

BENAVENTE TEIXEIRA, JUAN CARLOS

Compliance legal al momento de la
contratación laboral

BENITES IRIARTE, JOHANA

¿Están preparados todos los Sujetos
Obligados para contar con un Sistema que
gestione adecuadamente los riesgos de
lavado de activos?

CIPRIANO PIRGO, MANUEL

Compliance en el sector de
telecomunicaciones: retos y perspectivas

GUZMÁN ARIAS, CHRISTIAN ALONSO
CUBA PALOMINO, ANGELA

El Compliance peruano sobre libre
competencia en el contexto
Latinoamericano

MONTENEGRO RUIZ, GUADALUPE

El Compliance en protección al consumidor:
¿realmente es una figura beneficiosa para el
proveedor?

MORALES CÁCERES, ALEJANDRO RAFAEL

Implementando un programa de
cumplimiento en protección de datos
personales

NAKAYA VARGAS MACHUCA, FERNANDO

El Compliance y el arbitraje institucional

NAVARRO PALACIOS, INDIRA
GARCÍA DONAYRE, CARLOS SAÚL

Algunas aproximaciones al "cumplimiento
tributario" en el Perú

PAREDES CONTRERAS, MAURICIO

Compliance y propiedad intelectual

PERALTA QUISPE, ELIZABETH ROSA

Los programas de Compliance y su reflejo en
la contratación pública

PÉREZ BENAZAR, XAVIERA

Compliance: configuración de un canal de
denuncias eficaz en organizaciones públicas
y privadas

VARGAS FERNÁNDEZ, LUCÍA ALEJANDRA

La temporalidad ad aeternum: "roba, pero
hace obra" Inaplicación del Compliance
Gubernamental - Propuestas de mejora

EL COMPLIANCE EMPRESARIAL EN EL PERÚ

No. 76 Año XXXVI

TÍTULOS PUBLICADOS

No.75: Temas actuales del Derecho Arbitral
No. 74: Derecho y Nuevas Tecnologías
No. 73: Protocolo Familiar
No. 72: Temas Actuales de Protección al Consumidor
No. 71: Responsabilidad Social Empresarial
No. 70: Temas Actuales de Derecho Laboral y Empresa
No. 69: Procedimiento Administrativo Sancionador y Empresa
No. 68: Derecho Penal y Empresa
No. 67: Tutela del Consumidor
No. 66: Pequeña y Micro Empresa
No. 65: Empresa y Medio Ambiente
No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social
No. 63: Financiamiento y Garantías
No. 62: Hidrocarburos y Electricidad
No. 61: Tributación Empresarial
No. 60: Comercio Exterior: A propósito del TLC
No. 59: Industrias Extractivas: Minería
No. 58: Derecho Laboral y Empresa
No. 57: Inversión Privada en Servicios Públicos
No. 56: Arbitraje y Empresa
No. 55: Tributación y Empresa
No. 54: Temas Societarios
No. 53: Telecomunicaciones y Empresa
No. 52: Balance de la Ley General de Sociedades
No. 51: Derecho Informático y Teleinformática Jurídica
No. 50: Nueva Ley General de Sociedades – 2da parte
No. 49: Títulos Valores y Valores Negociables
No. 48: Nueva Ley General de Sociedades – 1era parte
No. 47: Del Código de Comercio al Código de Empresa
No. 46: Mercado y Empresa
No. 45: Contratos Mercantiles
No. 44: Sociedad y Mercado de Valores
No. 43: Reestructuración Empresarial
No. 42: La Empresa en la Nueva Constitución
No. 41: Reforma Laboral en la Empresa
No. 30: Contratos y Empresa
No. 29: Quiebra, Reflotamiento y Empresa
No. 28: El Derecho del Trabajo y la Empresa
No. 27: Empresa y Desarrollo
No. 26: Pequeña Empresa
No. 25: Banca y Empresa
No. 24: Delito Económico y Empresa





- ÍNDICE -

- | | |
|---|----------|
| 01. EDITORIAL | pág. 4 |
| 02. COMPLIANCE LEGAL AL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL
Juan Carlos Benavente Teixeira | pág. 5 |
| 03. ¿ESTÁN PREPARADOS TODOS LOS SUJETOS OBLIGADOS PARA CONTAR CON UN SISTEMA QUE GESTIONE ADECUADAMENTE LOS RIESGOS DE LAVADO DE ACTIVOS?
Johana Benites Iriarte | pág. 22 |
| 04. COMPLIANCE EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES: RETOS Y PERSPECTIVAS
Manuel Cipriano Pirgo | pág.34 |
| 05. EL COMPLIANCE PERUANO SOBRE LIBRE COMPETENCIA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO
Christian Alonso Guzmán Arias
Angela Cuba Palomino | pág. 51 |
| 06. EL COMPLIANCE EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: ¿REALMENTE ES UNA FIGURA BENEFICIOSA PARA EL PROVEEDOR?
Guadalupe Montenegro Ruiz | pág. 70 |
| 07. IMPLEMENTANDO UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
Alejandro Rafael Morales Cáceres | pág.84 |
| 08. EL COMPLIANCE Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL
Fernando Nakaya Vargas Machuca | pág. 119 |
| 09. ALGUNAS APROXIMACIONES AL "CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO" EN EL PERÚ
Indira Navarro Palacios
Carlos Saúl García Donayre | pág. 131 |
| 10. COMPLIANCE Y PROPIEDAD INTELECTUAL
Mauricio Paredes Contreras | pág.158 |
| 11. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
Elizabeth Rosa Peralta Quispe | pág. 175 |
| 12. COMPLIANCE: CONFIGURACIÓN DE UN CANAL DE DENUNCIAS EFICAZ EN ORGANIZACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS
Xaviera Pérez Benazar | pág. 188 |
| 13. LA TEMPORALIDAD AD AETERNUM: "ROBA, PERO HACE OBRA" INAPLICACIÓN DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL - PROPUESTAS DE MEJORA
Lucía Alejandra Vargas Fernández | pág. 200 |

EDITORIAL



Alejandro Morales Cáceres
Coordinador de la Revista No. 76

En esta ocasión la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, ha decidido dedicar este nuevo número al Tema de “El Compliance Empresarial en el Perú”, con el fin de ayudar a los empresarios a conocer todas las obligaciones legales que deben tomar en consideración al momento de llevar a cabo sus actividades empresariales.

Se considera “Compliance” al sistema de gestión para el cumplimiento normativo que implementan las empresas. Este término anglosajón hace referencia al conjunto de procedimientos y buenas prácticas que las organizaciones implantan con objeto de identificar, clasificar y controlar los riesgos operativos y legales a los que están expuestos y de esta forma establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y actuación frente a estos. El objetivo final del “Compliance” en la empresa es que las entidades reduzcan (o lleguen a eliminar) los riesgos derivados del cumplimiento normativo deficiente.

En efecto, el “Compliance” permite a los gerentes, directores y personal especializado dentro de la empresa tomar las previsiones necesarias, así como crear las normativas correspondientes para evitar que sus operaciones se vean afectadas por el incumplimiento. A su vez les ayuda a evitar ser sujetos de la responsabilidad legal a que hubiere lugar.

Ciertamente, el “Compliance” va mucho más allá de los planes de prevención de riesgos penales, pues se trata de una figura íntimamente ligada con el buen gobierno corporativo y que se asocia, en consecuencia, a valores tan fundamentales en el presente siglo como la ética o la transparencia. Por tanto, las empresas lo van incorporando dentro de sus procedimientos a fin de evitar sanciones y mitigar el riesgo reputacional, de acuerdo con las obligaciones legales que se derivan de distintas normas como la de protección de datos personales, protección al consumidor, competencia prevención de lavado de activos y del financiamiento al terrorismo, la prevención de riesgos laborales, entre otros.

Bajo este orden de ideas, la presente revista presenta artículos de autores (quienes cuentan con una importante experiencia en la materia) nacionales habiendo elaborado artículos de diferente índole, como, por ejemplo, cómo implementar programas de cumplimiento en materia laboral, tributaria, penal, de propiedad intelectual, competencia, de protección de datos personales, de protección al consumidor, entre otros.

Dejamos en sus manos este volumen que estamos seguros será una herramienta legal importante para empresarios, abogados, docentes y alumnos de Derecho para efectos de conocer el impacto legal del Compliance en el Perú.



COMPLIANCE LEGAL AL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

**Autor: Juan Carlos
Benavente Teixeira**

COMPLIANCE LEGAL AL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

Legal compliance at the time of employment hiring

Juan Carlos Benavente Teixeira¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Celebración del contrato de trabajo, registro en planillas y entrega de constancia de Alta
- III. Entrega de recomendaciones de seguridad y salud
- IV. Entrega del Boletín sobre diferencias de Sistemas Previsionales
- V. Prohibición de exigir pruebas de VIH
- VI. Elección de cuentas CTR y depósito de remuneraciones
- VII. Entrega del Reglamento interno de trabajo
- VIII. Entrega del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional
- IX. Entrega de la Política de Prevención frente al Hostigamiento Sexual
- X. Entrega de la Política Salarial
- XI. Seguro de Vida Ley
- XII. Exámenes Ocupacionales
- XIII. Reflexión final

Resumen

El derecho laboral peruano nos enfrenta a grandes retos de cumplimiento y administración por la cuantiosa regulación que contiene, situación que se ve reflejada desde que el empleador toma la decisión de contratar al personal pues debe elegir el tipo de contrato que utilizará, su contenido obligatorio, las formalidades que debe cumplir para ello tales como registrarlo en planilla, brindarle información sobre salud y seguridad, políticas salariales, sistemas de prevención contra el hostigamiento, entre otros; además de preocuparse en contratar seguros obligatorios, brindar información para la elección del sistema previsional que el trabajador desee; conforme a ello, el presente artículo pretende abordar los principales aspectos que deben tenerse presentes al momento de contratar a un trabajador con el fin de cumplir en forma fiel la legislación laboral.

Palabras clave: Cumplimiento, obligación, contratación laboral.

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Laboral. Autor de artículos y conferencista en dicha materia. Líder del área laboral de Torres y Torres Lara Abogados. Email: jcbentex@tytl.com.pe

Abstract

Peruvian labor law confronts us with great challenges of compliance and administration due to the numerous regulations it contains, a situation that is reflected from the moment the employer makes the decision to hire the employees, since he must choose the type of contract to use, its mandatory content, the formalities that must be fulfilled for this, such as registering it on the payroll, providing information on health and safety, salary policies, prevention systems against harassment, among others; in addition to worrying about contracting mandatory insurance, providing information for choosing the pension system that the worker wants; Accordingly, this paper aims to address the main aspects that must be taken into account when hiring a worker in order to faithfully comply with labor legislation.

Key words: *Compliance, obligation, employment hiring.*

I. INTRODUCCIÓN

La palabra en inglés “compliance” significa “cumplimiento” y se viene utilizando de un tiempo a esta parte, en su vinculación con lo legal, en relación con el fiel acatamiento de la regulación en determinado sector, principalmente en el ámbito empresarial.

Conforme a DocuSign, “como punto principal, adquirir y aplicar el Compliance evita y previene conflictos derivados de la actividad financiera, malas conductas, negligencia, falta de cumplimiento de leyes, entre otros”².

Bajo ese escenario, las empresas modernas y socialmente responsables se preocupan en cumplir la normatividad y en relacionarse con otras empresas con una filosofía de cumplimiento semejante, apartando y/o limitando de sus relaciones comerciales y de diversa índole, a quienes no superan la valla del compliance legal.

En otras palabras, la importancia del fiel acatamiento de la normatividad y la regulación no solo tiene una dimensión de importancia para la empresa de cara a la autoridad que fiscaliza y sanciona el no acatamiento de las disposiciones imperativas, sino también de cara a la debida relación con otras empresas y con los grupos de interés internos, como es el caso de los trabajadores.

En ese orden de ideas, el presente artículo intentará abordar los principales aspectos del “compliance legal” que debe tener presente un empleador al momento de contratar al personal.

² Obtenido de internet: docusign.mx/blog/que-es-compliance, publicado el 24 de Marzo de 2022).

II. CELEBRACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, REGISTRO EN PLANILLAS Y ENTREGA DE CONSTANCIA DE ALTA

Como se sabe la regla general en materia de contratación laboral es que el personal debe ingresar a trabajar mediante un contrato a plazo indeterminado y/o indefinido. En este tipo de contratos se conoce desde un principio la fecha de inicio de la relación laboral, pero se desconoce la fecha de su finalización.

Es más, en materia laboral, debe recordarse que el Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR, indica que ante la prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Artículo 4°.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También pueden celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Este tipo de contratos, como podrá apreciarse de la norma transcrita, no tiene que ser celebrado por escrito pues basta el acuerdo de voluntades entre el trabajador que acepta un puesto de trabajo y el empleador que acepta el pago de una determinada retribución como contraprestación a la fuerza laboral del trabajador. En otras palabras, los contratos de trabajo a plazo indeterminado pueden celebrarse de manera verbal.

