



BOLETÍN COMPLIANCE PENAL

Diciembre 2020

I. COMENTARIO

LINEAMIENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL MODELO DE PREVENCIÓN

El 13 de noviembre de 2020 la Superintendencia de Mercado de Valores (en adelante SMV) publicó la Resolución SMV N° 011-2020-SMV/01, mediante la cual se autorizó la difusión de la segunda versión del proyecto de los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención” (en adelante los Lineamientos); cuyo objetivo es guiar a las personas jurídicas en la implementación, funcionamiento y/o actualización de su Modelo de Prevención de Delitos, en concordancia con la Ley N° 30424 “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” y su reglamento.

1. ANTECEDENTES

Es importante recordar que la Ley N° 30424 establece que las personas jurídicas podrán ser sancionadas, cuando un integrante suyo cometa alguno de los delitos descritos en el artículo I de la mencionada Ley, siempre que el delito haya sido cometido en su nombre y beneficio. Las personas jurídicas y las sanciones contempladas son las siguientes:

Personas jurídicas:

- i) Entidades de derecho privado.
- ii) Asociaciones.
- iii) Fundaciones.
- iv) Organizaciones no Gubernamentales.
- v) Comités no inscritos.
- vi) Sociedades irregulares.
- vii) Entidades que administran patrimonios autónomos.
- viii) Empresas del Estado o sociedades de económica mixta.

Sanciones:

- a) Multa.
- b) Suspensión de actividades.
- c) Prohibiciones de actividades.
- d) Inhabilitación para contratar con el Estado.
- e) Cancelación de licencias, concesiones, derechos o autorizaciones.
- f) Clausura de locales o establecimientos.
- g) Disolución.
- h) Intervención de la persona jurídica.

Los delitos que propiciarán la sanción de la propia empresa serán Corrupción (Colusión, Cohecho, Tráfico de Influencias), Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

2. EL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

La Ley N° 30424 establece que la persona jurídica quedará exenta de las mencionadas sanciones cuando implemente, ex ante a la comisión de alguno de los delitos señalados anteriormente, un Modelo de Prevención de Delitos (en adelante MPD) que contribuya a la vigilancia y control de los riesgos penales detectados, en concordancia con los lineamientos que precisamente postula la resolución emitida por la SMV.

Cabe señalar que la determinación sobre la idoneidad y correcto funcionamiento del MPD será tarea de la SMV, quienes emitirán un informe técnico al respecto, cuyo resultado permitirá a la Fiscalía archivar la investigación (en caso se encuentre conforme el MPD) o formalizar la investigación preparatoria en contra de la persona jurídica (en caso no se encuentre correctamente implementado y/o no se encuentre acreditado el funcionamiento del MPD).

3. LA IMPLEMENTACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL MPD

En los Lineamientos se describe la importancia de las disposiciones generales del MPD, mencionadas en los artículos 26 al 31 del reglamento de la Ley N° 30424, estas son:



Consistencia normativa:

El MPD debe tomar en cuenta tanto la normativa local, como la de los países extranjeros donde la persona jurídica realiza actividades y/u operaciones.



Enfoque participativo:

Busca propiciar el involucramiento de la Alta Dirección y demás funcionarios de la persona jurídica, así como de sus socios comerciales y stakeholders en la implementación, evaluación y mejora continua del MPD.



Obligatoriedad y aplicación general:

El MPD deberá ser aplicado en todas las áreas y niveles de la persona jurídica.



Simplicidad:

Promueve que el MPD sea de fácil entendimiento para la Alta Dirección y demás funcionarios de la persona jurídica, así como para sus socios comerciales y stakeholders.



Cultura organizacional:

El MPD busca fomentar una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo, en todos los niveles de la persona jurídica.



Autorregulación:

Se considerará el tamaño, la naturaleza, características y complejidad de la persona jurídica al momento de diseñar, implementar y monitorear el MPD; conforme a sus necesidades, riesgos y particularidades. Todo ello, sin descuidar los elementos mínimos y componentes que establecen la Ley y su Reglamento.



Elementos mínimos:

1. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos.
2. Encargado de prevención.
3. Procedimiento de denuncia.
4. Difusión y capacitación del MPD.
5. Evaluación y monitoreo continuo del MPD.

Elementos facultativos:

1. Políticas para áreas específicas de riesgos.
2. Registro de actividades y controles internos.
3. Integración del MPD en los procesos comerciales de la persona jurídica.
4. Designación de una persona u órgano auditor interno.
5. Procedimientos de interrupción o remediación de riesgos.
6. Mejora continua del MPD.

