan García, y en ese período estaba a cargo de Odebrecht el Proyecto Chavimochic, que consistía en un sistema que transportaba agua a través de 276 kilómetros de túneles y canales para regar 144 mil hectáreas. Asimismo, por esta obra aún no se ha encontrado evidencias respecto a coimas desembolsadas con el objetivo de obtener la buena pro para adjudicarse a la obra. Sin embargo, en el segundo gobierno de Alan García estaba ejecutándose el proyecto la Línea I del Metro de Lima en sus tramos I y II, en los cuales hay montos bajo la sombra de S/. 6,797'984,583 que en la actualidad están en investigación ya que se tiene varios papeles en el aire que no justifican el gasto para dicho paquete de obras.

Cabe recalcar que Odebrecht también estuvo presente con sus obras en el gobierno de Alberto Fujimori, uno de los gobiernos conocido por la más alta corrupción que se dio en el país; en donde se adjudicó proyectos por US\$ 449'874,662, que para la época era un monto inmenso. Entre las obras más importantes en ese entonces destacan la Central Hidroeléctrica Cañón del Pato, la Central Hidroeléctrica San Gabán II, en Puno, que inauguró el propio Fujimori, la Línea de Transmisión Íllimo, Olmos, y la Presa Puente Cincel – Río Chili, en Arequipa. Pero sorpresivamente, este gobierno por el momento está siendo exonerado de los indicios de corrupción y liberado de polvo y paja. ¿Casualidad? o ¿Suerte?.

Otro caso pintoresco el de Alejandro Toledo, gobierno en el que entre el 2001 y el 2006, Odebrecht obtuvo contratos por S/. 3,987'503,372. Fue allí que empezaron las obras

emblemáticas que ahora son auscultadas por quienes investigan el Proyecto de Trasvase de Olmos, la carretera IIRSA Sur Tramo 2, IIRSA Sur Tramo 3, IIRSA Norte y el Sistema de Agua Potable del Callao, entre otras. Asimismo, recalco que aún está en investigación este tema.

Según un artículo recuperado del Diario Gestión, el periodista Mendoza, J. (2016) comenta lo siguiente respecto al tema:

La coima suele aumentar artificialmente el costo de los proyectos pues el coimero gana más cuanto mayor es el sobreprecio. En segundo lugar, las coimas incrementan la probabilidad de que hagan proyectos que no se necesitan en desmedro de proyectos necesarios. Finalmente, las coimas suelen alterar las condiciones de los contratos para favorecer a las empresas corruptas en perjuicio del ciudadano (...).

Por otro lado, respecto al tema de contratación entre el estado y las empresas privadas como Odebrecht. Según la Ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), ahora en su última modificación según Montoya, M. (2017), menciona lo siguiente:

Nuevo principio de Integridad:

j) Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada 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. (Pg. 16)

Asimismo el autor mencionado Montoya, M. (2017), también expone respecto a nueva causal de nulidad de oficio después de celebrado el contrato:

Artículo 44.2.f): Nueva Causal de Nulidad de Oficio después de celebrado el Contrato:

f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar. (Pg. 15)

Por tanto, se observa que a raíz de los problemas suscitados en el país con Odebrecht el ejecutivo decidió aprobar las modificaciones a la ley de contrataciones, para evitar que vuelvan ocurrir hechos parecidos y cuando se realicen los concursos públicos para la contratación y ejecución de obras, se tomen mayores medidas para prevenir los actos de corrupción entre las entidades privadas y el gobierno.