En palabras de Jorge Toyama y Luis Vinatea, *“el Contrato a tiempo indeterminado es aquél que se celebra entre un trabajador y un empleador, ya sea de manera escrita o verbal sin señalar plazo de vencimiento del contrato, entendiéndose que en toda prestación de servicios que reúna los elementos esenciales de la relación laboral se presume que estamos frente a un contrato de trabajo a tiempo indeterminado. (...)”*.³

Claro está que, si es que resulta necesario que exista prueba de alguna disposición contractual en particular, lo recomendable es que el contrato de trabajo a plazo indeterminado sea celebrado por escrito, como por ejemplo, cuando se amplía el periodo

³ Toyama Migayusuku, Jorge y Vinatea Recoba, Luis. Guía Laboral – Guía Legal de Problemas y Soluciones Laborales. Perú, Gaceta Jurídica, 2005 (Páginas 15 – 16)

de prueba al que se somete al trabajador, cuando se pacta un “paracaídas indemnizatorio”, cuando se pactan condiciones por encima de los mínimos que establece la Ley, entre otros supuestos en los que alguna de las partes puede estar especialmente interesado en contar con la prueba escrita de la condición contractual.

Por su parte, la excepción a la citada regla general es la celebración de contratos a plazo fijo o sujetos a modalidad, los cuales pueden ser celebrados cuando existen causas objetivas que justifican que el contrato contenga, desde su celebración, tanto una fecha de inicio como una fecha de finalización. Ello, de conformidad con el Artículo 53 de la ya citada Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 53°.- Los contratos sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitente o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

La ley contempla una serie de tipos de contratos a plazo fijo (entre ellos los contratos por inicio o incremento de actividad, necesidad de mercado, reconversión empresarial, ocasionales, accidentales, obra o servicio específico, suplencia, intermitentes, de temporada, entre otros) los cuales, como ha sido dicho, deben ser celebrados por escrito, siendo obligatorio que un ejemplar sea entregado al trabajador dentro del tercer día hábil contado desde el inicio de la prestación de servicios, conforme lo exige el Artículo 83 del D.S. N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, conforme a la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 007-2017-TR.

Artículo 83°.- El empleador deberá entregar al trabajador, copia del contrato de trabajo, dentro del término de tres (3) días hábiles, contados desde el inicio de la prestación de servicios.

Estos contratos, conforme lo exige el Artículo 72 del ya citado Decreto Supremo N° 003-97-TR, deben constar por escrito y en ellos se debe explicitar con la mayor claridad posible, la causa objetiva de contratación, siendo insuficiente su simple invocación. Es decir, resulta exigible la explicación de la situación de hecho que lleva a la utilización de determinado tipo de contrato, bajo sanción de considerarse su desnaturalización y por tanto la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.

Artículo 72°.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Así, por ejemplo, si se quiere celebrar un contrato de trabajo por suplencia no bastará que el contrato contenga tal denominación o título, sino que en el texto del contrato debe explicarse cuáles son los motivos por los que el titular del puesto de trabajo no podrá desarrollarlo (por ejemplo por vacaciones, por accidente, etc) y por cuánto tiempo ello

ocurrirá, lo cual justificará la contratación del personal suplente y el tiempo definido de la contratación respectiva.

Cabe precisar que, en la actualidad, los contratos de trabajo a plazo fijo no deben ser presentados ante la autoridad administrativa de trabajo, bastando registrar al trabajador en la planilla bajo la modalidad del contrato a plazo fijo que haya sido celebrada.

Sin perjuicio de la obligación de sustento de la causa objetiva para fundamentar el uso del contrato a plazo fijo y su celebración por escrito y entrega del ejemplar al trabajador, una obligación formal común para el empleador para el momento de contratación de un trabajador, tanto a plazo fijo como a plazo indeterminado, es el registro del trabajador en la planilla, en el día hábil de iniciada la relación laboral, conforme lo prevé el Artículo 4-A del D.S. N° 018-2007-TR, incorporado a la norma citada, por D.S. N° 015-2010-TR.

Artículo 4-A.- El empleador deberá registrarse, así como a sus trabajadores, pensionistas, prestadores de servicios, personal en formación – modalidad formativa laboral y otros, personal de terceros y derechohabientes, de acuerdo a los siguientes plazos:

- a) Trabajador, prestador de servicios a que se refiere el numeral ii) del literal d) del artículo 1 del presente Decreto Supremo, personal en formación – modalidad formativa laboral y otros, y personal de terceros: dentro del día en que se produce el ingreso a prestar sus servicios, independientemente de la modalidad de contratación y de los días laborados.

(...).

Dicho registro implicará la generación de una Constancia de Alta, cuya copia debe ser entregada al trabajador el día hábil siguiente del inicio de la prestación de servicios conforme a la misma norma referida en el párrafo precedente. Esta entrega puede producirse por medios físicos o electrónicos, siempre que pueda demostrarse la recepción correspondiente.

Artículo 4-A.-

(...)

El empleador debe entregar a los trabajadores, prestadores de servicios a que se refieren los numerales ii) y iii) del literal d) del artículo 1 del presente Decreto Supremo, la constancia de alta, modificación o actualización, así como de baja que se efectúe en el T-REGISTRO, de acuerdo a los siguientes plazos:

- a) Alta en el Registro: en el día hábil siguiente del inicio de la prestación de servicios.

(...)

Se entenderá cumplida la obligación cuando el empleador remita la constancia generada por el T-REGISTRO, a través de medios físicos o electrónicos, siempre que se acredite la recepción de la misma por parte de los destinatarios.

(...).

III. ENTREGA DE RECOMENDACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD

Cabe resaltar que ya sea que se opte por la celebración de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o un contrato sujeto a modalidad, es obligación del empleador brindar al trabajador las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo conforme a lo establecido en el inciso c) del Artículo 35 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en concordancia con el Artículo 30 del Reglamento.

Artículo 35°.- Para mejorar el conocimiento sobre la seguridad y salud en el trabajo, el empleador debe:

(...)

- c) Adjuntar al contrato de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo.

(...).

Artículo 30°.- En el caso del inciso c) del artículo 35 de la Ley, las recomendaciones deben considerar los riesgos en el centro de trabajo y particularmente aquellos relacionados con el puesto o función, a efectos de que el trabajador conozca de manera fehaciente los riesgos a los que está expuesto y las medidas de protección y prevención que debe adoptar o exigir al empleador.

Cuando en el contrato de trabajo no conste por escrito la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo, éstas deberán entregarse en forma física o digital, a más tardar, el primer día de labores.

En tal sentido, la norma precisa que se debe adjuntar al contrato de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo y cuando el contrato no conste por escrito, aquellas deben entregarse en forma física o digital a más tardar el primer día de labores.

En todos los casos, las recomendaciones aludidas deben considerar los riesgos en el centro de trabajo y particularmente aquellos relacionados con el puesto o función específica para el que se contrata al trabajador, con la finalidad de que éste conozca con absoluta claridad los riesgos a los que está expuesto y las medidas de protección y prevención que debe adoptar o exigir a quien lo emplea.

IV. ENTREGA DEL BOLETIN SOBRE LAS DIFERENCIAS DE SISTEMAS PREVISIONALES

Como es conocido, nuestra normatividad contempla dos sistemas previsionales, uno privado y el otro público.

El sistema privado lo conforman las Administradoras de Fondos de Pensiones, conocidas como AFP's y el segundo es el Sistema Nacional de Pensiones.

En el primero existe un fondo de jubilación privado e individual que el trabajador va alimentando con sus aportes durante su vida laboral y en el segundo existe un fondo común y solidario que implicará el reconocimiento de una pensión en la medida que se cumplan los requisitos de jubilación vinculados a los años de aportación y la edad del trabajador.

Conforme a ello, cuando un trabajador ingresa a laborar en forma dependiente y no se encuentra inscrito en ningún sistema previsional, es obligación del empleador hacerle entrega de una copia del boletín informativo sobre las diferencias entre los citados sistemas a efectos de que puedan decidir a cuál afiliarse, dentro del plazo que la Ley les concede y por tanto tomar una decisión debidamente informada, conforme lo exigen los Artículos 15 y 16 de la Ley N° 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.

Artículo 15.- El MTPE, en coordinación con la SBS y la ONP, aprueba y publica en el Diario Oficial El Peruano y en un diario de circulación masiva un "Boletín Informativo" sobre las características, las diferencias y demás peculiaridades de los sistemas pensionarios vigentes. Dicho Boletín debe incluir, como mínimo, la información sobre los costos previsionales, los requisitos de acceso a pensión, los beneficios y las modalidades de pensión que otorga cada sistema, y la información relacionada con el monto de la pensión.

Artículo 16.- El empleador debe entregar a aquellos trabajadores no afiliados, que ingresen por primera vez a un centro laboral, una copia del "Boletín Informativo" a que se refiere el artículo 15 a fin de que decida libremente su afiliación.

El trabajador tendrá un plazo de diez (10) días contados a partir de la entrega del Boletín Informativo para expresar por escrito su voluntad para incorporarse a uno u otro sistema pensionario, teniendo diez (10)

días adicionales para ratificar o cambiar su decisión. El plazo máximo de elección es la fecha en que percibe su remuneración asegurable; vencido este plazo, si el trabajador no hubiese manifestado su voluntad de afiliarse a un sistema pensionario, el empleador lo afiliará a la AFP en las condiciones que se señala en el artículo 6 del Texto Único Ordenando de la Ley del Sistema Privado de Pensiones aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establecerá el formato de elección del sistema pensionario, siendo asimismo, responsable de realizar las acciones de inspección que corresponda para el cabal cumplimiento de esta obligación por parte de los empleadores.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece las sanciones por el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador.

Cabe resaltar que conforme al Artículo 1 del Decreto Supremo N° 009-2008-TR, el plazo para entregar la copia del “Boletín Informativo” a aquellos trabajadores no afiliados que ingresen por primera vez a un centro laboral, es de cinco días hábiles, siguientes de iniciada la relación laboral.

Artículo 1°.- El plazo para entregar la copia del “Boletín Informativo” a que se refiere el Artículo 15 de la Ley N° 28991, a aquellos trabajadores no afiliados que ingresen por primera vez a un centro laboral, es de cinco (5) días hábiles, siguientes de iniciada la relación laboral.

V. PROHIBICION DE EXIGIR PRUEBAS DE VIH

Una obligación de “no hacer” para el empleador, contemplada en nuestra legislación, se encuentra vinculada al virus del VIH.

En relación con ello, la R.M. N° 376-2008-TR, establece en su Artículo 8 que al contratar a un trabajador el empleador se encuentra prohibido de exigirle la realización de una prueba de VIH o la exhibición de los resultados de la citada prueba, prohibición que incluso se mantiene durante la vigencia de la relación laboral o como requisito para la continuidad laboral.

Artículo 8°.- Está prohibido que el empleador exija la prueba de VIH o la exhibición del resultado de ésta, al momento de contratar trabajadores, durante la relación laboral o como requisito para continuar en el trabajo.

VI. ELECCION DE CUENTA CTS Y DE DEPÓSITO DE REMUNERACIONES

Al ingreso de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada que percibirá CTS, deberá tenerse presente que éste cuenta con un plazo para decidir la entidad financiera en la que se deberá depositar su compensación por tiempo de servicios.

En efecto, cuando un trabajador ingresa, no debe ser el empleador el que tome la decisión sobre el depositario de la CTS de éste, pues solo podrá actuar de esa manera en defecto de la información oportuna que pueda brindar el trabajador.

Sobre el particular, deberá tenerse presente que, de acuerdo a lo contemplado en el Artículo 23 del D.S. N° 001-97-TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, el trabajador que ingresa a laborar debe comunicar a su empleador por escrito y bajo cargo, en un plazo que no excederá del 30 de Abril o del 31 de Octubre, dependiendo de su fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, el tipo de cuenta y moneda en que deberán efectuarse los depósitos de CTS. Además, el trabajador deberá elegir entre los depositarios que domicilien en la provincia donde se encuentre ubicado su centro de trabajo. De no hacerlo, en los de la provincia más próxima o de más fácil acceso.

Artículo 23.- El trabajador que ingrese a prestar servicios deberá comunicar a su empleador, por escrito y bajo cargo, en un plazo que no excederá del 30 de abril o 31 de octubre según su fecha de ingreso, el nombre del depositario que ha elegido, el tipo de cuenta y moneda en que deberá efectuarse el depósito. Si el trabajador no cumple con esta obligación el empleador efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones permitidas por esta Ley, bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el período más largo permitido.

Además el trabajador deberá elegir entre los depositarios que domicilien en la provincia donde se encuentre ubicado su centro de trabajo. De no haberlo, en los de la provincia más próxima o de más fácil acceso.

Como puede apreciarse, solo si el trabajador no brinda dicha información en forma oportuna, el empleador efectuará el depósito en cualquiera de las instituciones autorizadas por la Ley, bajo la modalidad de depósito a plazo fijo por el periodo más largo permitido.

Elegido el depositario, el trabajador puede decidir incluso que una parte de la compensación por tiempo de servicios se deposite en moneda nacional y otro en moneda extranjera, de acuerdo a la prerrogativa que le concede el Artículo 25 de la norma mencionada.

Artículo 25°.- Elegido el depositario el trabajador puede decidir que una parte de la compensación por tiempo de servicios se deposite en moneda nacional y otra en moneda extranjera. Los depósitos, una vez efectuados no pueden ser motivo de convenio individual a cargo del empleador.

En lo que al pago de las remuneraciones se refiere debe tenerse presente que su pago puede ser efectuado mediante empresas del sistema financiero, siendo facultad del trabajador elegir aquella que convenga a sus intereses.

En ese orden de ideas y conforme lo establece el Artículo 18 del D.S. N° 001-98-TR según quedó modificado por el D.S. N° 003-2010-TR, al inicio de la relación laboral el trabajador debe comunicar al empleador, dentro de los 10 días hábiles de iniciado el vínculo, el nombre

de la empresa del sistema financiero, y de ser el caso, el número de cuenta en donde se efectuará el pago de sus remuneraciones.

