

Consideraciones sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas conforme al marco normativo peruano



MARÍA DEL PILAR SÁNCHEZ CATERIANO

Abogada por la Universidad Católica de Santa María.
Máster en Derecho Corporativo por la Universidad Católica de Santa María.
Estudios de MBA en la Universidad ESAN.
Especialización en Mercado de Capitales en la Universidad ESAN.

SUMARIO:

- I. Panorama general.
- II. Ámbito de aplicación.
- III. El modelo de prevención de delitos.
- IV. El rol de la Superintendencia de Mercado de Valores.
- V. Otras consideraciones.



* El artículo fue recibido con fecha 08-07-19.

RESUMEN:

A través del presente artículo busco exponer el reciente marco normativo generado en materia de *Compliance* sobre la responsabilidad administrativa —penal— de las personas jurídicas como eje fundamental de las políticas nacionales de lucha contra la corrupción, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Así, explicaré el ámbito de aplicación de las normas y los temas más relevantes que se desprenden de las mismas, dentro de los cuales se encuentra la importancia de la implementación de un modelo de prevención por parte de las empresas como eximente de responsabilidad administrativa.

Palabras clave: prevención, responsabilidad, delitos, corrupción, persona jurídica, *Compliance*.

ABSTRACT:

Throughout this article I seek to present the recent legal framework regarding *Compliance* about the —criminal— administrative responsibility of legal entities as a main focus of national policies about the fight against corruption, money laundering and terrorism financing. I will explain the applicable scope of the regulations and the most relevant topics regarding them, including the importance of the implementation of a prevention model by companies as an exculpatory of administrative responsibility.

Keywords: prevention, responsibility, crimes, corruption, legal entities, *Compliance*.

I. PANORAMA GENERAL

Con ocasión de los últimos acontecimientos observados en Latinoamérica y el mundo — con repercusiones significativas en nuestro país— distintos países vienen reforzando su marco legal con el fin de ayudar a combatir la corrupción, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo a nivel internacional, y nuestro país no ha sido ajeno a ello. Es así que el 21 de abril de 2016 se publicó la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas —en adelante, la “Ley”—, la misma que entró en vigencia el 1 de enero de 2018 y que fue modificada por el Decreto Legislativo 1352 que, además del delito de cohecho activo transnacional, incluyó a los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiamiento del terrorismo; y, por la Ley 30835 que, además de modificar la denominación de la norma, incluyó a los delitos de colusión y tráfico de influencias¹. Asimismo, el 9 de enero de 2019 se publicó el

reglamento de la Ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2019-JUS —en adelante, el “Reglamento”—.

De acuerdo a la Ley 30424, las personas jurídicas podrán ser declaradas administrativamente responsables por la comisión de los delitos mencionados, cuya sanción había sido reservada por nuestro ordenamiento jurídico únicamente a las personas naturales. Al respecto, si bien con el término “responsabilidad administrativa” nuestro ordenamiento sigue respetando el principio de que las personas jurídicas no pueden cometer delitos ni responder penalmente por ellos, no podemos negar que se trata de una responsabilidad penal, pues la determinación de la responsabilidad se hará en sede y bajo un marco legal penal y no administrativo. Además, las sanciones por la comisión de delitos pueden llevar inclusive a una “pena de muerte” de las personas jurídicas, como veremos más adelante. En ese sentido, la norma comentada se constituye, sin lugar a dudas, en

1. Delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal —Decreto Legislativo 635—, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y en el artículo 4-A del Decreto-Ley 25475, Decreto-Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

pilar fundamental de la lucha contra la corrupción, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo dentro del territorio peruano.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A fin de tener claro el ámbito de aplicación de la norma materia de análisis, es importante identificar a las personas jurídicas que pueden ser sujetos de responsabilidad administrativa por la comisión de los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, cohecho activo transnacional, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión y tráfico de influencias, las cuales que pueden ser: entidades de derecho privado, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, comités no inscritos, sociedades irregulares, entes administradores de patrimonios autónomos, empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta. Se debe tener en cuenta que, para que dicha responsabilidad les pueda ser atribuida, los delitos deben ser cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en beneficio de la misma persona jurídica, sus filiales o subsidiarias, por: (i) sus socios, directores, administradores, representantes legales o apoderados, (ii) personas naturales sometidas a su autoridad y control bajo sus órdenes o autorización; o (iii) las personas naturales sometidas a su autoridad y control cuando la comisión haya sido posible por incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada por parte de las personas mencionadas en el numeral (i) que antecede. Es importante señalar que, la matriz de las filiales o subsidiarias será responsable y sancionada cuando las personas naturales de dichas filiales o subsidiarias hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento. Además, cabe señalar que la responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural y la misma se extingue por prescripción o cosa juzgada.