IV. EL PEOR BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

En los últimos tiempos, se observa que la figura de gobernó corporativo, es tratado como un tema de moda en el ámbito empresarial; pero se debe tomar en cuenta que tan serio es el rol de cumplimiento que ejercen las empresas en el mundo real. Para saber esto, primero se debe tener en claro que es el buen gobierno corporativo, según el artículo respecto a la

existencia de una forma óptima del Gobierno Corporativo, el abogado Conde, J. (2007), se infiere lo siguiente:

Tenemos que precisar que la figura de Gobierno Corporativo y Buen Gobierno Corporativo son términos diferentes en razón a que el primero trata de la forma en que se dirigen y controlan las sociedades y refleja las relaciones de poder entre los accionistas y la gerencia; y los otros grupos de interés (stakeholders) por lo que podemos concluir que todas las empresas formales tienen un gobierno corporativo. (...).

En cambio, lo que caracteriza a un buen gobierno corporativo es que se componen de estándares mínimos adoptados por una sociedad y el propósito que tiene es contar con una recta de gerencia, reconocer el derecho de los accionistas, definir las responsabilidades del directorio y asegurar la fluidez de la información.

Asimismo, según un análisis de Puga, M. (2007), respecto al tema del Buen Gobierno Corporativo dice lo siguiente:

(..) Dentro del Perú se desea implementar buenos gobiernos corporativos en las empresas; nos debemos plantear qué relación tienen los accionistas en las prácticas de buen gobierno corporativo. Se observa que Perú tiene escaso trabajo en prácticas de gobierno corporativo porque no han puesto en énfasis la modernización del actual Código de Buenas Prácticas ya que en la actualidad se han presentado en la aplicación de los principios algunas novedades que merecen un proyecto de reforma a nuestro actual código de Principios de Buen gobierno Corporativo del año 2002. Por tanto, la Junta General de Accionistas deberá aprobar prácticas de buen gobierno corporativo sobre la base de la realidad propia de cada sociedad en función al análisis de sus estatus sociales (...). (Pág. 76-77)

Por otro lado, por medio de un artículo periodístico recuperado del Diario el Comercio de Limache, A. (2012); en la cual la periodista lo siguiente:

Gobierno Corporativo es el sistema por el cual las sociedades son dirigidas y controladas. La estructura del buen Gobierno Corporativo especifica la distribución de los derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes de la sociedad, tales como el directorio, los gerentes, los accionistas y otros agentes económicos que mantengan algún interés en la empresa.

Asimismo, Kelsen, H (2011), en relación a las normas y el buen gobierno corporativo, menciona algo importante respecto a su configuración e interconexión entre ambas.

Las normas se configuraban en general como técnicas de motivación social, cuyo objeto era inducir a las personas a comportarse de un modo determinado, y distinguía entre la técnica de la motivación directa e indirecta. En el primer caso, las normas indican directamente la conducta deseable y persiguen motivar la conducta por la autoridad o racionalidad de la propia norma. Aunque su incumplimiento puede llegar a acarrear una sanción, ésta no se encuentra sistemáticamente prevista en la propia norma. En el segundo caso, las normas pretenden motivar a los individuos estatuyendo una sanción para la conducta indeseable. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas constituirían, en opinión de Kelsen, casos de técnica de motivación indirecta.

Por tanto, bajo la perspectiva kelseniana cabe configurar que las recomendaciones de Gobierno Corporativo como normas de motivación directa: al no preverse una sanción en caso de

incumplimiento, su fuerza motivadora se basa exclusivamente en la autoridad o racionalidad de la propia norma.

De la misma manera, según un artículo electrónico de Dominguez, Á. y Rodriguez, S. y otros (2015) señala que:

La estructura básica de funcionamiento de las recomendaciones de buen gobierno es prácticamente siempre la misma: un organismo, público o privado, elabora un documento (normalmente denominado “código”) en el que se recogen una serie de enunciados dirigidos a una pluralidad de entidades, con características comunes (por ejemplo, sociedades cotizadas, entidades financieras, etc.), relacionados todos ellos con el Gobierno Corporativo de aquellas. Cada una de las sociedades debe indicar si cumple o no con dichas recomendaciones, explicando, cuando no lo haga, el por qué.