Artículo 18.- El pago de la remuneración podrá ser efectuado directamente por el empleador o por intermedio de terceros, siempre que en este caso permita al trabajador disponer de aquella en la oportunidad establecida, en su integridad y sin costo alguno.

Si el pago por terceros se efectúa a través de las empresas del sistema financiero, los trabajadores tendrán derecho de elegir aquella donde se efectuarán los depósitos, conforme a las siguientes reglas:

1. Al inicio de la relación laboral el trabajador comunicará al empleador, dentro de los diez (10) días hábiles de iniciado el vínculo, el nombre de la empresa del sistema financiero elegida y, de ser el caso, el número de la cuenta. Vencido el plazo sin que el trabajador haya cumplido con comunicar su elección, el empleador podrá efectuar los depósitos de la remuneración en dinero, en cualquier empresa del sistema financiero donde se ubique el centro laboral en el que preste servicios el trabajador.

2. Durante la vigencia de la relación laboral el trabajador podrá comunicar al empleador, dentro de los primeros diez (10) días hábiles del mes correspondiente al pago de la remuneración, el cambio de la empresa del sistema financiero y la indicación del número de cuenta.

3. Cualquier acto de injerencia por parte del empleador en la libre elección del trabajador, son infracciones muy graves sancionables por la inspección del trabajo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806, o norma que la sustituya.

(...)

Obsérvese que solo si el plazo con el que cuenta el trabajador vence y éste no ha efectuado o comunicado su elección, el empleador quedará en libertad de efectuar la elección que considere (respecto del depositario y tipo de moneda en la que realizará el depósito), debiendo elegir cualquier empresa del sistema financiero donde se ubique el centro laboral en el que preste servicios el trabajador.

Téngase presente que cualquier acto de injerencia del empleador en la libre elección del trabajador, puede ser sancionado por la autoridad administrativa de trabajo.

VII. ENTREGA DE REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO

Como se recordará, en aplicación del Artículo 3 del D.S. N° 039-91-TR todo empleador que cuente con más de 100 trabajadores debe contar con un Reglamento Interno de Trabajo.

Artículo 3°.- Están obligados a contar con Reglamento Interno de Trabajo todo empleador que ocupe más de cien (100) trabajadores.

Un ejemplar de este Reglamento, debidamente aprobado por la autoridad administrativa de trabajo, debe ser entregado a los trabajadores, por tanto, ante la incorporación de un nuevo trabajador, el empleador tiene la obligación de entregarle un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo.

La norma en mención establece en su Artículo 4 que el empleador se encuentra obligado a hacer entrega a los trabajadores de un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo o su modificación, presentado a la Autoridad competente, dentro de los 5 días naturales de producido el referido acto.

Artículo 4°.- (...)

El empleador está obligado a hacer entrega a los trabajadores de un ejemplar del Reglamento Interno de Trabajo o su modificación, presentado a la Autoridad Administrativa competente, dentro de los cinco (5) días naturales de producido el referido acto.

Nótese que la norma no regula en forma precisa el plazo que se tiene para entregar el Reglamento cuando al ingreso de un trabajador, aquél ya se encuentra aprobado, pero debe entenderse que dicha entrega debe ser inmediata.

Consideramos también que la norma debiera merecer una modificatoria en el sentido de que la obligación del empleador de entregar una copia del Reglamento se produce cuando el mismo ha sido debidamente aprobado, pues en la actualidad la presentación del Reglamento Interno de Trabajo ante la autoridad competente puede generar observaciones y hasta se otorga un plazo de subsanación, con lo cual sería poco lógico entregar al personal el ejemplar de un Reglamento que aun puede ser materia de observaciones por parte de la autoridad y sometido por tanto a modificaciones del empleador para lograr subsanar las referidas observaciones.

VIII. ENTREGA DEL REGLAMENTO DE SEGURIDAD Y SALUD OCUPACIONAL

Como se recordará, conforme a lo establecido en el Artículo 34 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, las empresas con veinte o más trabajadores deben contar con un Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, que debe contar con la estructura mínima a que se refiere el Artículo 74 del Reglamento, aprobado por D.S. N° 005-2012-TR.

Artículo 34°.- Las empresas con veinte o más trabajadores elaboran su reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con las disposiciones que establezca el reglamento.

En concordancia con dicha obligación, el Artículo 75 del Reglamento en mención prevé que el empleador debe poner en conocimiento de todos los trabajadores, mediante medio físico o digital, bajo cargo, el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus posteriores modificatorias.

Artículo 75°.- El empleador debe poner en conocimiento de todos los trabajadores, mediante medio físico o digital, bajo cargo, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus posibles modificatorias. Esta obligación se extiende a los trabajadores en régimen de intermediación y tercerización, a las personas en modalidad formativa y a todo aquel cuyos servicios subordinados o autónomos se presten de manera permanente o esporádica en las instalaciones del empleador.

Cabe precisar que dicha obligación de difusión, se extiende también a los trabajadores en régimen de intermediación y tercerización, a las personas en modalidad formativa y a todo aquél cuyos servicios subordinados o autónomos se presten de manera permanente o esporádica en las instalaciones del empleador.

IX. ENTREGA DE LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN CONTRA EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

Conforme a lo previsto en el Artículo 24 del D.S. N° 014-2019-MIMP, norma que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, los empleadores con 20 o más trabajadores cuentan con políticas internas para prevenir y sancionar el hostigamiento sexual.

Artículo 24°.- Las instituciones con veinte (20) o más servidores/as, trabajadores/as, estudiantes o personal en general, cuentan con políticas internas para prevenir y sancionar el hostigamiento sexual, las mismas que deben estar reguladas en directivas, reglamentos internos u otros documentos. Dichos documentos deben especificar los canales para la presentación de quejas o denuncias, el procedimiento de investigación y sanción y los plazos de cada etapa, los cuales no pueden ser mayores a los previstos en la Ley y el Reglamento.

Estas políticas deben estar reguladas en directivas, reglamentos internos u otros documentos, los cuales deben especificar los canales para la presentación de quejas o denuncias, el procedimiento de investigación y sanción y los plazos de cada etapa, los cuales no pueden ser mayores a los establecidos por la normatividad.

Naturalmente, toda esta documentación debe ser puesta en conocimiento del personal desde su contratación, no existiendo en la norma un plazo previsto en forma específica, lo cual no menoscaba la obligación que tiene el empleador de poner en conocimiento de su trabajador, toda esta información al momento de su contratación.

X. ENTREGA DE LA POLÍTICA SALARIAL

La Ley N° 26772, que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, establece en su Artículo 2, conforme quedó modificado por la Ley N° 27270 y la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres, exige a los empleadores informar a sus trabajadores la política salarial del centro de trabajo.

Artículo 2.- Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.

Los empleadores están obligados a informar a sus trabajadores la política salarial del centro de trabajo. Se considera práctica discriminatoria brindar un trato salarial distinto a hombres y mujeres que cumplan los mismos requisitos de acceso al empleo y desempeñen las mismas labores.

En concordancia con ello, el inciso K del Artículo 2 del D.S. N° 002-2018-TR, Reglamento de la Ley N° 30709, precisa que la Política Salarial o Remunerativa es un conjunto de criterios y directrices establecidos por el empleador para la gestión, fijación o reajuste de los diferentes esquemas de remuneraciones de los trabajadores. Estas políticas remunerativas pueden incluir bandas salariales u otras formas, de acuerdo a los criterios que considere pertinente el empleador para la consecución de sus fines.

Como puede apreciarse, es obligación de todo empleador el contar con la Política Salarial y entregarla a los trabajadores.

XI. SEGURO DE VIDA LEY

De conformidad con el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 688, conforme quedó modificado por el Decreto de Urgencia N° 044-2019, el trabajador tiene derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, a partir del inicio de la relación laboral.

Artículo 1°.- El trabajador tiene derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, a partir del inicio de la relación laboral.

El seguro de vida es de grupo o colectivo y se toma en beneficio del cónyuge o conviviente a que se refiere el artículo 321 del Código Civil y

de los descendientes; sólo a falta de éstos corresponde a los ascendientes y hermanos menores de dieciocho (18) años.

Hasta antes de la citada modificación, la obligación de contratar el seguro de vida se generaba a partir de que el trabajador cumplía cuatro años de relación laboral para el mismo empleador.

Cabe precisar que si el empleador no contrata el citado seguro y se produce el evento que lo activa (fallecimiento del trabajador o accidente que lo invalide permanentemente) será aquél el que deba pagar a los beneficiarios el valor que establece el citado Decreto Legislativo:

- 16 remuneraciones por fallecimiento natural del trabajador, que se establecen en base al promedio de lo percibido por el trabajador en el último trimestre previo al fallecimiento.
- 32 remuneraciones en caso de fallecimiento del trabajador a consecuencia de un accidente, utilizándose como remuneración la percibida por aquel en la fecha previa al accidente.
- 32 remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa del accidente en caso de invalidez total o permanente originada por accidente.

XII. EXÁMENES MÉDICOS OCUPACIONALES

De acuerdo a lo establecido en el Artículo 49 inciso d) de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, es obligación del empleador practicar exámenes médicos cada dos años.

Artículo 49°.- El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:

(...)

d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos y podrán realizarse a solicitud del empleador o trabajador. En cualquiera de los casos, los costos de los exámenes médicos los asume el empleador. En el caso de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral. (...).

(...).

Si bien la Ley no lo precisa y por tanto, podría entenderse que el primer examen debe producirse recién cuando el trabajador cumple dos años, consideramos que el espíritu de la norma, la obligación de prevención y la delimitación de responsabilidades del empleador, lo

obligan a realizar el primer examen al ingreso del trabajador y de ahí en adelante cada dos años.

En el caso de trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, la obligación del empleador será realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral.

XIII. REFLEXIÓN FINAL

Como ha podido apreciarse, la contratación de los trabajadores enfrenta al empleador a un gran reto de cumplimiento que claramente no debe, ni creemos puede, asumir solo. El empresario, el comerciante, el hombre de negocios, requerirá sin duda de la asesoría de los especialistas ante tanta información y regulación aplicable a tan solo la parte inicial de la relación laboral. No hay amnistías, no hay periodos de adecuación; debe cumplirse y cumplirse bien, desde el inicio. La autoridad exigirá por igual al empleador experimentado que desarrolla su actividad por varios años en el mercado así como al empleador que recién se embarca en la aventura de hacer empresa en el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales.
- D.S. N° 001-96-TR. Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- D.S. N° 001-97-TR, TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.
- D.S. N° 001-98-TR, Normas Reglamentarias relativas a la obligación de los empleadores de llevar planillas de pago.
- D.S. N° 002-2018-TR, Reglamento de la Ley N° 30709.
- D.S. N° 005-2012-TR. Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- D.S. N° 009-2008-TR. Disposición que precisa plazo para la entrega de Boletín Informativo.
- D.S. N° 014-2019-MIMP, Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.
- D.S. N° 018-2007-TR. Disposiciones relativas al uso del documento llamado Planilla Electrónica.
- D.S. N° 039-91-TR, Establecen el Reglamento Interno de Trabajo que determine las condiciones que deben sujetarse los empleadores y trabajadores en el cumplimiento de sus prestaciones.
- Ley N° 26772, Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.
- Ley N° 28991. Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensiones Mínima y Complementarias y Régimen Especial de Jubilación Anticipada.
- Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre hombres y mujeres.

- R.M. N° 376-2008-TR, Medidas Nacionales frente al VIH y Sida en el lugar de trabajo.
- Toyama Migayusuku, Jorge y Vinatea Recoba, Luis. Guía Laboral – Guía Legal de Problemas y Soluciones Laborales. Perú, Gaceta Jurídica, 2005 (D.S. N° 003-97-TR: Ley de Productividad y Competitividad Laboral).



**¿ESTÁN PREPARADOS TODOS LOS
SUJETOS OBLIGADOS A CONTAR CON
UN SISTEMA QUE GESTIONE ADECUADAMENTE
LOS RIESGOS DE LAVADO DE ACTIVOS?**

Autora: Johana Benites Iriarte

¿ESTÁN PREPARADOS TODOS LOS SUJETOS OBLIGADOS PARA CONTAR CON UN SISTEMA QUE GESTIONE ADECUADAMENTE LOS RIESGOS DE LAVADO DE ACTIVOS?

Are all Regulated Entities prepared to have a System that adequately manages the risks of money laundering?

Johana Benites Iriarte¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Finalidad de contar con un Sistema de Prevención de Lavado de Activos
- III. Principales deficiencias detectadas en el SPLAFT
- IV. Recomendaciones del GAFI
- V. Propuestas
- VI. Conclusiones

Resumen

El presente artículo desarrolla las dificultades que enfrentan los sujetos obligados ajenos al sistema financiero, para contar con un sistema de prevención de lavado de activos eficaz que les permita no solo dar cumplimiento a su obligación de reportar operaciones sospechosas sino también evitar el riesgo que les representa ser usados como un medio para realizar esa actividad delictiva.

Asimismo, expone la importancia de luchar contra el lavado de activos, dada las repercusiones que tiene en la economía de un país y que provoca el incremento del índice de criminalidad.