4. COMPROMISOS DE LA ALTA DIRECCIÓN

La implementación y funcionamiento del MPD no será posible sin el compromiso, liderazgo y apoyo firme de la Alta Dirección, cuyas acciones podrán verse reflejado en la aprobación y participación en las políticas de prevención, así como en la asignación de recursos para lograr este objetivo.

5. IDENTIFICACIÓN, EVALUACIÓN Y MITIGACIÓN DE RIESGOS

La persona jurídica realizará un perfil de riesgos penales con la finalidad de identificar cuáles son aquellos riesgos inherentes a sus actividades, procesos u operaciones, así como los riesgos residuales y de la interacción con personal ajeno a la persona jurídica.

Para realizar dicha tarea se deberán seguir las siguientes etapas:

- a) Etapa previa:** Consiste en la determinación de funciones y responsabilidades operativas, procesos operativos y de supervisión de estas actividades o procesos.
- b) Identificación de riesgos:** Es la revisión y detección de las actividades, operaciones y/o procesos que tiene una mayor exposición al riesgo de comisión de alguno de los delitos antes descritos (Corrupción Pública y/o LAFT), así como aquellas que puedan incrementarse o crear nuevos riesgos.
- c) Evaluación y análisis de riesgos:** Se examina en términos cuantitativos y/o cualitativos los riesgos identificados a fin de conocer sus consecuencias, magnitud o efectos en caso se materialicen.

- d) **Mitigación de riesgos:** Una vez identificados, evaluados y analizados los riesgos penales, se deberán implementar los controles y las medidas correspondientes para su prevención, detección o corrección.

6. ENCARGADO DE PREVENCIÓN

Es la persona u órgano designada por el máximo órgano de gobierno, administración, Alta Dirección, o quien haga a sus veces para la promoción y fomento del cumplimiento de las políticas y objetivos del MPD. Ejerce sus funciones con independencia y autonomía.

En los casos de personas jurídicas consideradas como micro, pequeña y mediana empresa (MIPYME) el encargado de prevención podrá ser asumido directamente por el órgano de administración.

Asimismo, la función de encargado de prevención y oficial de cumplimiento podrán ser asumidas por la misma persona, conforme el artículo 10 numeral 10.2.I literal J) de la Ley N° 27693.

Recomendaciones al momento de designar al encargado de prevención:

- **Conocimiento de la organización:** Es fundamental que el encargado de prevención conozca los procesos y/o actividades claves de la persona jurídica.
- **Experiencia:** Es la valoración de la formación académica, experiencia laboral y/o liderazgo.
- **Solvencia moral y honorabilidad:** La persona jurídica establecer criterios mínimos para determinar que la persona elegida como encargado de prevención tenga y mantenga los principios éticos, honestidad, integridad y buenas prácticas de la organización, por ejemplo: i) No contar con sentencias por delitos dolosos. ii) No ejercer cargo público. iii) No ejercer cargos en organizaciones o partidos políticos. iv) No encontrarse en la lista OFAC de los EE. UU. o similar.
- **Solvencia económica:** La persona jurídica establece criterios objetivos para identificar que la persona designada como encargado de prevención tenga solvencia económica, es decir: i) No contar con deudas o cobranza judicial con un porcentaje significativo de su patrimonio. ii) No haber sido declarado insolvente.



7. PROCEDIMIENTOS DE DENUNCIA

Este elemento implica la incorporación de un canal de denuncia dentro de la organización, de medidas de protección para el denunciante ante represalias, así como el procedimiento de investigaciones internas y medidas disciplinarias.

El canal de denuncias debe permitir la comunicación de cualquier intento, sospecha o comisión de un delito, además de cualquier acto de incumplimiento o debilidad del MPD; los cuales deberán ser reportados a través de del canal implementado, con respeto de los derechos fundamentales del denunciante y denunciado.

Asimismo, el canal de denuncias deberá ser de acceso para todos los colaboradores, directores, socios comerciales y stakeholders; los procedimientos deberán ser simples, claros y predeterminados, así como garantice el anonimato del denunciante o la reserva de su identidad, según el caso.

La persona u órgano encargado de la administración del canal de denuncias, así como de las investigaciones internas, pueden ser tercerizadas.

Recomendaciones:

- La investigación interna no sea realizada por la misma persona que impondrá la medida disciplinaria.
- Incluir medidas de incentivos para motivar el uso del canal de denuncias, siempre que no fomente la utilización inadecuada del canal de denuncias.

8. DIFUSIÓN Y CAPACITACIÓN DEL MPD

Las actividades de capacitación y sensibilización pueden ser realizadas por la persona jurídica o por un tercero.