Asimismo, el artículo anteriormente citado señala también que la OCDE, agrupa a 34 países miembros (entre ellos, España, Portugal, Chile, Perú y México); desde su primera publicación, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE han servido como base o fuente de inspiración de los códigos de recomendaciones de buen gobierno elaborados tanto por miembros países de dicha organización como por países no miembros (según se reconoce explícitamente en la mayoría de dichos códigos). Aunque dicho documento incluye recomendaciones de buen gobierno, su objetivo no es tanto su trasposición o aplicación directa por los distintos países, sino servir como referente inspirador para la configuración por parte de cada estado de su propio sistema regulador del Gobierno Corporativo.

En este sentido, los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE han servido de referente para la elaboración de otros documentos de ámbito supranacional en materia de Gobierno Corporativo, como los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, o las recomendaciones de la Comisión Europea.

De igual manera, la OCDE concluyó que no resultaba necesario modificar los principios de 2004, sino incentivar su mejor implementación, dando recomendaciones a empresas, reguladores y gobiernos para la adopción real y efectiva de estos principios, e incidiendo en la eficacia de las recomendaciones de buen gobierno como instrumentos útiles para mejorar la regulación en materia de Gobierno Corporativo. En particular, se recomendó a los reguladores y supervisores que revisaran regularmente la situación de la normativa y sus facultades y recursos para responder a las debilidades que se pusieran de manifiesto en materia de Gobierno Corporativo.

En Perú existe un Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (2013), aplicable a todas las sociedades anónimas del país, aunque dirigido especialmente a aquellas con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores de Perú. El documento está basado en gran medida en los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo, según reconoce el propio documento. Al igual que su antecesor (Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas), aprobado en 2002, el código actual sigue el principio de adhesión voluntaria para las sociedades en general. Sin embargo, en el caso de empresas cuyos valores son objeto de oferta pública, estas se encuentran obligadas por parte de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) a revelar en su memoria anual y prospectos informativos el grado de cumplimiento de dichos principios a través del “Reporte sobre el Cumplimiento del Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas” aprobado por Resolución de Superintendencia N° 012-2014-SMV/01, de conformidad con el principio de “cumple o explica”.

Por otro lado, en Brasil existe la Comissão de Valores Mobiliários, la cual publicó en 2002 un conjunto de recomendaciones sobre Gobierno Corporativo (conocido como “Cartilha”)³ sobre el cumplimiento de las sociedades cotizadas debían informar obligatoriamente, empleando un formulario específico. Sin embargo, dicha obligación no llegó a entrar en vigor formalmente, y en el año 2010 la Comissão de Valores Mobiliários desistió definitivamente de exigir su cumplimiento, reconocido que las prácticas desarrolladas por los emisores habían superado las recomendaciones contenidas en la “Cartilha”.

En la actualidad, el funcionamiento del sistema de recomendaciones de Gobierno Corporativo en Brasil coexiste con un sistema de cotización por segmentos. En la práctica, dicho cumplimiento es voluntario y la única fuerza coercitiva de la norma es la posible reprobación del mercado, la fuerza coercitiva de esa posible reprobación del mercado se ve notablemente reforzada por la “pérdida” de la cotización en un segmento determinado y la obligación, en determinados segmentos, del accionista de control de ofrecer a los demás accionistas la compra de sus acciones.

Por tanto, se denota que Odebrecht como empresa brasilera mantenía una normativa muy similar a la normativa peruana, respecto al comportamiento a los gobiernos corporativos; pero esta empresa reflejó el peor buen gobierno corporativo de la historia, en el cual ninguna de sus accionistas actuó de acuerdo al cumplimiento del código y de las diversas alianzas firmadas en su momento.

Por otro lado, la empresa Odebrecht en su portal web público un mensaje que estaba referido a unas palabras de disculpas ante la sociedad y casi 100 mil trabajadores debido a las prácticas indebidas reveladas, proponiendo asumir cambios en su empresa, por lo que se comprometen a adoptar medidas concretas de conformidad, que ya vienen siendo implementadas desde el inicio de este año y que demuestran que no será tolerada la corrupción, por lo que su real gestión ya se verá reflejada en los próximos meses.