Finalmente, se desarrollan algunos puntos que deberían ser tomados en cuenta por el regulador para superar las vulnerabilidades detectadas en la que presentan los sujetos obligados para gestionar el riesgo de lavado de activos de forma adecuada que viene alineada a las recomendaciones de la GAFI.

Palabras clave: lavado de activos, riesgo, gestión de riesgo, conocimiento del cliente, prevención, sujeto obligado, reporte.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Asociada Senior del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Derecho Corporativo, Cooperativo y Prevención de Lavado de Activos. jbenites@tytl.com.pe

Abstract

This article develops the difficulties faced by regulated entities outside the financial system to have an effective money laundering prevention system that allows them not only to comply with their obligation to report suspicious transactions but also to avoid the risk of being used as a means to carry out this criminal activity.

It also exposes the importance of fighting against money laundering, given the repercussions it has on the economy of a country and causes an increase in the crime rate.

Finally, some points are developed that should be taken into account by the regulator to overcome the vulnerabilities detected by the regulated entities to manage the risk of money laundering in an adequate manner, in line with the FATF recommendations.

Key-words: money laundering, risk, know your client, prevention.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de lavado de activos es un fenómeno internacional, que evoluciona con rapidez y que constituye la última etapa de acción del crimen organizado, cuya finalidad es la de incorporar a la economía formal los activos de origen ilícito.

Para Perotti, *"El lavado de activos se considera como un servicio de apoyo que permite a los delincuentes disfrutar de los beneficios de sus negocios de manera legal; es decir, los activos se lavan para encubrir aquellas actividades delictivas o ilegales asociadas con ellos, entre las que se incluyen el tráfico de estupefacientes, de armas, de menores, trata de blancas y evasión de impuestos. Así, el lavado exitoso es parte esencial de las actividades delictivas, esconder u ocultar la naturaleza, procedencia, localidad, propiedad o control de beneficios que se hayan generado por las fuentes ilícitas de las que proceden las ganancias, las cuales posteriormente se liberan para aplicarse en una economía legítima-, para evitar ser detectadas por las autoridades competentes"*²

En la actualidad, muchos países tienen como reto combatir este delito para poner freno al financiamiento de la delincuencia y la corrupción, pues los efectos que el lavado de dinero tiene en la economía de un país no son fáciles de identificar, sin embargo, se puede decir que a los primeros que afecta son a aquellos que, víctimas de este delito, pierden dinero y bienes; consecuencia de esto las organizaciones criminales aumentan sus capitales; lo anterior provoca efectos negativos en la economía nacional incluso internacional³.

Con motivo de ello, se han creado varios frentes para la lucha contra el lavado de activos, siendo uno de ellos, el sector privado, los cuales han sido constituidos como Sujetos Obligados a Informar Operaciones Sospechosas relacionadas a los delitos de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, siendo responsables de implementar todos los mecanismos de prevención y detección de operaciones sospechosas. En ese sentido, la amplitud del espectro

² Perotti, J. (2009). La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas. UNISCI Discussion Papers, 20, 78-99.

³ GAFI: México, informe de evaluación mutua 2018. <https://sancionesycontramedidasfinancieras.wordpress.com/2018/01/11/gafi-mexicoinforme-de-evaluacion-mutua-2018/>

de Sujetos Obligados se ha fundamentado en el propósito de abarcar la mayor parte de las actividades económicas que podrían emplearse para la comisión de cualquiera de dichos delitos.

No obstante, a los sujetos obligados del sector no financiero les viene resultando complejo el cumplimiento de la normativa en materia de prevención del lavado de activos, por lo que el nivel de reporte de operaciones sospechosas es bastante bajo.

En ese contexto, es que resulta necesario que se efectúen cambios a nivel normativo, así como un acompañamiento de la Unidad de Inteligencia Financiera a estos sujetos obligados para la correcta implementación y adopción de las políticas en materia de prevención de lavado de activos.

Un aspecto clave en el que se debe incidir es en la verificación de que estos sujetos obligados cuenten con una metodología basada en gestión de riesgos, pues el solo cumplimiento de obligaciones legales -como han venido haciendo- no es suficiente.

Ahora, si bien es cierto que sí existe una norma que obliga a los sujetos obligados a gestionar el riesgo del lavado de activos, al desconocer y/o no comprender el riesgo que para ellos representa, así como para la sociedad en su conjunto, no se llega a cumplir, lo que ha quedado demostrado por la propia Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

Hacer frente a esas vulnerabilidades es lo ayudará a una lucha eficaz contra el lavado de activos y del financiamiento del terrorismo.

II. FINALIDAD DE CONTAR CON UN SISTEMA DE PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS

Ante el rápido desarrollo del delito de lavado de activos, los Estados empiezan a comprender i) la importancia de incluir aspectos de prevención y no solo de penalización de actividades criminales, y ii) que se requiere cooperación internacional para combatirlo.

Es así que, muchos países, bajo las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), empiezan a expedir normas que incluyen a los privados, que desarrollan ciertas actividades económicas con más riesgo a ser utilizadas como vehículos para lavar activos, como sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas.

En el caso de Perú, a través de la Ley No. 27693 se creó la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), y se establecieron las obligaciones de carácter general que deben implementar los denominados Sujetos Obligados para implementar un Sistema de Prevención de Lavado de Activos (SPLAFT).

El SPLAFT involucra la implementación de políticas internas que tengan por finalidad desarrollar dos componentes esenciales:

- (i) Cumplimiento normativo, políticas que establezcan el cumplimiento de la normativa tanto externa como interna de acuerdo a la actividad económica que desarrolle el sujeto obligado y,
- (ii) Gestión de riesgo, que implica la identificación, evaluación y monitoreo del riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Inicialmente las normativas de SPLAFT únicamente incluían el componente de cumplimiento, pero resultaba ser insuficiente para identificar operaciones sospechosas; por ello, adecuándose a las recomendaciones del GAFI, Perú dispuso que los sujetos obligados debían también gestionar el riesgo de lavado de activos como un aspecto esencial.

Si bien las normas de prevención de lavado de activos son disímiles entre los diversos grupos de sujetos obligados, existen obligaciones generales que todos deben cumplir que son las siguientes:

- Designación de un Oficial de Cumplimiento, quien será la persona encargada de velar por la adecuada implementación y funcionamiento de las políticas de SPLAFT dentro de la Organización y, asimismo, será el encargado y responsable de efectuar el reporte de las operaciones sospechosas que detecte.
- Debida diligencia en el conocimiento del cliente: para dicho efecto los sujetos obligados deben establecer el procedimiento para obtener la información del cliente que permita identificarlo y poder obtener un perfil sobre el mismo y de las operaciones que realiza.
- Contar con un Manual de Prevención de Lavado de Activos y un Código de Conducta, que recojan las políticas, procedimientos y controles vinculados a la detección oportuna y reporte de operaciones sospechosas.
- Reporte de Operaciones Sospechosas: el Oficial de Cumplimiento tiene la obligación y responsabilidad de reportar las operaciones sospechosas que detecte dentro del plazo establecido.
- Capacitación anual en dicha materia, lo que implica que el sujeto obligado y sus trabajadores conozcan sobre las obligaciones que deben cumplir en dicha materia, así como sobre las políticas que ha establecido la propia organización para prevenir los delitos.
- Deber de reserva: implica que el sujeto obligado y sus trabajadores deben abstenerse de revelar al cliente o a terceros las operaciones reportadas.

El incumplimiento de los deberes a cargo de los sujetos obligados trae como consecuencia que puedan ser sancionados administrativamente; ello con la finalidad de desincentivar el incumplimiento.

III. PRINCIPALES DEFICIENCIAS DETECTADAS EN EL SPLAFT

De acuerdo al Estudio Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, realizado en el año 2021 por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), Perú presenta 66 vulnerabilidades en dicha materia.

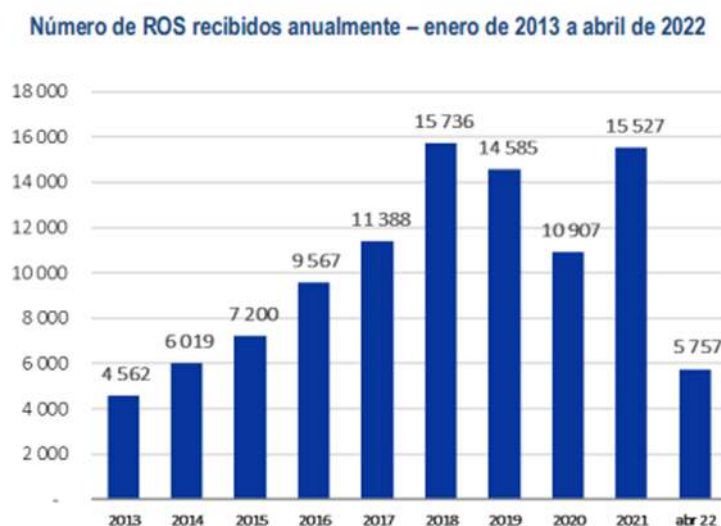
Dentro de las vulnerabilidades detectadas, de riesgo muy alto, alto, medio y bajo, podemos destacar las siguientes:

- a) Falta de concientización social sobre las consecuencias del lavado de activos.
- b) Bajo nivel de entendimiento de los riesgos de lavado de activos por parte de los sujetos obligados que no pertenecen al sector financiero.
- c) Elevado índice de informalidad en la economía.
- d) Deficiencias en el marco normativo (vacíos legales y sobre regulación).
- e) Inexistencia de acciones claras y coordinadas para lograr una comprensión común del riesgo por parte de las autoridades relevantes y del sector privado.
- f) Ausencia de conocimiento especializado en los sujetos obligados de menor tamaño/volumen para la aplicación del marco preventivo en materia del lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Se advierte que las deficiencias que presentan los sujetos obligados del sector no financiero están relacionadas a la falta de conocimiento que tienen estos sobre las consecuencias generales del delito de lavado de activos, la falta de comprensión del riesgo que genera dicho delito dentro de sus organizaciones, así como la falta de conocimiento especializado para aplicar el SPLAFT.

Todo ello se refleja en un bajo nivel de cumplimiento normativo, pues muchos de ellos no cuentan con un SPLAFT, y en otros casos, cuentan con uno, pero no lo emplean, lo que se traduce en un bajo nivel de reportes de operaciones sospechosas por parte de dichos sujetos.

Desde el año 2013 al 2022 el número de reportes de operaciones sospechosas efectuados por los sujetos obligados a la UIF ha sido de 101,248, como muestra el cuadro elaborado por la UIF:



Si bien del año 2013 al 2018 la cantidad de reportes aumentaron, luego de esa fecha la cantidad de reportes se ha venido manteniendo y en algunos años, incluso, ha disminuido.

El gran número de operaciones reportadas corresponde al sector financiero, siguiéndole los notarios. En el caso de otros sujetos obligados del sector no financiero, el número de operaciones reportadas es bastante bajo, como se muestra a continuación:



Como mencionáramos, del universo de sujetos obligados que cumplen con su obligación de reporte, la mayor participación la tienen los Bancos 36%, seguido por los notarios 27% y empresas de transferencias de fondos 11%.

Ahora bien, si bien los lavadores utilizan con mayor frecuencia tipologías relacionadas con productos financieros, lo que se traduce en que las entidades financieras detecten y reporten un mayor número de operaciones sospechosas, ello no enerva que no usen otras tipologías relacionadas a actividades económicas no reguladas (como empresas de construcción, empresas de préstamo, casas de cambio, entre otras).

Por ello, la relevancia de lograr que el SPLAFT de otros sujetos obligados sea adecuado a fin de lograr que en el curso de las actividades económicas que realizan puedan detectar y reportar operaciones que a su juicio salgan de los parámetros de la normalidad.

IV. RECOMENDACIONES DE LA GAFI

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un ente intergubernamental establecido en 1989 por los Ministerios y sus jurisdicciones Miembro. El mandato del GAFI es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional. En colaboración con otras partes involucradas a nivel internacional, el GAFI

también trata de identificar vulnerabilidades a nivel nacional para proteger el sistema financiero internacional de usos indebidos⁴.

Las recomendaciones emitidas por el GAFI son acogidas por los países miembro -entre ellos Perú- para la lucha contra el lavado de activos y el Financiamiento del Terrorismo, las que se adaptan a las circunstancias particulares de cada país.

En el año 1990, el GAFI emitió 40 recomendaciones las que han sido modificadas en 1996, 2001, 2003 y más recientemente en el año 2012 a fin de que se mantengan actualizadas y se permita su aplicación. A la fecha son reconocidas como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Aunque las recomendaciones no disponen de eficacia jurídica directa, sí constituyen contramedidas para luchar contra el lavado de activos y la financiación de terrorismo, implicando a los sistemas penales nacionales, al sistema financiero y a la cooperación internacional. Las obligaciones básicas planteadas a lo largo de las Cuarenta Recomendaciones desarrollan:

1. Políticas contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo desde la perspectiva del análisis de riesgos.
2. Penalización de los delitos.
3. Criterio de la prevención, incidiendo sobre los límites del secreto bancario y la consolidación y actualización de medidas para regular la actuación de los sujetos obligados en medidas de debida diligencia, conservación de registros, las medidas adicionales para clientes y actividades específicas, incluyendo el tratamiento de las personas expuestas políticamente.
4. Garantizar la transparencia de las operaciones económicas cuando se estructuran a través de entidades colectivas que puedan servir de cobertura a beneficiarios finales distintos de los aparentes.
5. Criterios destinados a configurar adecuadamente el marco institucional de control.
6. Cooperación internacional.