Así, las medidas administrativas aplicables buscarían crear conciencia en los accionistas, directivos y administradores de las personas jurídicas como responsables de la existencia y gestión de las mismas. Si bien no existe manera de privar de libertad a una persona jurídica de la forma en que se priva de libertad a una persona natural, las medidas establecidas por la regulación peruana buscan restringir derechos a las personas jurídicas que se encuentren incurso en la comisión de este tipo de delitos hasta, de ser el caso, llegar incluso a su disolución.

Dentro de las mencionadas medidas administrativas se encuentran las multas, la inhabilitación, la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza en el futuro, la imposibilidad de contratar con el Estado, la cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones, así como la clausura de locales o establecimientos y, como he mencionado, la disolución. En el caso de las multas, el valor de las mismas depende de los ingresos anuales de la persona jurídica, por lo que corresponderá imponer multas de 10 a 50 UIT² en caso de personas jurídicas con ingresos de hasta 150 UIT al momento de la comisión del delito, de 50 a 500 UIT en caso de ingresos de 150 a 1,700 UIT y de 500 a 10,000 UIT en caso de ingresos mayores a 1,700 UIT.

Para la aplicación de las medidas administrativas mencionadas, la autoridad deberá tener en consideración aquellas circunstancias atenuantes o agravantes previstas en la norma, pudiendo imponerse hasta un tercio por debajo del mínimo legal o hasta una mitad por encima del máximo legal establecido.

III. EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

Lo abordado hasta aquí ha sido fundamental para entender la regulación sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, no

2. UIT es la Unidad Impositiva Tributaria, ascendente a la suma de S/ 4,200.00 para el año 2019.

obstante, he querido centrar mis comentarios en la importancia y forma de implementación del modelo de prevención como eximente de responsabilidad administrativa en los delitos de cohecho, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión y tráfico de influencias, modelo previsto en la Ley y desarrollado en su Reglamento. Al respecto, conforme a la Ley 30424, la persona jurídica estará exenta de responsabilidad por los delitos mencionados si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión. Así, la Ley regula los elementos mínimos que debe contener dicho modelo de prevención, dentro de los cuales se encuentran: (i) el encargado de prevención; (ii) la identificación, evaluación y mitigación de los riesgos; (iii) la implementación de procedimientos de denuncia; (iv) la difusión y capacitación periódica; y (v) la evaluación y monitoreo continuo, permitiendo que las micro, pequeña y medianas empresas cuenten con un modelo de prevención acotado, debiendo contar con solo uno de los elementos antes mencionados³.

Es importante tener en cuenta que la implementación del modelo de prevención mencionado es de carácter voluntario, no obstante, a fin de que la persona jurídica pueda acogerse al eximente contemplado en la norma, deberá acreditar ante las autoridades, no solo que cuenta con dicho modelo de prevención, sino que, además, dicho modelo ha sido correctamente implementado en su organización, es decir, que es de conocimiento y cumplimiento de cada uno de los directivos y trabajadores de la persona jurídica. Para lograr dicho efecto, la persona jurídica deberá comenzar por realizar

un levantamiento exhaustivo de los riesgos inherentes específicos y generales a los que se encuentra expuesta la organización y deberá evaluar correctamente la frecuencia, impacto y criticidad de los riesgos identificados a fin de cuantificar adecuadamente los mismos y crear los controles idóneos para mitigarlos.

Es de vital importancia entonces que se desarrolle un modelo de prevención hecho a medida, el cual cumpla con identificar y cuantificar los riesgos conforme a las características particulares de cada persona jurídica y según el tipo de negocio del que se trate, de esta manera se podrán implementar los controles adecuados y se podrá realizar correctamente el monitoreo correspondiente.

Adicionalmente, dentro de la evaluación preliminar que vaya a realizar la persona jurídica para la implementación del modelo, es fundamental que verifique que los documentos — contratos, manuales, códigos, políticas, entre otros— concuerden con la realidad de la organización y que no sean mera copia de otros entes jurídicos. Para ello, la persona o personas encargadas de la creación e implementación del modelo deberán realizar entrevistas no solo a los directivos sino también a aquellos trabajadores que se pudieran encontrar expuestos a los riesgos identificados. En caso de que la mencionada evaluación se encuentre a cargo de un tercero, la visita a los locales y oficinas de la persona jurídica sería insoslayable. De esta manera, se podrán realizar los ajustes en las políticas internas de la empresa, en sus manuales, contratos con clientes, proveedores y empleados, así como en cualquier otro documento que resulte pertinente, lo cual redundará en un mejor desarrollo de medidas, políticas, procedimientos y controles específicos para cada caso. No basta entonces con tener un modelo de pre-

-
3. Conforme al Reglamento, las personas jurídicas se clasifican en:
 1. Gran empresa: ventas anuales superiores a 2300 UIT.
 2. Mediana empresa: ventas anuales superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT.
 3. Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT.
 4. Micro empresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 UIT.

vención creado a medida, sino que, además, dicho modelo se deberá encontrar “vivo” en todo momento en la organización y el mismo deberá ser validado y aprobado por los órganos correspondientes de dicha organización.