V. LA GESTION ETICA: EL PECADO CAPITAL

Se sabe que la gestión ética está ligada a la responsabilidad empresarial, por lo que, según el autor Martínez, H. (2011), señala sobre la responsabilidad social lo siguiente:

La Responsabilidad Social Empresarial es el conjunto de las acciones innovadoras de una organización, basadas en el cumplimiento de las leyes y en los valores éticos, para institucionalizar un gobierno corporativo transparente que integre en las actividades en curso de la organización la generación de riqueza respetuosa de los derechos humanos con las responsabilidades de sus actividades sobre la sociedad y el medio ambiente. De todas estas acciones debe rendir cuentas a la sociedad. (Pg. 7).

Por lo que, una de las razones para hablar de ética empresarial tiene que ver con las malas prácticas empresariales. Si se pretende definir el término moral, se utiliza para referirse al código de conducta que guía los actos de una persona concreta a lo largo de su vida; se trata de las convicciones y pautas de conducta que sirven de base para los juicios morales que cada cual hace sobre sí mismo y sobre los demás.

³ Información recuperada por el Banco Mundial y OCDE. (Country Report: Voluntary Corporate Governance Code in Brazil).

Es preciso señalar, que el origen de la preocupación por la Ética Empresarial radica en la demanda social ante las actuaciones de las empresas que se consideran inmorales; con el objetivo de evitar que se repiten esos hechos escandalosos y promover una organización empresarial.

Si se refiere a Odebrecht, todo empezó en la cumbre Anticorrupción celebrada en Londres el pasado mes de mayo, Argentina, Brasil, Colombia y México acordaron investigar a las compañías que blanquean ganancias obtenidas de forma ilegal.

Odebrecht estuvo envuelta en un gran escándalo, por lo que EEUU inicio una investigación. Otros países están impulsando un nuevo estándar internacional de lucha contra la corrupción, conocido como la norma ISO 37001, que obligaría a las empresas a capacitar al personal para combatir el soborno y designar a un funcionario que se encargue del cumplimiento.

Como se sabe la corrupción tiene distintas modalidades, como enriquecimiento ilícito, tráfico de influencia, nepotismo, soborno, entre otros. La Convención Interamericana Contra la Corrupción emitida por la Organización de Estados Americanos (OEA) considera al soborno transnacional como un acto de corrupción. Esta convención fue ratificada por la República Dominicana mediante Resolución No. 489-98 de 1° de noviembre de 1998.

De acuerdo a lo extraído de un artículo periodístico electrónico de Alvarez, C. (2017), nos dice que la Convención definió el soborno transnacional como:

(..) El acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Un rol importante también lo cumple la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) también preocupada por el problema, emitió en diciembre de 1997 la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, que entró en vigencia en fecha 15 de febrero de 1999 (la Convención contra Soborno).

Es preciso señalar, que la convención en mención, nace de la convicción de que el soborno de funcionarios gubernamentales extranjeros durante transacciones comerciales internacionales es una seria amenaza para el desarrollo y preservación de las instituciones democráticas; pues impide el progreso económico y distorsiona la competencia internacional.

En relación a la gestión de la OSCDE, el 21 de abril de 2016, a través del diario Oficial El Peruano⁴, se promulgó la “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”.

Posteriormente, el 07 de enero del 2017, dicha norma se modificó mediante el Decreto Legislativo N° 1352 que amplió el alcance de la responsabilidad de la persona jurídica para incluir los delitos de cohecho, lavado de activos y financiación del terrorismo dentro del conjunto de ilícitos que podrían generar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

Asimismo, la Ley N° 30424 buscó desde un principio señalar que tiene por objeto regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Siendo esto así, tras las

⁴ DIARIO OFICIAL EL PERUANO. (2017). Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1352, el objeto de la norma será regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiación del terrorismo.