Los países miembros se someten a un sistema continuado de autoevaluación y de evaluación mutua a partir del cual se determina la adecuación de sus respectivos sistemas a las exigencias planteadas en las Cuarenta Recomendaciones. De los resultados obtenidos se deriva la exigencia de responsabilidades políticas que pueden provocar la suspensión de pertenencia al GAFI.

⁴ Información obtenida de www.gafilat.org

4.1. Enfoque basado en los riesgos

Dentro de las Cuarenta Recomendaciones, se encuentran las relacionadas a la gestión de riesgos de lavado de activos:

1. Evaluación de Riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgos

Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI. Cuando los países identifiquen riesgos mayores, éstos deben asegurar que sus respectivos regímenes ALA/CFT aborden adecuadamente tales riesgos. Cuando los países identifiquen riesgos menores, estos pueden optar por permitir medidas simplificadas para algunas Recomendaciones del GAFI bajo determinadas condiciones. Los países también deben identificar, evaluar y entender los riesgos de financiamiento de la proliferación del país⁵ |.

El enfoque basado en el riesgo es la piedra angular de los Estándares del GAFI. Requiere que el sector público y privado comprendan cabalmente los riesgos de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo que enfrentan y tomen las medidas adecuadas para abordar estos riesgos.

La gestión de riesgo de lavado de activos inicia con la identificación de los riesgos de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Al respecto, como parte de las recomendaciones se menciona que se debe tener un acceso a la información precisa, oportuna y objetiva, siendo un pre requisito para que el enfoque basado en riesgos pueda resultar efectivo.

Asimismo, se debe determinar cómo afectará las amenazas que sean identificadas, lo que implica que deben analizar la información obtenida para que puedan comprender la probabilidad de ocurrencia y el efecto.

En ese contexto, la evaluación de riesgos va más allá del mero levantamiento de información o de la elaboración de una matriz de riesgos, pues también se deben establecer medidas para la mitigación del riesgo y su monitoreo.

En el caso de Perú, la normativa ya exige a todos los sujetos obligados que su SPLAFT incluya una gestión de dicho riesgo; no obstante, no basta que se aumenten las obligaciones para que el país se adecue a las recomendaciones del GAFI, sino que se requiere garantizar que los

⁵Información obtenida de: <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>

sujetos obligados -sobre todo los sujetos ajenos al sistema financiero- comprendan y apliquen políticas para gestionar dicho riesgo.

V. PROPUESTAS

Conforme a las estadísticas expuestas anteriormente, el reporte de operaciones sospechosas por parte de los sujetos obligados ajenos al sistema financiero es bastante inferior en comparación con el número de reportes efectuados por las entidades financieras.

Ello se debe, en parte, porque en el caso de los sujetos obligados ajenos al sistema financiero (como inmobiliarias, constructoras, empresas dedicadas a la venta de vehículos, agentes inmobiliarios, entre otros), no cuentan con los conocimientos ni recursos económicos ni de personal, para contar con un SPLAFT que tenga un enfoque basado en riesgos y que lo apliquen correctamente.

En ese escenario, lo que viene ocurriendo es que los sujetos obligados solo hayan basado su SPLAFT en un enfoque de cumplimiento, sin que realmente sea aplicado dentro de la organización, por lo que no logran detectar operaciones sospechosas.

Ahora, no basta con que se impongan sanciones de carácter administrativo para desincentivar a los sujetos al incumplimiento normativo, pues no atacan el fondo del problema.

Al respecto, propongo algunos puntos en los que el regulador debería incidir para generar mejoras en el nivel de cumplimiento:

5.1. Guía directa del supervisor en gestión de riesgo de lavado de activos

Una vulnerabilidad que fue detectada en la última Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos realizada en el año 2021 fue el bajo nivel de entendimiento del riesgo de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo que tenían los sujetos obligados que no pertenecen al sistema financiero.

Teniendo en cuenta ello, no se puede esperar que este grupo de sujetos obligados cumplan con implementar un sistema que previene el delito de lavado de activos cuando no comprenden la complejidad del mismo ni cómo gestionarlo.

Ello refuerza la importancia en que se priorice que la UIF logre aumentar el número de capacitaciones que realiza, enfocándose no solo en detallar las obligaciones normativas que existen, sino en las repercusiones negativas que trae a nuestra economía el crecimiento de estos delitos, así como las contingencias que trae al propio sujeto obligado.

Adicionalmente, se debe lograr que los sujetos obligados asimilen la relevancia que tiene el enfoque basado en riesgos en el SPLAFT, alineado con el componente de cumplimiento normativo.

5.2. Aprobar modelos de matrices de riesgos de acuerdo a la actividad económica del sujeto obligado

Asimismo, se debe tomar consciencia que los sujetos obligados ajenos al sistema financiero no carecen de la especialidad para conocer cómo desarrollar y efectuar una gestión de riesgos, fuera de los aspectos que a grandes rasgos desarrolla la norma.

Resulta necesario que la SBS apruebe modelos de matrices de riesgo acorde a la actividad económica las que puedan ser usadas como base para que trabajen su propia matriz de riesgos.

5.3. Que las exigencias normativas consideren el tamaño del sujeto obligado, así como el número de operaciones que realizan anualmente

Actualmente, las diversas normativas en materia de prevención de lavado de activos disponen que todos los sujetos obligados implementen un mismo SPLAFT, independientemente de si se trata de una persona natural, su tamaño y el número de operaciones que realiza anualmente.

Esto trae como consecuencia que los sujetos obligados de menor tamaño no logren implementar su SPLAFT, pues no se encuentran en condiciones para ello y en otros casos no lo ven necesario por el bajo nivel de operaciones que llegan a realizar en el ejercicio.

Esta situación nos lleva a cuestionar si las exigencias normativas deben ser igual en todos los casos. Cabe precisar que un menor número de operaciones representa un manejo menor de clientes y con ello, se enfrenta un menor riesgo de que sean utilizados como un medio para lavar activos.

Es en ese escenario, el regulador debería considerar la posibilidad de reducir el número de obligaciones a cargo de los sujetos obligados personas naturales o de personas jurídicas de menor tamaño que realizan muy pocas operaciones en el Ejercicio.

VI. CONCLUSIONES

1. El lavado de activos es un delito que se perfecciona constantemente y para todos los países es un reto combatir por las graves consecuencias que genera en la economía de un país.
2. El SPLAFT que se encuentran obligados a implementar diversos sujetos obligados permite que las operaciones que realizan algunos clientes -que salgan de los parámetros de la normalidad- sean reportados por estos a la UIF y, así, puedan ser posteriormente ser investigadas.
3. Si bien, de acuerdo a los lineamientos del GAFI, la gestión de riesgos de lavado de activos es el eje central para lograr identificar operaciones sospechosas y así los sujetos puedan cumplir con su obligación de reporte, en la práctica muchos sujetos obligados no cuentan con los recursos (financieros, de personal, ni tecnológicos) para ello.
4. Se debe considerar que hay sujetos obligados, personas naturales que no cuentan con la especialidad necesaria para cumplir dicho fin, lo que implica que tengan un sistema

de prevención basado únicamente en un enfoque de cumplimiento y no en la gestión del riesgo.

5. Existe un gran desconocimiento en los sujetos obligados sobre los riesgos que trae consigo el avance del delito de lavado de activos, por ello, lo conciben únicamente como un gasto más a realizar que una inversión a largo plazo, al no tener en cuenta que reducir el desarrollo del mencionado delito les proporciona llevar a cabo su actividad dentro de una economía sana.
6. Finalmente, como conclusión de cierre de nuestra investigación consideramos que las exigencias normativas de contar con un sistema de prevención de lavado de activos deben considerar el tamaño del sujeto obligado, el número de operaciones que realiza en el ejercicio, así contar con un acompañamiento del supervisor que lo introduzca en la gestión de riesgos, pues es quien cuenta con la especialización en la materia.

BIBLIOGRAFIA.

- **Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). (2018).** GAFI: México, informe de evaluación mutua 2018. <https://sancionesycontramedidasfinancieras.wordpress.com/2018/01/11/gafi-mexicoinforme-de-evaluacion-mutua-2018/>
- **GAFILAT.** <https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/publicaciones-web/4238-recomendaciones-metodologia-actoct2021/file>
- **Perotti, J. (2009).** La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas. UNISCI Discussion Papers, 20, 78-99.
- **SBS.** Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos 2021. https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTUDIO-ANALISIS_RIESGO/ENR%202021%20versi%C3%B3n%20completa.pdf



COMPLIANCE EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES: RETOS Y PERSPECTIVAS

Autor: Manuel Cipriano Pirgo

COMPLIANCE EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES: RETOS Y PERSPECTIVAS

Compliance in the Telecom sector: challenges and perspectives

Manuel Cipriano Pirgo¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Antecedentes
- III. Aspectos relevantes del compliance en materia de telecomunicaciones
- IV. La regulación responsiva
- V. Conclusiones

Resumen

El presente artículo inicia con los antecedentes de la regulación de las telecomunicaciones en el Perú, para luego enfocarse en la facultad fiscalizadora del Osiptel. En esa línea se destacan las normas respecto a la fiscalización y sanción. Entre sus retos se menciona la tarea de mejorar y optimizar dicha facultad en el marco del principio de razonabilidad.

Palabras clave: Telecomunicaciones, fiscalización, regulación, competencia, mercado.

Abstract

This article begins with the background of the regulation of telecommunications in Peru, and then focuses on the supervisory power of Osiptel. Along these lines, the rules regarding inspection and sanction stand out. Among its challenges is the task of improving and optimizing said faculty within the framework of the principle of reasonableness.

Keywords: Telecommunications, inspection, regulation, competition, market.

I. INTRODUCCIÓN

Con la privatización de las telecomunicaciones en el Perú, en la década de los noventa, también se inició la normativa que acompañó a este hecho, con el propósito de regular la actividad de los operadores de telecomunicaciones. Una parte de esta normativa estuvo enfocada en la actividad de fiscalización, especialmente por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), que asumió desde esta etapa, la tarea de vigilar y supervisar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú para velar por su correcto desarrollo.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo-Perú. Máster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Posgrado en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones. Consultor externo en Telecomunicaciones y TICs del Estudio TyTL Abogados. Ex miembro del Consejo Directivo del Osiptel y ex director del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Correo electrónico: mcipriano@tytl.pe.

Dicha normativa se plasmó en el marco regulatorio general, principalmente el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y su Reglamento General vigente, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, (que sustituyó al anterior Decreto Supremo N° 06-94-TCC). A ello se sumaron, la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel y el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del Osiptel. Posteriormente, habiendo iniciado sus funciones, el Osiptel comenzó con sus actividades de fiscalización, regulación y sanción procediendo a emitir la normativa específica sobre dichas facultades.

Desde esos primeros años, han transcurrido más de 20 años y el Osiptel ha venido actualizando su normativa, tratando de adecuarla a los cambios tecnológicos y nuevos retos del sector de telecomunicaciones. Sin embargo, últimamente las autoridades del mencionado organismo han declarado que se viene trabajando en una propuesta legislativa para incrementar las multas, dado que los topes a las multas vigentes no logran el efecto deseado de desincentivar que se continúen cometiendo infracciones administrativas. Por esa razón, desde ya se supone la tarea de conocer un poco más de los aspectos referidos a la labor de fiscalización por parte de Osiptel, a fin de evitar caer en supuestos que impliquen la imposición de multas y otras sanciones.

Asimismo, frente a ello, surge la interrogante de si es adecuada la propuesta del organismo regulador y si, efectivamente, los topes a las multas que establece la legislación actual constituyen un obstáculo para evitar que se continúen cometiendo infracciones; o, por el contrario, hay un error de percepción de las autoridades del regulador. Entonces, ¿cuál sería la vía o las alternativas para lograr que haya un mejor desempeño de parte de los operadores en beneficio de los usuarios para que estos sientan que la regulación está cumpliendo un rol preponderante en su beneficio?

Una alternativa a la pregunta anterior es el de la regulación responsiva, que podría tener mejor efecto que el incremento de las multas, pues aún con el incremento de los topes, ello no impide que estas continúen siendo impugnadas, y, con ello, la solución a los problemas que señala Osiptel no se solucione.

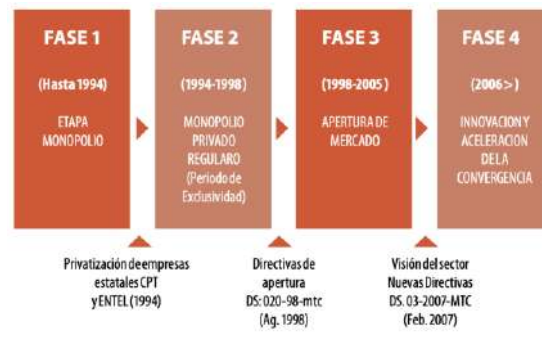
Por ello, a través de este artículo se propone dar unos alcances respecto al tema de compliance en el sector de telecomunicaciones, a fin de que los operadores conozcan más del sector de telecomunicaciones y de las obligaciones a las que están sujetos, para tener buenas prácticas y cumplan con la normativa y los compromisos en este sector.