Muchas empresas tienen dudas sobre la necesidad de contar con un responsable del modelo de prevención dentro de la empresa. En línea con el Reglamento, el máximo órgano de gobierno deberá designar a una persona u órgano de prevención que se encargue de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención, para lo cual su designación, funciones y atribuciones deben garantizar la autonomía en el control y auditoría de los procesos de la persona jurídica para asegurar el cumplimiento y fin del modelo de prevención. Además, en el caso de los sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú—UIF, a cargo de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones—SBS que, por disposición normativa deben contar con un Oficial de Cumplimiento para la gestión de riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, podrán compartir dichas funciones con las funciones del encargado de prevención que dispone la Ley, lo cual considero pertinente, ya que de lo contrario se estaría imponiendo a las personas jurídicas cargas innecesarias que podrían desincentivar la implementación del modelo de prevención dentro de las organizaciones. Ahora bien, es cierto que el responsable del modelo de prevención debe contar con la autonomía suficiente y la experiencia necesaria para la implementación y control del modelo, no obstante, considero que parte fundamental del modelo de prevención en organizaciones con estructuras que lo ameriten debería ser la incorporación de modelos de auditoría interna y/o externa que permitan un monitoreo continuo por parte de una persona o entidad externa, a efectos de asegurar la vigencia e idoneidad de los modelos de prevención aun cuando esto redunde en una carga adicional, las ventajas en el largo plazo son mayores.

Dos aspectos sustanciales en la elaboración e implementación del modelo que se deben te-

ner en cuenta son: (i) la creación de un canal de denuncia mediante el cual cualquier directivo o trabajador pueda poner en conocimiento del encargado de la generación de riesgos para la organización, el mismo que debe ser adecuadamente difundido y (ii) las capacitaciones continuas del personal a efectos de que el modelo de prevención llegue a formar parte de la cultura organizacional, lo cual es fundamental para el correcto desarrollo del mismo.

IV. EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE MERCADO DE VALORES

Un punto importante a mencionar es el que se refiere a la necesidad que tiene el fiscal a cargo de la investigación penal de contar con un informe técnico de la Superintendencia de Mercado de Valores —en adelante, “SMV”— para formalizar la investigación preparatoria, el cual deberá analizar la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, informe que tiene valor probatorio de pericia institucional. En ese sentido, si el informe técnico emitido por la SMV estableciera que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito es adecuado, el fiscal dispondrá el archivo de lo actuado mediante decisión debidamente motivada. El Reglamento incluye un listado de los parámetros que la SMV podrá utilizar para la emisión de su informe técnico y circunscribe el mismo a la verificación de la correcta implementación y adecuado funcionamiento del modelo de prevención únicamente respecto del o los delitos materia de investigación, es decir, si se investiga a la persona jurídica por lavado de activos no será necesario que la SMV analice el modelo de prevención respecto al delito de cohecho, por ejemplo.

En mi opinión, este requerimiento podría darle al informe técnico emitido por la SMV la calidad de vinculante, lo cual podría resultar ineficaz teniendo en cuenta el grado de especialidad en materia penal requerido para ello. Sin embargo, veo que la SMV mantiene en su agenda regulatoria la emisión de lineamientos respecto a los elementos que debe contener un modelo de prevención y se viene dotando de personal

técnico para poderle hacer frente a este tan importante reto encomendado por el nuevo marco jurídico.

Conforme al Reglamento, para la emisión del informe técnico la SMV deberá tomar en cuenta necesariamente: (i) la información entregada por la persona jurídica, así como las acciones adoptadas en el marco de lo señalado por el Reglamento y (ii) la circunstancia de que existe una investigación fiscal por alguno de los delitos de cohecho, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión o tráfico de influencias. Asimismo, señala que podrá tener en cuenta la existencia de las certificaciones relacionadas a sistema de riesgos, gestión de *Compliance* o sistema de gestión antisoborno que la persona jurídica hubiese obtenido, en la medida que hayan sido expedidas por entidades especializadas del Perú o el exterior. Al respecto, cabe mencionar que, en otros países —como Chile que ya tiene esta norma vigente desde hace algunos años— existen empresas certificadoras especializadas, las cuales se encuentran facultadas para emitir este tipo de certificaciones, no obstante, en Perú no se han creado hasta el momento este tipo de entidades.