Cabe indicar que la entrada en vigencia de la citada norma estaba prevista para el 1 de julio del 2017, pero a causa de las modificatorias efectuadas por el Decreto Legislativo 1352 esta ha sido postergada para el 1 de enero del 2018. El Poder Ejecutivo, dentro de los 90 días hábiles de la publicación de la presente Ley, aprobará un reglamento que desarrolle y precise los elementos necesarios para la implementación del modelo de prevención que permitirá eximir de responsabilidad a la empresa, siempre que se haya incorporado con anterioridad a la comisión de los ilícitos.

En referencia a lo expuesto, también la empresa puede utilizar armas de defensa a su favor en tres maneras por el delito de cohecho activo transnacional:

- a) La implementación oportuna y eficaz de un programa de cumplimiento normativo en materia penal.
- b) La demostración en el proceso de que el individuo infractor empleó maniobras fraudulentas para eludir los controles del modelo de prevención debidamente implementado y
- c) La prueba de que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, cometieron el delito de cohecho activo transnacional o de los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos o financiación del terrorismo en exclusivo beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Entre las sanciones que contempla la norma se habla de multas, disolución e inhabilitación “para contratar con el Estado de carácter definitivo”. Esto para diversos políticos es considerado como “muerte civil”, pero ya de naturaleza empresarial. Cabe recordar que con la Ley N° 30424, la suspensión para contratar con el Estado era de máximo 5 años.

Sin embargo, la norma no será aplicada en el proceso contra la constructora brasileña Odebrecht, cuyos representantes confesaron haber sobornado a funcionarios peruanos por un monto de \$29 millones de dólares, pues regirá desde el año 2018.

Por otro lado, según análisis, se observa que el decreto legislativo no señala las responsabilidades de las personas jurídicas, las cuales son responsables administrativamente por los delitos señalados cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto por: socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, o de sus filiales o subsidiarias; así como por la persona natural que haya cometido delito bajo órdenes o autorización, entre otros.

Sin embargo, en la norma se resalta que las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales hayan cometido los delitos citados en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Respecto a normas anticorrupción, también tenemos en Perú la recientemente publicada ISO 37001, es una norma internacional de Sistemas de Gestión contra el soborno para la cual se ha tomado como base la norma ya existente BS 10500 Anticorrupción y Ética empresarial desarrollada por el British Standard Institute (BSI). Estas medidas incluyen, entre otras:

- Adopción de una política anti- soborno.
- Nombramiento de una persona o conjunto de personas encargadas de supervisar el correcto funcionamiento del sistema de gestión para controlar su incumplimiento.
- Evaluación de los riesgos y debida diligencia en proyectos y socios de negocios.
- Aplicación de controles financieros y comerciales.
- Procedimientos de información e investigación

En el Perú, la empresa internacional de asesores dinámicos, INTEDYA⁵ emitió recientemente un certificado donde se acredita que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) de Perú inició satisfactoriamente el proceso de implementación para poder obtener la certificación antisoborno ISO 37001.

El año pasado McKinsey (2017), una consultora estadounidense, publicó una entrevista muy halagadora con el presidente Emílio Odebrecht, que llevaba el encabezado: “Los principios y valores han ayudado a prosperar a este conglomerado familiar brasilero”⁶. De igual manera, en el 2010, IMD, una escuela de negocios suiza, la nombró mejor empresa familiar del mundo

Por todo lo expuesto, se observa que Odebrecht pecaron de confiados y no establecieron normas claras en sus estatutos ni implementaron normas internacionales como las ISO para obtener de esa manera una buena gestión en su empresa.