II. ANTECEDENTES

2.1. Hitos de la promoción de la competencia

El sector de telecomunicaciones en el Perú ha pasado por diversas fases. En el libro “Hitos de la promoción de la competencia: Aportes de la regulación en el sector telecomunicaciones”² del Osiptel, se diferencian hasta 4 fases que vamos a resumir en esta parte. Aquí un gráfico al respecto:

² OSIPTTEL: “Hitos en la promoción de la competencia”, en: <https://sociedadtelecom.pe/libros-osiptel/wp-content/uploads/2019/06/hitos-promocion.pdf> Consultado: 10.07.2022



Fuente: OSIPTEL

a) Fase 1: Etapa monopolio

Esta etapa comprende el periodo en que las empresas se encontraban en manos del Estado. Por un lado, teníamos a la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPT) que brindaba los servicios en Lima y Callao; mientras que Entel Perú S.A. (Entel) era la empresa que prestaba los servicios en el resto del país. Esta etapa culmina en el año 1994 en que se produjo la privatización de los servicios de telecomunicaciones en el país.

b) Fase 2: Monopolio privado regulado

Esta etapa abarca desde la privatización de los servicios de telecomunicaciones de telefonía fija local y portador local, de larga distancia nacional e internacional, que habían estado bajo la gestión y operación de las empresas estatales CPT y Entel, y cuyos servicios pasaron a ser operados y gestionados por Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica) al adquirir ambas empresas estatales en 1994, bajo un régimen de exclusividad temporal de 5 años; hasta que se produjo la apertura total del mercado de telecomunicaciones en el Perú en el año 1998. Debe tenerse en cuenta que las referidas empresas tenían además concesiones sobre otros servicios de telecomunicaciones, tales como telefonía móvil, televisión por cable, teléfonos públicos que no estuvieron dentro de ese periodo de exclusividad y, por tanto, podían ser prestados por terceras empresas distintas de Telefónica.

Esta etapa comprende la gestión y operación de los servicios de telefonía fija local y portador local y de larga distancia nacional e internacional por una única empresa en el país, Telefónica, por un plazo de 20 años con posibilidad de renovación, sujeta a una serie de obligaciones previstas en sus contratos de concesión aprobados por Decreto Supremo N° 011-94-TCC y que tenían la naturaleza de contratos - ley.

c) Fase 3: Apertura del mercado

Comprende desde el año 1998 en que se produjo la apertura total del mercado de telecomunicaciones, un año antes de lo pactado en los contratos de concesión de Telefónica hasta, aproximadamente, el año 2005. Esta fase se caracteriza porque se emitió una serie de normativa por parte del Osiptel y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para regular el ingreso de nuevos operadores a los dos únicos servicios que se habían mantenido en exclusividad (telefonía fija y servicio portador en sus diversas modalidades), hasta que la competencia se fue consolidando con todas las medidas de apertura que dieron durante esos años.

Esta fase se caracteriza porque se emitieron los denominados Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC. Por parte de Osiptel, se emitió una serie de normas vinculadas a sus funciones (Normas de Interconexión, Reglamento de Tarifas, Reglamento del Sistema de Preselección al Portador de Larga Distancia, Reglamento del Sistema de Llamada por Llamada, etc.) para regular y supervisar la efectiva competencia en el mercado de telecomunicaciones.

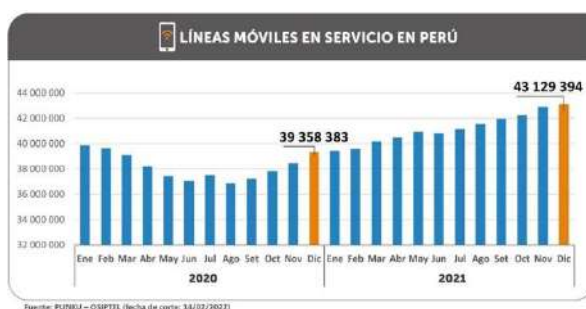
d) Fase 4: Innovación y aceleración de la convergencia

Esta fase que Osiptel la delimita desde el año 2005 hasta la actualidad, comprende todos los cambios que han sucedido en los últimos años, principalmente vinculados al crecimiento exponencial de la telefonía móvil, que ha desplazado al servicio de telefonía fija, y al desarrollo y crecimiento acelerado del acceso al internet y la banda ancha en los últimos años, con el surgimiento también de las “apps”(aplicaciones) y los servicios OTT.

En el lado normativo también se debe destacar la emisión en febrero del 2007 del Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, que aprobó los Lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los servicios de telecomunicaciones en el Perú. De igual modo, se tienen las normas referidas a la portabilidad numérica, banda ancha y el surgimiento de los OMV.

2.2. Situación del mercado de telecomunicaciones

El mercado de telecomunicaciones en el Perú ha cambiado mucho en los últimos años, caracterizándose por un mercado de telefonía fija que ya no tiene un notorio crecimiento y un mercado móvil en el que se ha llegado a alcanzar los 43,1 millones de líneas en servicio a fines de 2021. Esto último, según el regulador, debido a la necesidad de mayor conectividad, las clases *on line* y a la campaña navideña, que fueron los factores que lograron el incremento de las líneas activas móviles; por lo que la penetración alcanzó las 129.8 líneas por cada 100 habitantes³, tal como se muestra en el siguiente cuadro.



Por otro lado, al cierre del primer trimestre del año 2021, Osiptel reportó un total de 3.08 millones de conexiones al servicio de internet fijo, lo que significó un incremento de 7.69 % en el total de conexiones respecto al mismo periodo del 2021⁴.

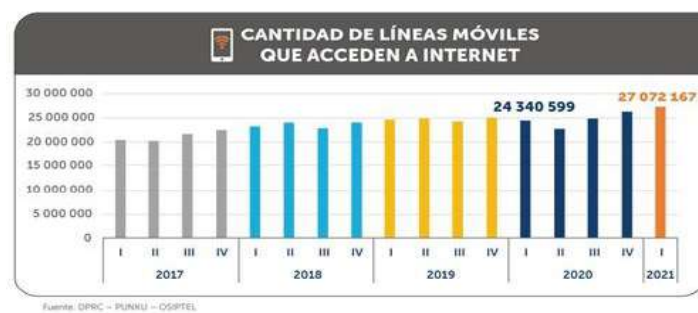
³ OSIPTEL: Nota de prensa. En <https://www.osiptel.gob.pe/porta-del-usuario/noticias/mercado-movil-sumo-mas-de-3-7-millones-de-lineas-durante-el-2021/>

⁴ OSIPTEL: Nota de prensa. En: <https://www.osiptel.gob.pe/porta-del-usuario/noticias/dia-de-las-telecomunicaciones-conexiones-de-internet-fijo-aumentaron-7-69-al-cierre-del-primer-trimestre-del-ano-2022/>



Fuente: OSIPTEL

En cuanto al internet móvil en el primer trimestre de 2021, Osipitel reporta que 27'072,167 líneas móviles accedieron a internet, lo que constituye un crecimiento de 11% respecto a similar periodo del 2020⁵, como se aprecia en el siguiente gráfico:



Siguiendo con las estadísticas, el INEI también nos brinda algunas cifras que son importantes de destacar. Dicho organismo informa que, al segundo trimestre de 2021, el 52.5% de hogares tiene conexión a internet, habiéndose incrementado en 10.9 en comparación al año anterior. Asimismo, el mayor incremento porcentual se reportó en el resto urbano, al alcanzar el 56,1%; seguido del área rural, que llegó a 20,1%; y Lima Metropolitana aumentó de 59,9% a 68,3%. Además, en el primer trimestre del 2021, el 95,4% de los hogares del país tiene al menos una Tecnología de Información y Comunicación⁶.

Siguiendo con el tema de TICs, es importante destacar otros medios que en la actualidad se han convertido en herramientas de comunicación y socialización como lo son las redes sociales⁷. Aquí un gráfico que nos muestra la situación en nuestro país:



⁵ OSIPTEL: Reporte estadístico, junio 2021. En <https://www.osiptel.gob.pe/media/sgkfmcpa/reporte-estadistico-30062021.pdf>

⁶ INEI: Nota de prensa, setiembre de 2021. En: <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-148-2021-inei.pdf>

⁷ BRANCH: Estadísticas de la situación digital en Perú en el 2020-2021. En: <https://branch.com.co/marketing-digital/estadisticas-de-la-situacion-digital-de-peru-en-el-2020-2021/>

Fuente: BRANCH

Según los datos de la página BRANCH, en el Perú el número de usuarios de las redes sociales es de 27 millones, lo que implica aproximadamente el 81.4% de la población total, mostrando un incremento del 12.5% con respecto al año anterior. Asimismo, se indica que 26.41 millones de usuarios acceden a las redes sociales a través de teléfonos móviles, lo que representa 97,8%. Por último, se destaca que Perú es uno de los países con mayor crecimiento económico digital en Latinoamérica, según el informe de Comscore, donde Argentina, el Perú y Chile se muestran con el salto más pronunciado en términos de consumo digital. Este crecimiento está asociado, según indican, también al aumento de consumidores por Internet, donde se pasó de 18.6% (6 millones) en el 2019 a 36.1% (11.8 millones) al cierre del 2020.

Tal como se ha mostrado, efectivamente tenemos un crecimiento destacable en diversos servicios que son de mayor impacto actualmente como la telefonía móvil, internet y banda ancha; estos dos últimos a los cuales se accede principalmente por redes móviles; sin embargo, ese crecimiento no es homogéneo; pues tal como lo reporta el INEI, las ciudades urbanas del país tienen un alto porcentaje de penetración en internet, mientras que en las áreas rurales la conexión en hogares aún tienen una penetración bastante baja, alcanzando apenas el 20.1%.

Respecto a la situación en las áreas rurales, es un tema motivo de preocupación de las autoridades de gobierno, habiéndose desarrollado desde hace algunos años, el proyecto de la Red Dorsal Nacional de Banda Ancha y los proyectos regionales para conectar a todos los distritos con este servicio, aunque aún no se observan los resultados esperados. Es más, los mencionados proyectos presentan diversos problemas de ejecución, lo que hacen pensar que su viabilidad es cada vez más difícil y tomará más tiempo atender esos centros poblados.

III. ASPECTOS RELEVANTES DEL COMPLIANCE EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

3.1. Aspectos generales de la competencia del Osiptel

Una vez creado el Osiptel, se emitieron sendas normas que establecieron sus funciones y atribuciones. En primer lugar, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la cual se aplica a los organismos reguladores como Osiptel, Osinergmin, Ositran y Sunass. Esta ley es muy importante porque enumera las funciones de los organismos reguladores como son: Función supervisora, función reguladora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, función de solución de controversias, y la función de solución de los reclamos de usuarios. Posteriormente se dio la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel y el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, que aprobó el Reglamento General del Osiptel, el cual establece la importancia y los principios sobre los cuales se rige el accionar del Osiptel como el Principio de Libre Acceso, el Principio de Neutralidad, el Principio de No Discriminación, Principio de Transparencia, entre otros. Además, se precisan aspectos de su función de supervisión. Posteriormente, mediante diversas leyes y otras normas se han ido otorgado facultades adicionales al Osiptel, con lo cual se han ido ampliando sus atribuciones hasta hoy en día.

En este caso nos vamos a referir específicamente a las funciones que se denominaron inicialmente como funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora. Asimismo, teniendo

en cuenta que el Osiptel es competente para conocer las infracciones a la libre y leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, cabe destacar que el Osiptel puede sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de empresas operadoras de dichos servicios, pero que incumplen tales normas. Por esa misma razón, en los casos de infracciones a la libre y leal competencia, el Osiptel también aplica los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM), así como el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, pudiendo aplicar los criterios de gradación de sanciones establecidos en dichas normas.

En razón a que el Osiptel puede aplicar el Decreto Legislativo N° 1034, los alcances también aplican en casos referentes a la participación y sanciones de los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas.

Conviene destacar que toda sanción administrativa deberá ser impuesta previo procedimiento administrativo sancionador, en el cual la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad contractual, civil o penal que se originen por los hechos u omisiones que configuran la infracción administrativa. Asimismo, son independientes de las infracciones relacionadas a la leal o libre competencia, las que están previstas en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General y que son de competencia del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en temas vinculados al uso del espectro radioeléctrico, la prestación de servicios de telecomunicaciones sin contar con la habilitación correspondiente como son la concesión, registro o autorización, uso de numeración no autorizada y utilizar equipos no homologados.

Aquí un cuadro resumen que diferencia las competencias de ambas instituciones en el marco de las competencias que tiene cada una:

COMPETENCIAS: MTC -OSIPTEL	
MTC	OSIPTEL
• Fija la política de telecomunicaciones • Acceso al mercado (otorga concesiones, autorizaciones, registros). • Asignación, control y monitoreo del espectro radioeléctrico. • Numeración. • Homologación de equipos. • Representación internacional. • Aporte al FITEC (Pronatel).	• Tarifas. • Usuarios. • Libre y leal competencia. • Interconexión de servicios. • Controversias entre empresas. • Neutralidad de red.

Elaboración: Propia

Asimismo, la facultad de Osiptel para la imposición de sanciones administrativas prescribe a los 2 años tratándose de infracciones leves; a los 3 años tratándose de infracciones graves; y, a los 4 años tratándose de infracciones muy graves. Si, por la realización del o los mismos actos u omisiones se incurriese en más de una infracción administrativa, el Osiptel aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad.

Un elemento a tener en cuenta es al presentarse una situación de reincidencia; en este caso, el Osiptel puede duplicar las multas impuestas, incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. También se prevé la posibilidad que el Osiptel imponga multas coercitivas

por un monto que no supera el monto máximo de la multa prevista para las infracciones leves.