Recomendaciones:

- Establecer medidas accesibles y sencillas para la difusión y capacitación del MPD entre sus colaboradores y directivos, y cuando corresponda, a los socios comerciales y stakeholders.
- Disponer que las políticas del MPD se encuentre disponibles, de fácil acceso y en un lenguaje entendible entre sus colaboradores, directores, socios comerciales y stakeholders.
- Brindar capacitaciones específicas a las áreas que se encuentren con mayor índice de exposición a los riesgos penales o cuando resulte necesario, ejemplo ingreso de nuevo personal.

- Asignación de recursos, financieros, materiales, tecnológicos y humano para el desarrollo de las capacitaciones.
- Efectuar un monitoreo y actualización de los programas de capacitación.

De igual manera, se recomienda establecer un canal o medio para los colaboradores, directores, socios comerciales y stakeholders de la persona jurídica, con la finalidad de orientarlos y absolver las consultas que realicen sobre el funcionamiento del MPD.

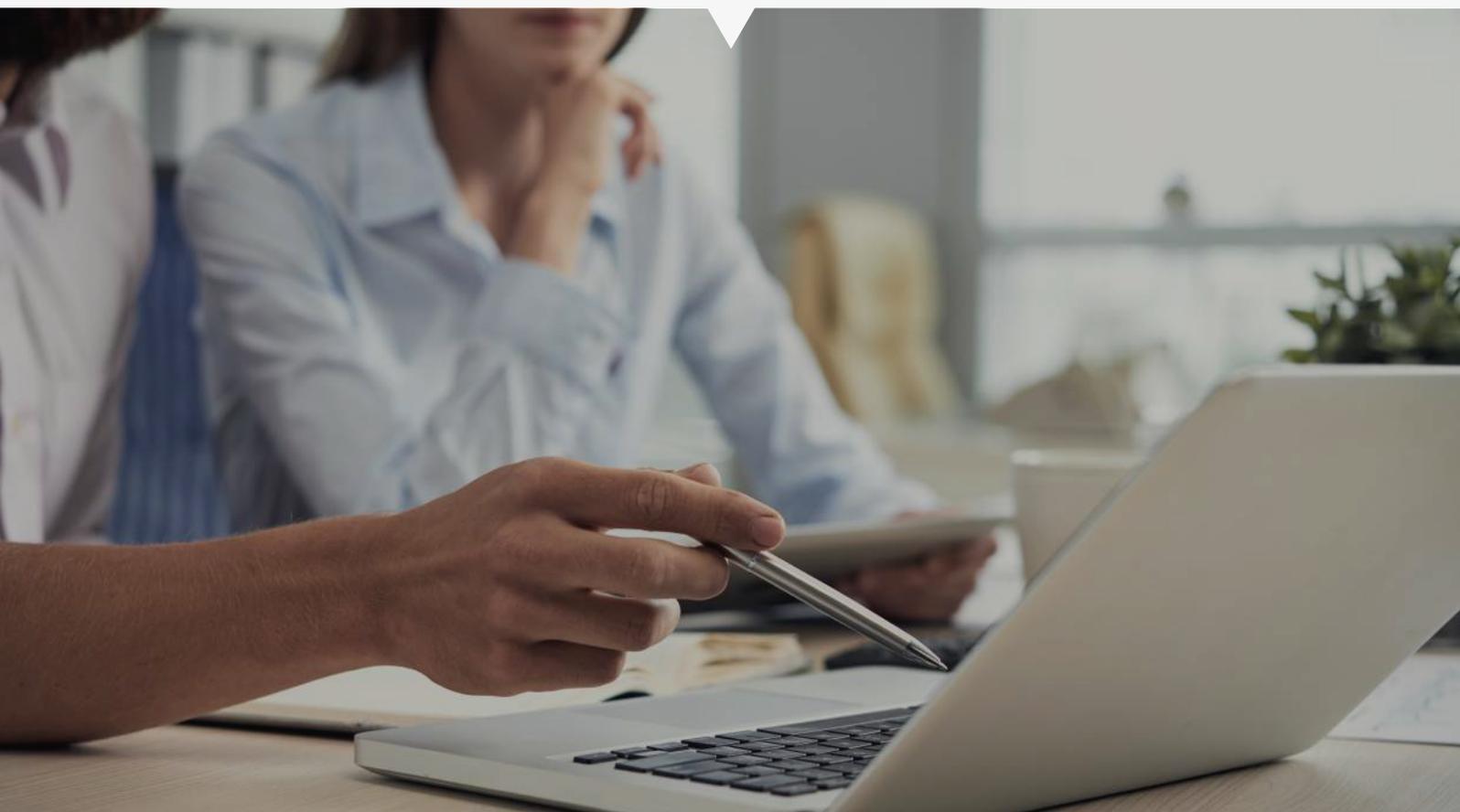
9. EVALUACIÓN Y MONITOREO CONTINUO DEL MPD

Consiste en tener un MPD dinámico, es decir adaptable, cambiante y enriqueciéndose con la experiencia de su implementación. Para ello, la persona jurídica deberá establecer mecanismos para su retroalimentación, así como procedimientos para su mejora continua.