VI. SUPERVIVENCIA ACTUAL DE ODEBRECHT EN EL PERU

Actualmente, Odebrecht está en proceso de investigación debido a las acciones delictivas de corrupción para ganar obras públicas en el Perú, desde el año 1979. La empresa brasilera está impedida de seguir ejecutando nuevos proyectos en obras. Pero pretende incursionar en el campo mobiliario, por lo que, según un artículo del Diario Gestión, comenta que la revista Veja de Brasil (2017), relato lo siguiente:

(..)Se publicó un documento enviado a la corte federal de Panamá, en el norte de ese país, por el director de Recursos Humanos de Odebrecht, Enio Andrade Ribeiro. Ahí se dice, según la referida versión, que la firma realizará las primeras conversaciones con representantes del mercado inmobiliario peruano; pero esta información aún no ha sido confirmada al 100%.

Es importante, recalcar que según investigación periodística citada en el párrafo anterior; a la fecha, Odebrecht tiene siete proyectos de concesión en el Perú, de los cuales vendió el 75% de participación en Lima y está en proceso de hacerlo en Olmos y en el Gaseoducto Sur Peruano (GSP). En todos estos casos al fondo de inversión Brookfield, que también compró proyectos de Odebrecht en otros países en los que la constructora es investigada, lo que ha levantado sospechas en algunos de que se trate en realidad de firmas vinculadas. Asimismo, la Procuraduría de la República de Paraná que alegó que, como el acuerdo de delación premiada ya fue homologado, todos los bloqueos que envuelven a la empresa deberían ser revocados.

⁵ Página Oficial Indeya. (2016). Recuperado de <http://www.intedya.com/internacional/216/actualidad-ministerio-de-energia-y-minas-de-peru-asume-el-compromiso-publico-de-implementar-y-certificar-iso-37001.html>

⁶ Extracto del artículo periodístico Justicia Brasileira suspende bloqueo de bienes a Odebrecht del Diario Gestión.

Por otro lado, en Perú se han embargados los bienes de Odebrecht, como una manera de que fluyan las investigaciones. La empresa, actualmente tiene una multa de 4.500 millones de dólares en un caso que abarco en Brasil, Suiza y Estados Unidos, acordó que 77 de sus ex ejecutivos confesasen sus delitos.

Asimismo, la procuradora a cargo del caso pidió s. /200 millones (\$61 millones de dólares) por concepto de reparación civil en audiencia pública a los funcionarios que están presos por acusaciones de corrupción.⁷

Por tanto, este caso significa un reto enorme para todo el sistema judicial peruano; de acuerdo a las investigaciones el Perú está involucrado en este caso de corrupción, que obliga un emplazamiento para los tres últimos gobiernos.

VII. CONCLUSIONES

- 7.1. Odebrecht opera en el país desde el año 1979, y denota un gran desafío para la economía y política del país; porque refleja actos de corrupción a gran escala, y la impunidad que manejan los altos funcionarios. Asimismo, Odebrecht ha sobornado a nuestro país por al menos 29 millones de dólares, entre los años comprendidos del 2005 al 2014; y actualmente, está en investigación su participación de los últimos 3 gobiernos del país.
- 7.2. Respecto al tema del buen gobierno corporativo, la OCDE ha servido como base o fuente de inspiración de los códigos de recomendaciones de buen gobierno elaborados tanto por miembros países de dicha organización como por países no miembros (según se reconoce explícitamente en la mayoría de dichos códigos); por lo que sirve como referente inspirador para la configuración por parte de cada estado de su propio sistema regulador del Gobierno Corporativo.
- 7.3. Tanto los países de Perú y Brasil; manejan un código de Buen gobierno Corporativo, aunque en Brasil es conocido como “Cartilha”; pero la aplicación de los códigos en las empresas privadas es facultativa; por lo que, se ve reflejado que Odebrecht tuvo el peor buen gobierno corporativo de los últimos en la historia, en el cual ninguna de sus accionistas actuó de acuerdo al cumplimiento del código y de las diversas alianzas firmadas en su momento.
- 7.4. Respecto a la relación de la ética y el buen gobierno corporativo; delimitan el concepto de la Responsabilidad Social Empresarial como el conjunto de las acciones innovadoras de una organización, basadas en el cumplimiento de las leyes y en los valores éticos, para institucionalizar un gobierno corporativo transparente; por lo que, se señala este concepto como base para una buena organización empresarial en las empresas privadas.
- 7.5. El ejecutivo ha decidido a aprobar las modificaciones a la ley de contrataciones para evitar que vuelvan ocurrir hechos parecidos y cuando se realicen los concursos públicos para la contratación y ejecución de obras, se tomen mayores medidas para prevenir los actos de corrupción entre las entidades privadas y el gobierno. Entre las modificaciones realizadas a la ley de contrataciones se tiene