3.2. Marco legal de la función de fiscalización del Osiptel

En medio de esta coyuntura de los servicios de telecomunicaciones, el Osiptel ha manifestado que han solicitado al Congreso el incremento del tope de las sanciones hasta 1,000 UIT, o lo que es a la fecha S/ 4.6 millones, que equivale a triplicar el tope vigente que llega a 350 UIT (S/. 1.61 millones)⁸. A ello se suma que recientemente han venido cuestionando el hecho que algunas operadoras de telecomunicaciones vienen impugnando constantemente las decisiones del organismo regulador⁹.

Por ello, antes de manifestar si coincidimos o no con la propuesta, debe destacarse la base de las competencias del regulador en este tema, destacándose que en el desarrollo de las funciones de fiscalización y sanción, el Osiptel desarrolla una serie de actividades enmarcadas en sus atribuciones previstas en las ya mencionadas anteriormente, la Ley N° 27336, Ley N° 27332, el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, entre otras.

Conforme a dicho marco legal, el Osiptel tiene la potestad de calificar las infracciones de tipo administrativo e imponer medidas correctivas a las empresas operadoras del mercado de telecomunicaciones, empresas y personas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia, cuando estas incumplen sus obligaciones previstas en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y/o las obligaciones legales aplicables también a dicho mercado. Debido a ello, el Osiptel ha venido desarrollando sus actividades con mucha regularidad, siendo diversas las ocasiones en que ha emitido sus resoluciones sancionando a las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para tal efecto, se ha desarrollado con mayor detalle esa función en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL, y el Reglamento General de Fiscalización, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL.

3.3. Facultades del Osiptel y obligaciones de los operadores en el marco de la fiscalización

El referido Reglamento General de Fiscalización contiene las normas que regulan el ejercicio de dicha función por parte del Osiptel para asegurar que las entidades supervisadas cumplan con las obligaciones legales, contractuales o técnicas aplicables a los servicios públicos de telecomunicaciones, y los mandatos o resoluciones del mencionado regulador.

La antes denominada función de supervisión, ahora denominada de fiscalización, debe cumplir con los siguientes principios: Transparencia, costo-eficiencia, veracidad,

⁸ Diario Gestión, junio 2022. En <https://gestion.pe/economia/hemos-pedido-al-congreso-elevar-sanciones-que-aplica-osiptel-de-350-a-1000-uit-economia-noticia?ref=gesr>

⁹ OSIPTEL: Nota de prensa. En: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/entel-presenta-nueva-demanda-contra-la-prohibicion-de-la-venta-de-chips-moviles-en-via-publica/>

discrecionalidad y prevención. Para cumplir esta tarea, el Osiptel realiza un monitoreo constante de las actividades de las empresas operadoras para conocer su comportamiento, labor que realiza a través de su Dirección de Fiscalización e Instrucción.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento, los funcionarios responsables están facultados para realizar las siguientes acciones:

1. Exigir la exhibición o presentación de todo tipo de documentación;
2. Requerir la presentación de información referida a la facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico, y toda la que sea necesaria para fiscalización;
3. Acceder, de manera presencial o remota, a las dependencias, equipos, instalaciones y plataformas de la operadora;
4. Tomar copia o fotografías de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, para generar un registro de su acción de fiscalización;
5. Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos;
6. Citar o formular preguntas a representantes de la operadora, terceros y/o usuarios;
7. Comportarse como usuarios, potenciales clientes u otros a fin de facilitar el cumplimiento del objeto de la acción de supervisión;
8. Utilizar en su acción de fiscalización los equipos que consideren necesarios;
9. Instalar equipos en los locales de las entidades fiscalizadas;
10. Ampliar o variar el objeto de la acción de supervisión en caso, como resultado de las acciones de supervisión realizadas, se detectaran incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto; y
11. Las demás acciones que establezca la normativa.

A continuación, en el artículo 13, el Reglamento prevé las obligaciones de las operadoras sujetas a la fiscalización. Estas obligaciones textualmente son:

1. Proporcionar la información y documentación solicitada;
2. Permitir el acceso de los fiscalizadores a sus dependencias, instalaciones y/o equipos;
3. Ejecutar el software o los programas para la verificación de la información correspondiente;
4. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las pruebas técnicas y mediciones solicitadas;
5. Conservar por al menos tres años después de originada la información relacionada con la tasación, los registros fuentes del detalle de las llamadas y facturación de los servicios;
6. Suscribir las actas de fiscalización;
7. En general, brindar todas las facilidades para la acción de fiscalización; y,
8. Las demás que se establezcan en las normas.

Si la empresa operadora demora, obstaculiza y/o impide, ya sea la realización como el desarrollo de una acción de fiscalización, incurrirá, conforme al artículo 12 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, en infracción muy grave.

Por otro lado, para el desarrollo de su labor de fiscalización, el Osiptel puede tomar una muestra, siendo además que dichas acciones pueden ser con aviso previo o sin aviso previo. Finalizada la acción de fiscalización se levantará el acta correspondiente.

Cabe acotar que, terminada una acción de fiscalización, esta no necesariamente culminará con el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), pues el mismo artículo 30 dispone que se pueden realizar Alertas Preventivas con el propósito que la operadora informe al Osiptel las acciones que realizará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimientos.

De igual modo, se prevé en el artículo 33 del Reglamento que se pueden realizar Fiscalizaciones Preventivas para prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, promover el cumplimiento oportuno de las obligaciones, así como las acciones de corrección, de detectarse algún incumplimiento.

Además, cabe destacar el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 123-2014-CD-OSIPTTEL que contiene en su artículo 13 la definición del Compromiso de Mejora, el cual se ejecuta mediante una solicitud al Osiptel únicamente ante el incumplimiento de los indicadores de calidad (Calidad de Cobertura de Servicio, Calidad de Voz, y Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto). La finalidad del Compromiso de Mejora es el cumplimiento del indicador de calidad y su ejecución no podría exceder del siguiente periodo de evaluación, siendo que su incumplimiento constituye infracción.

Posteriormente, tal como se sustenta en la exposición de motivos de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTTEL, que modificó el Reglamento General de Fiscalización, “De la experiencia recogida desde el año 2015 al 2020, se ha evidenciado hasta un 79% de efectividad en la implementación de los Compromisos de Mejora al 2019, en zonas con población de casi seis (6) millones en total. Es decir, que la efectividad en el uso de esta figura es alta y está orientada al cumplimiento de la obligación antes que la aplicación de una sanción”¹⁰. Por dicha razón, Osiptel decidió ampliarlo a otros cuerpos normativos, más allá de los temas de calidad, y que se pueden aplicar en la actualidad. En tal sentido, también se prevén que las circunstancias para su aplicación y condiciones como las consecuencias, se establecerán en cada reglamento específico que regula la obligación.

Por último, en el desarrollo de las actividades de fiscalización, el Osiptel puede recurrir a terceros para algunas de ellas, dado que, mediante Decretos Legislativos N°s 1272 y 1452, que modificaron la Ley N° 27444, se incorporó la figura de la tercerización con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las funciones de las entidades con el apoyo de terceros.

3.4. Las infracciones y sanciones en el sector de telecomunicaciones

El Reglamento General de Infracciones y Sanciones tiene por objeto establecer el procedimiento para la imposición y ejecución de medidas correctivas y sanciones, así como tipificar las infracciones en las que puede incurrir una operadora y demás personas naturales o jurídicas, aun cuando no tengan la condición de operadora. Las infracciones que se tipifican en dicho reglamento están referidas a los siguientes temas:

- Infracciones relativas a las obligaciones de la concesión.
- Infracciones relativas a la información.

¹⁰ OSIPTTEL: Exposición de motivos de Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTTEL. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/perbud0w/resol259-2021-cd-norma-exposicion-motivos.pdf>

- Infracciones relativas a la supervisión.
- Infracciones relativas a las normas y decisiones de la autoridad.

Sin perjuicio de ello, se pueden establecer otras infracciones en normas vinculadas a la actuación del regulador.

En cuanto a las multas que se aplican por la comisión de infracciones, estas se califican en:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
• Leve	0.5 UIT	50 UIT
• Grave	51 UIT	150 UIT
• Muy grave	151 UIT	350 UIT

En el caso de las infracciones leves, el reglamento citado dispone que estas pueden sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo con las particularidades del caso y siempre que no sea un caso de reincidencia.

La otra situación que es importante de destacar es el caso de las Medidas Correctivas, las cuales tienen por objetivo corregir incumplimientos de una obligación contenida en las normas legales o en los contratos de concesión, ordenando al operador una conducta o abstenerse de ella, pudiendo ser desde la cesación de actos, publicación de avisos, devolución de dinero, reversión de efectos, cese de comercialización o la realización de determinados actos. El incumplimiento de dicha medida constituye infracción muy grave.

Por otro lado, el artículo 28 del Reglamento dispone que sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el artículo 157 en el TUO de la LPAG, Ley 27444, (aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS), los órganos de instrucción o de resolución podrán adoptar también dichas medidas, tanto en procedimientos administrativos sancionadores como en los procedimientos de imposición de medidas correctivas, para asegurar el cumplimiento y/o la eficacia de sus futuras resoluciones, para evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable. El operador que incumpla la medida cautelar incurrirá en infracción leve.

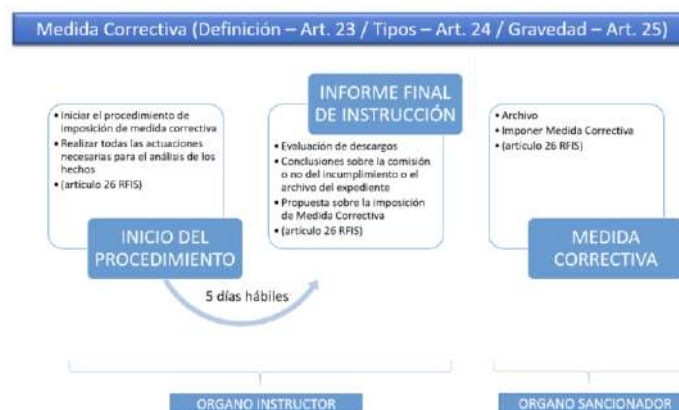
Con la finalidad de mostrar la secuencia o desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador, el Osiptel ha desarrollado el siguiente gráfico¹¹ con los pasos de dicho procedimiento:

¹¹ OSIPTTEL: Informe N° 151-OAJ-2021. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/pwshtlrk/informe151-oaj-2021.pdf>



Fuente: OSIPTEL (Informe N° 00151-OAJ/2021 del 14.06.2021)

Asimismo, según el mismo informe de Osipitel, si hubiera medida correctiva en el principal, el procedimiento sería como se detalla en el siguiente gráfico:



Fuente: OSIPTEL (Informe N° 00151-OAJ/2021 del 14.06.2021)

Finalmente, también cabe destacar el artículo 25 de Reglamento que dispone que el incumplimiento de una medida correctiva constituye una infracción muy grave, genera el inicio de un procedimiento administrativo sancionador con los pasos detallados en el mencionado cuadro.

IV. LA REGULACIÓN RESPONSIVA

La imposición de multas como herramienta disuasiva ha tenido una gran acogida alrededor del mundo. No obstante, en los últimos años, el nuevo enfoque que está cobrando mayor fuerza y respaldo es el de la “responsive regulation o regulación responsiva”¹² y ello porque la actitud castigadora que ha sido tradicional para estos casos viene teniendo cada vez

¹² “En ellos la entidad regulatoria mantiene su intervención (o fiscalización) en el mínimo nivel, pero reteniendo la capacidad de intervenir más cuando sea necesario...”. En: Enfoque derecho: Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento. En: <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/>

menos eficacia¹³; siendo que en unos casos se presentaba como un acción exagerada y poco razonable ante situaciones de errores humanos u operativos. Ante ello han surgido precisamente los nuevos enfoques o soluciones a este problema, como la mencionada regulación.

Uno de los casos ejemplares para el cambio de paradigma de “castigador” a “conciliador” se da en Brasil, donde el uso de los Términos de Ajustes de Conductas (TAC) en el sector de telecomunicaciones constituye una nueva herramienta para corregir el comportamiento de los operadores.

Los denominados TAC son acuerdos que resultan de la negociación entre el ente regulador, en este caso Anatel, y un proveedor de servicios, resultando en un acuerdo extrajudicial con vigencia de hasta 4 años, en el cual las empresas se comprometen a cumplir una serie de obligaciones y a realizar inversiones encaminadas a mejorar el servicio; a cambio de que el ente regulador archive procesos sancionadores asociados al acuerdo. Este mecanismo de compromiso funciona desde el 2014, con la publicación del Reglamento TAC (Res. 629/2013). A partir de ello, Anatel recibió un gran número de solicitudes de proveedores de servicios de telecomunicaciones para llevar a cabo negociaciones con el objetivo de ejecutar los TAC, siendo que se pueden establecer con los TAC compromisos respecto de algunos de los siguientes tipos¹⁴:

- ✎ Compromisos de adecuación de conducta irregular.
- ✎ Compromiso de reembolso a usuarios.
- ✎ Compromisos de infraestructura.
- ✎ Compromisos adicionales: como otorgamiento temporal de beneficios directos a los usuarios (por ejemplo, descuentos), y ejecución de proyectos para prestación de servicios, a regiones donde no hay retorno económico a corto plazo para la empresa.