Para ello, el monitoreo y revisión del MPD deberán realizarse por lo menos una vez al año.

Recomendaciones:

- Verificar que la persona que realice el monitoreo, supervisión y/o evaluación del MPD, tenga acceso a toda la información y documentación requerida.
- Realizar evaluaciones periódicas de la efectividad del MPD, así como el desempeño de los colaboradores y directivos de la persona jurídica, en ese sentido, se podrán conformar comités de cumplimiento o auditoría.



10. IMPLEMENTACIÓN DEL MPD POR PARTE DE LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

Conforme el artículo 17 numeral 17.2 de la Ley N° 30424, debido a la naturaleza y característica las Mypimes pueden contar con un MPD acotado, es decir no están obligadas a implementar todos los elementos mínimos mencionados anteriormente, basto con uno de ellos.

Al margen de lo referido en el párrafo anterior, se recomienda a las MIPYME tener en cuenta su tamaño, actividad, características, zona geográfica, volumen y complejidad de sus operaciones o actividades al momento de implementar su MPD, así como utilizar algún instrumento internacional y/o buenas prácticas, siempre que sea necesario.

El Ministerio de Producción es la entidad encargada de publicar los lineamientos y formatos adecuados para el MPD de las MIPYME.

11. DEBIDA DILIGENCIA (DUE DILIGENCE) POR PARTE DE LA PERSONA JURÍDICA

Se recomienda que en la implementación de un MPD se realicen medidas de debida diligencia sobre sus clientes, proveedores, colaboradores, contratistas, agentes, intermediarios, demás socios comerciales y stakeholders, así como a las empresas socias en consorcios, con empresas con las que se realizará alguna reorganización societaria, entendida esta en todas sus modalidades, tales como fusiones y adquisiciones, y a sus sucursales y filiales, entre otros; con la finalidad de iniciar, suspender, continuar o culminar las relaciones comerciales o contractuales con los mencionados anteriormente.

Asimismo, la debida diligencia podría llevar a la desvinculación o no con terceros que puedan estar comprendidos o investigados en alguno de los delitos comprendidos en la Ley N° 30424, conforme el artículo 2 de la mencionada Ley.

Recomendaciones de debida diligencia:

- Sobre el conocimiento de sus principales socios comerciales.
- Sobre el conocimiento de los colaboradores incorporados a la persona jurídica.
- Establecer debida diligencia en concordancia con el riesgo.
- Realizar un monitoreo continuo a los procedimientos de debida diligencia y el cumplimiento de la normativa y procedimientos del MPD.



Contar con un sistema de conservación de documentación relevante.

Realizar auditorías posteriores a la operación, cuando se trate de casos de fusiones o adquisiciones.

12. PARTICIPACIÓN DE LA SMV

La SMV tiene como tarea la verificar y evaluar la implementación y funcionamiento del MPD de una persona jurídica, cuyo resultado estará contenido en un informe técnico con valor de pericia institucional.

Además de la información brindada por la persona jurídica, la SMV podrá realizar visitas o inspecciones, entrevistas o declaraciones, así como realizar todas las acciones necesarias para analizar y verificar la implementación y funcionamiento del MPD.

Asimismo, la SMV dentro de su evaluación considerará las certificaciones que tenga la persona jurídica, ya sea por el Sistema de Gestión de Riesgos, Gestión de Compliance o Sistema de Gestión Antisoborno.

II. NOTICIAS

Con fecha 13 de Noviembre de 2020 se autoriza la difusión de la segunda versión del Proyecto de los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención” RESOLUCIÓN SMV N° 011-2020-SMV/01



<https://cutt.ly/ahzxj84>

Con fecha 18 de noviembre 2020, se publicaron los cinco aspectos a tomar en cuenta sobre las recuperaciones de compensación ejecutiva en los casos de la FCPA. El mes pasado, el mismo día que el Departamento de Justicia y la SEC impusieron \$ 3.3 mil millones en multas financieras contra Goldman Sachs por violaciones de la FCPA relacionadas con IMDB, la junta de Goldman anunció un plan para recuperar \$174 millones de ejecutivos anteriores y actuales. Con Goldman en mente, para ver cómo funcionan las recuperaciones y si son una buena idea.



<https://cutt.ly/0hlwfeG>

CONTACTO



Freddy Rojas López

Socio senior

Penal

frojas@munizlaw.com



Ian Paul Galarza

Socio

Compliance

igalarza@munizlaw.com



Marco Ruiz Martínez

Abogado

Penal

mruizm@munizlaw.com