⁷ Extracto del Diario Gestión del Caso Odebrecht: Procuraduría pide pago de s. /200 millones.

la inclusión del nuevo principio de integridad y la nueva causal de nulidad de oficio después de celebrado el contrato; el cual nos hace referencia a la responsabilidad de los representantes de la empresa privada cuando recibe algún tipo pago en las modalidades señaladas en el inciso, para fines indebidos.

7.6. Es una buena señal la implementación de medidas legales como la implementación de un nuevo estándar internacional de lucha contra la corrupción, conocido como la norma ISO 37001 y las modificaciones a la Ley N° 30424, la cual tiene por objeto regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos cohecho activo transnacional, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiación del terrorismo; lo cual será de aplicación para los gobiernos involucrados; para que de esta manera, se logre materializar un verdadero sistema anticorrupción que permita que los diversos actores del Estado puedan actuar adecuadamente y así enfrentar el reto de luchar contra la impunidad, lo que constituye, precisamente, uno de los pilares, junto con medidas adecuadas de prevención, en la lucha contra la corrupción.

7.7. Respecto a la situación de Odebrecht en el Perú se han embargados los bienes de Odebrecht, debido a las investigaciones en curso. Asimismo, la procuradora a cargo del caso pidió s. /200 millones (\$61 millones de dólares) por concepto de reparación civil en audiencia pública a los funcionarios que están presos por acusaciones de corrupción.

VIII. RECOMENDACIONES

8.1. Actualmente, los gobernantes de nuestro país deben estar más alertas para evitar que se siga expandiendo casos de corrupción; que ocasiona una perturbación en la tranquilidad de la ciudadanía, que deposita un voto de confianza en cada uno de ellos. Por lo que, se debe velar por la efectividad del cumplimiento de las diversas normas relacionadas a la responsabilidad de los funcionarios en actos de corrupción; para intentar lucir un país íntegro y ético.

8.2. Según un análisis de la revista electrónica “Análisis de los principios y recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, nos brinda recomendaciones para obtener un buen gobierno corporativo de la compañía de KMPG (2015):

(..) se recomienda a las entidades privadas que un buen gobierno corporativo refleja el trabajo en equipo de la junta general, el consejo, las comisiones de auditoría y de nombramiento y retribuciones; en donde se debe definir la responsabilidad de cada equipo; para de esta manera velar por la salud de un buen consejo de administración, el cual sería el órgano vital de las compañías; obteniendo una gestión transparente.

8.3. Respecto a los sistemas anticorrupción, los protagonistas para velar por la integridad y la ética en la gestión de los administrados y gobernantes es el Poder Judicial es un actor importante en el sistema, como la Contraloría General de la República, que debe detectar los indicios razonables cuando se genere la comisión de un delito, y ambos actores deben sumar esfuerzos con el Ministerio Público para así evitar la duplicidad de actuaciones y manejar adecuadamente

los medios probatorios que se obtengan en las mencionadas acciones de control en corrupción.