Cabe resaltar que, el hecho de contar con certificaciones no libera a la persona jurídica de la investigación o de la responsabilidad correspondientes, únicamente se trata de un factor a ser considerado en la evaluación del modelo de prevención. Se debe tener en cuenta, además, que a efectos de demostrar la implementación del modelo de prevención ante las autoridades correspondientes, es importante que la persona jurídica documente adecuadamente todo el proceso de implementación y que, además, lo haga público a través de los medios con los que dispone como su página web o el correo corporativo.

V. OTRAS CONSIDERACIONES

Si bien, antes de la publicación del Reglamento, la obligatoriedad de contar con un modelo de prevención para eximir de responsabilidad a las personas jurídicas se encontraba vigente, la falta de reglamentación desincentivaba a

las empresas a implementar uno, no obstante, hoy por hoy, con el Reglamento vigente, las personas jurídicas se ven en la necesidad de contar con un modelo de prevención que las exima de responsabilidad en caso de que alguno de sus directivos o funcionarios cometan este tipo de delitos.

Respecto a aquellas organizaciones que cuentan con matrices en países extranjeros, las cuales cumplen normas y criterios internacionales de prevención de los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como por ejemplo, la *U.S. Foreign Corrupt Practice Act—FCPA* que podrían hacer pensar que el cumplimiento de las políticas globales corporativas sería suficiente para acreditar el modelo de prevención para acceder al eximente contemplado en la Ley, se debe tener en cuenta que, tanto la Ley como el Reglamento son bastante específicos al momento de detallar los elementos mínimos y características del modelo de prevención, por lo que, independientemente de que las personas jurídicas cumplan con modelos internacionales, será necesario que desarrollen e implementen un modelo de prevención basado en parámetros locales y que dichos modelos cuenten con las características requeridas por las normas peruanas a fin de que puedan acreditar que la organización se encuentra en condiciones de acceder al eximente de responsabilidad.

No quería dejar de mencionar que, para la evaluación de los riesgos e implementación del modelo de prevención, se hace necesario analizar algunos de los principales motivos de aquellas conductas que llevan a las personas —que forman parte de una organización— a la comisión de este tipo de delitos, como es el caso de la presión por cumplimiento de metas u objetivos a las que pueden estar sometidas algunas personas, la oportunidad para la comisión del delito traducida en la baja probabilidad de detección y/o sanción por parte de la organización o inclusive la normalización de ese tipo de conductas, que lleva a las personas a ver algo como correcto cuando en realidad no lo es.

En ese sentido, es importante que cada persona

jurídica determine correctamente los principios que regirán las conductas de sus integrantes y vuelque dichos principios hacia todos los directivos y colaboradores de la organización para lograr el compromiso de cada uno de ellos. De este modo, los principios, políticas y procedimientos determinados para la prevención de los delitos deben ser de carácter obligatorio a fin de lograr una cultura de prevención en las organizaciones. Es importante que cada uno de los integrantes pueda responder correctamente, entre otras, las siguientes preguntas: ¿es correcto y lícito lo que hago?, ¿lo que hago es consistente con mis principios y valores, y con los principios y valores de la organización? y ¿estoy dispuesto a asumir y responder por mis actos?

La implementación de modelos de prevención por parte de las empresas no solamente las eximirá de responsabilidad penal, sino que, además, las pondrá en posición de ventaja frente a sus competidores, ya que este tipo de medidas reduce el riesgo reputacional y genera confianza y credibilidad frente a clientes y proveedores.

Finalmente, es importante mencionar que como parte de los avances regulatorios en la lucha contra la corrupción, el 4 de setiembre de 2018 se publicó el Decreto Legislativo 1385, Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado, el cual modifica el Código Penal Peruano, incorporando los delitos de corrupción en el ámbito privado y corrupción al interior de entes privados, a fin de sancionar penalmente los actos de corrupción cometidos entre privados que afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal entre empresas. Si bien estos delitos no se encuentran incluidos dentro del ámbito de la Ley, considero que no deberían tardar en ser incluidos por su estrecha relación e importancia.

Esperemos que estas normas redunden en un mejor y correcto desempeño de las personas jurídicas y en sus relaciones comerciales, lo cual dependerá en gran medida de la capacidad de decisión y firmeza para la implementación y administración de los sistemas y modelos de prevención de delitos.