IX. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALVAREZ TRONCOSO, Claudia. (2017). Odebrecht otro caso de corrupción y ¿la ética? Bien, gracias. Recuperado de : <https://www.argentarium.com/debate/audia-alvarez-troncoso/26619-odebrecht-caso-corrupcion-la-etica-bien-gracias/>
- América Noticias (2017). Odebrecht en el Perú: Conoce la historia de la constructora. Recuperado de <http://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/odebrecht-peru-conoce-historia-constructora-n260635?ref=anr>
- Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas.(2013). Recuperado de : <http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%202.pdf>
- CONDE GRANADOS, Jorge L. (2007). ¿Existe una forma óptima de Gobierno Corporativo? Problemas, Principios y Modelos de propiedad y control. Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social. Volumen: N° 64. Pp 41-50.
- Country Report: Voluntary Corporate Governance Code in Brazil. (2007). Publicado por el Banco Mundial y OCDE. Recuperado de en <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/39741021.Pdf>
- Diario EL COMERCIO (2012). El buen Corporativo en las empresas peruanas. Recuperado de <http://elcomercio.pe/economia/personal/buen-gobierno-corporativo-empresas-peruanas-noticia-1376895>
- Diario Gestión. (2017). *Caso Odebrecht: Procuraduría pide pago de s./200 millones*. Recuperado de: <http://gestion.pe/politica/caso-odebrecht-procuraduria-pide-pago-s-200-millones-concepto-reparacion-civil-2182523>
- Diario Gestión.(2017). Justicia Brasileira suspende bloqueo de bienes a Odebrecht. Recuperado de : <http://gestion.pe/empresas/justicia-brasilena-suspende-bloqueo-bienes-odebrecht-2182498>
- DIARIO OFICIAL EL PERUANO. (2017). *Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Recuperado de: <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4/>
- DOMINGUEZ, Ángel y RODRIGUEZ, Sergio y otros.(2015). Las Recomendaciones de Buen Gobierno Corporativo versus regulación en Iberoamérica. Pág. 190-191. Recuperado de <http://www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/03/Capitulo-6-.pdf>
- KELSEN, H. Teoría pura del derecho (traducción de ROBLES, G.) Madrid. Editorial Trotta, 2011.
- KPMG en España. (2015).El nuevo Gobierno corporativo: Análisis de los principios y recomendaciones del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. Recuperado de <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2015/06/El-nuevo-gobierno-corporativo-2015.pdf>
- MARTINEZ HERRERA, Horacio (2011).Responsabilidad Social y Ética Empresarial. Colombia: Ecoe Ediciones. Recuperado de: https://books.google.com.pe/books?id=AZ3FAQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=la+etica+empresarial&hl=es-419&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

- MENDOZA, Juan. (2016). Odebrecht y la Corrupción. Edición Diario Gestión. Recuperado de <http://blogs.gestion.pe/economia-aplicada/2016/12/odebrecht-y-la-corrupcion-por-juan-mendoza.html>
- MONTOYA LAZARTE, Marco. (2017). *Seminario de Actualización: “Modificaciones a la Ley 30225- Ley de Contrataciones del Estado” –Decreto Legislativo N° 1341*. Grupo Empresarial Centro Nacional de Alta Capacitación Empresa (CNACE). Perú
- NOMBERTO VICTOR. (2017). Odebrecht y ¿ahora?. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/victornomberto/2016/12/23/odebrecht-es-una-maquina-de-corrupcion/>
- Página Oficial Indeya. (2016). Recuperado de <http://www.intedya.com/internacional/216/actualidad-ministerio-de-energia-y-minas-de-peru-asume-el-compromiso-publico-de-implementar-y-certificar-iso-37001.html>
- Página Web Oficial Odebrecht (2014). Recuperado de <http://www.odebrecht.com.pe/sobre-la-empresa/historia-de-la-organizacion>
- PUGA DE LA ROCHA, Miguel. (2007). Buen Gobierno Corporativo y regulación en *el Perú*. Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social. Volumen N° 64 pp 76-77