El primer TAC con Anatel fue TIM¹⁵, el cual archivó 53 procesos sancionadores a cambio de una inversión de US\$ 120,6 millones en proyectos, los cuales estarían orientados a mejorar la calidad del servicio o incluir nueva infraestructura en unas 2.000 localidades; además tendría que atender de manera progresiva a todos los indicadores del segmento móvil.

Tal como se aprecia, la regulación responsiva en Brasil, a través de los TACs, comienza a brindar alternativas menos dañinas y más conciliadoras con las operadoras, mientras que a la par permite la expansión o el mejoramiento del servicio brindado.

Del mismo modo, es conveniente que el regulador en el Perú también contemple la necesidad de elaborar herramientas que prioricen la conversación y negociación. Esta recomendación no es ajena a la que han efectuado recientemente los organismos internacionales para la mejora de la regulación, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en su documento denominado “Guía de la OCDE para el

¹³ ANATEL: Anatel ve en la regulación responsiva la forma de convertir multas en soluciones. En: <https://www.telesemana.com/blog/2019/01/03/anatel-ve-en-la-regulacion-responsiva-la-forma-de-convertir-multas-en-soluciones/>

¹⁴ ANATEL: Conozca los términos de ajuste de conducta (TAC). En: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs>

¹⁵ TELESEMANA: TIM Brasil cambiará multas por una inversión de US\$ 120,6 millones. En: <https://www.telesemana.com/blog/2020/06/19/tim-brasil-cambiara-multas-por-una-inversion-de-us-1206-millones/>

cumplimiento regulatorio y las inspecciones” del 2019¹⁶. En dicha guía la referida institución presenta una serie de principios claves para mejorar el nivel de cumplimiento de las normas, haciendo énfasis en 4 de estos: i) Regulación responsiva, ii) Procesos claros y justos, iii) Promoción del cumplimiento y iv) “Poniendo los pies sobre la tierra”.

Por ello se hace hincapié en la necesidad de abrir el canal de conversación entre los agentes regulados y regulador, frente a una iniciativa regulatoria dado los beneficios que traería al mercado como la disminución de sanciones, la mejora de servicios y una mejoría en la relación de las entidades involucradas.

El caso reciente mencionado en Brasil de los TAC, y los Compromisos de Mejora implementados ahora, de manera general, en el Perú, abren la posibilidad a nuevos casos para solucionar los problemas que enfrentan operadores, usuarios y regulador con la comisión de infracciones. Basta ponerse a ejecutar las decisiones, ponderando la razonabilidad y la priorización de atender con los servicios de telecomunicaciones para reducir la brecha digital que aún tenemos.

V. CONCLUSIONES

1. La regulación de las telecomunicaciones en el Perú ha pasado por 4 fases, encontrándonos actualmente en la fase de la innovación y aceleración de la convergencia, la cual se caracteriza por el gran desarrollo de la telefonía móvil y el acelerado crecimiento del internet. Sin embargo, aún se aprecia una importante brecha en el sector rural del país, donde solamente el 20.1% de los hogares tienen conexión a internet.
2. En materia de regulación del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, el Osiptel es el regulador competente de estos temas en el Perú, con un marco legal que data de 1993 y demás normas que se han venido emitiendo posteriormente, las cuales prevén sus atribuciones, entre ellas las de fiscalización.
3. En el ámbito de la fiscalización, dos son las normas que, principalmente, deben destacarse: el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTel, y el Reglamento General de Fiscalización, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTel, las cuales son las normas vigentes en el sector de telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, también se encuentran otras obligaciones y sus consecuencias en normas vinculadas, referidas a aspectos de calidad, condiciones de uso, interconexión, entre otras.
4. El Reglamento General de Fiscalización contiene las normas que regulan el ejercicio de la función del OSIPTel para asegurar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas aplicables a los servicios públicos de telecomunicaciones, y los mandatos o resoluciones del mismo OSIPTel. Por su parte, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones establece el procedimiento para la imposición y ejecución de medidas correctivas y sanciones, y tipificar las infracciones en las que puede incurrir una operadora, incluyendo terceros.

¹⁶ OCDE: Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones (2019) .Página 7-8. En: <https://www.oecd.org/publications/guia-de-la-ocde-para-el-cumplimiento-regulatorio-y-las-inspecciones-0fe43505-es.htm>

5. En los últimos años la imposición de multas ha venido teniendo menor peso, dando pie a nuevos enfoques, como es el caso de la “responsive regulation o regulación responsiva” al mostrar la anterior una actitud cada vez menos eficaz. Los TAC en Brasil son un ejemplo de la regulación responsiva que permite soluciones prácticas al problema sancionatorio, en concordancia con políticas de expansión de servicios de los operadores.

En el Perú los Compromisos de Mejora, que han sido ampliados de manera general en el presente año mediante la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL, permiten también la posibilidad de que se establezcan nuevas formas de solución al cumplimiento de las normas por parte de las empresas fiscalizadas y sin tener que llegar a una sanción, cuya ejecución y efectos no resulta a veces eficaz y óptima.

BIBLIOGRAFÍA

- ANATEL: “Obligaciones contractuales y Términos de ajustes de conducta”. En: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs> (Consultado: 22.07.2022)
- BRANCH: Estadísticas de la situación digital en Perú 2020-2021”. En: <https://branch.com.co/marketing-digital/estadisticas-de-la-situacion-digital-de-peru-en-el-2020-2021/> (Consultado: 12.07.2022)
- Enfoque derecho: “Qué es la fiscalización bajo el enfoque de cumplimiento normativo de prevención y gestión de riesgo”. En: <https://www.enfoquederecho.com/2017/08/10/que-es-la-fiscalizacion-bajo-el-enfoque-de-cumplimiento-normativo-de-prevencion-y-de-gestion-del-riesgo/> (Consultado: 20.07.2022)
- GESTION: “Hemos pedido al Congreso elevar sanciones que aplica Osiptel”. En: <https://gestion.pe/economia/hemos-pedido-al-congreso-elevar-sanciones-que-aplica-osiptel-de-350-a-1000-uit-economia-noticia/?ref=gesr> (Consultado: 15.07.2022)
- INEI: Nota de prensa de setiembre de 2021. En: <https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-no-148-2021-inei.pdf> (Consultado: 09.07.2022)
- OCDE: “Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones” (2019). Página 7-8 <https://www.oecd.org/publications/guia-de-la-ocde-para-el-cumplimiento-regulatorio-y-las-inspecciones-0fe43505-es.htm> (Consultado: 19.10.2022)
- OSIPTEL: “Hitos en la promoción de la competencia”. Enero 2017. En: <https://sociedadtelecom.pe/libros-osiptel/wp-content/uploads/2019/06/hitos-promocion.pdf> (Consultado: 05.07.2022)
- OSIPTEL: Nota de prensa 21.02.2022. En: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/mercado-movil-sumo-mas-de-3-7-millones-de-lineas-durante-el-2021/> (Consultado: 08.07.2022)
- OSIPTEL: Nota de prensa del 17 de mayo de 2022. En: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/dia-de-las-telecomunicaciones-conexiones-de-internet-fijo-aumentaron-7-69-al-cierre-del-primer-trimestre-del-ano-2022/> (Consultado: 08.07.2022)
- OSIPTEL: Nota de prensa de junio de 2021. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/sgkfmcpa/reporte-estadistico-30062021.pdf> (Consultado: 08.07.2022)
- OSIPTEL: Exposición de motivos de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/perbud0w/resol259-2021-cd-norma-exposicion-motivos.pdf> (Consultado: 13.07.2022)

- OSIPTEL: Nota de prensa del 7 de julio de 2022. En: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/entel-presenta-nueva-demanda-contra-la-prohibicion-de-la-venta-de-chips-moviles-en-via-publica/> (Consultado: 15.07.2022)
- OSIPTEL: Exposición de motivos de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/perbud0w/resol259-2021-cd-norma-exposicion-motivos.pdf> (Consultado: 13.07.2022).
- OSIPTEL: Informe N° 151-OAJ-2021, Pag. 6-7. En: <https://www.osiptel.gob.pe/media/pwshtlrk/informe151-oaj-2021.pdf> (Consultado: 10.07.2022)
- TELESEMANA: Anatel ve en la regulación responsiva la forma de convertir multas en soluciones. En: <https://www.telesemana.com/blog/2019/01/03/anatel-ve-en-la-regulacion-responsiva-la-forma-de-convertir-multas-en-soluciones/> (Consultado: 20.07.2022)
- TELESEMANA: Tim Brasil cambiará multas por inversiones. En: <https://www.telesemana.com/blog/2020/06/19/tim-brasil-cambiara-multas-por-una-inversion-de-us-1206-millones/> (Consultado: 23.07.2022)



EL COMPLIANCE PERUANO SOBRE LIBRE COMPETENCIA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

**Autores: Christian Alonso Guzmán
Arias y Angela Cuba Palomino**

EL COMPLIANCE PERUANO SOBRE LIBRE COMPETENCIA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

Peruvian antitrust compliance in the Latin American context

Christian Alonso Guzmán Arias¹
Angela Cuba Palomino²

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El Compliance de Libre Competencia en el Perú
- III. El Compliance de Libre Competencia en América Latina
- IV. Perspectivas del Compliance de Libre Competencia Peruano respecto del Contexto Latinoamericano
- V. Conclusiones

Resumen

En el presente artículo, los autores realizan un examen comparativo sobre el estado del compliance en Libre competencia en Perú respecto del resto de América Latina. Para ello, exponen el avance peruano en la materia, desde sus antecedentes legislativos y jurisprudenciales, hasta uno de los hitos más importantes. Utilizan esa misma metodología para el caso de los demás países de Latinoamérica, sobre todo comparando también la percepción de los empresarios respecto de la Libre competencia y los esfuerzos de cumplimiento normativo. Todo ello les permitirá tener una perspectiva del avance peruano en el contexto latinoamericano.

Palabras Clave: Compliance, libre competencia, conductas anticompetitivas, Latinoamérica, Indecopi.

Abstract

In this article, the authors carry out a comparative examination of the state of antitrust compliance in Peru as for the remainder of the rest of Latin America. To do so, they expose the Peruvian progress in the matter, from its legislative and jurisprudential background to

¹Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Maestría con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en derecho civil, protección del consumidor, competencia y barreras burocráticas. Asociado senior de TYTL Abogados, donde lidera el área de Competencia y buenas prácticas del mercado. Correo de contacto: cguzman@tytl.com.pe

² Estudiante de Derecho en la Universidad de Lima. Coordinadora de Edición de la Revista Ius et Praxis, la Revista Oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Correo de contacto: acuba@tytl.com.pe

one of the most important milestones. They use the same methodology for the case of other Latin American countries, especially when also comparing the perception of businessmen regarding the antitrust and regulatory compliance efforts. All this will allow them to have a perspective of the Peruvian advance in the Latin American context.

Key Words: *Compliance, antitrust, anti-competitive conduct, Latin America, Indecopi*

I. INTRODUCCIÓN

El compliance en Libre competencia es propiamente un mecanismo de autorregulación, en tanto traslada la prevención y manejo de conductas anticompetitivas a las mismas organizaciones, sean públicas o privadas. Estas implementarán normas, políticas, procedimientos y mecanismos a fin de cumplir con sus obligaciones legales³ pero también sirven para cumplir las obligaciones voluntarias (como las políticas de la empresa o los códigos de ética).

Con ello no solo se asegura las condiciones necesarias para que el mercado opere de forma equitativa y eficiente, sino que también forma una cultura sobre la Libre competencia y las conductas sancionables: prácticas colusorias horizontales y verticales, así como el abuso de posición de dominio.

En otras palabras, el compliance (o programa de cumplimiento) en Libre competencia es un conjunto de medidas que adoptan los agentes económicos para detectar, investigar y sancionar a tiempo, todo aquel incumplimiento de la normativa de libre competencia, esto debe partir de un profundo convencimiento en definir un comportamiento ético en el mercado⁴.

Ahora bien, dado el desarrollo que ha tenido en el Perú en este ámbito, desde las primeras resoluciones administrativas, la aparición en normas y la publicación de una Guía sobre los componentes esenciales y complementarios, cabe preguntarse ¿cómo ha sido este avance en comparación con al resto de América Latina?

Uno de los aspectos más útiles es la percepción que tienen las empresas de los países de la región respecto de la Libre competencia y de los programas de cumplimiento. Existen importantes estudios y encuestas, tanto en el Perú como en el resto de Latinoamérica, que dan cuenta de la forma en la que se aborda este fenómeno ya no tanto desde la perspectiva de la autoridad o agencias de competencia, sino desde las motivaciones y usos prácticos que perciben los empresarios y abogados que se dedican a este ámbito.

En el presente artículo abordaremos el camino que han recorrido los países latinoamericanos para difundir y promover la Libre competencia y, particularmente, los programas de cumplimiento, lo que nos permitirá desarrollar una perspectiva del avance peruano frente al contexto latinoamericano.

³ INDECOPI, *Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia* (Lima: INDECOPI, 2020), 10.

⁴ INDECOPI, Programa de cumplimiento en materia de libre competencia - Hablemos de Libre Competencia 19/05/2021, [video], <https://youtu.be/E67odOby48w> (consultado el 10 de agosto de 2022).

II. EL COMPLIANCE DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

2.1 Antecedentes legislativos y jurisprudenciales

En el ordenamiento jurídico peruano, encontramos dos escenarios en los que se ha regulado el compliance en Libre competencia: i) en la legislación, han sido introducidos bajo la denominación de “programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia” y ii) en la jurisprudencia, se ha desarrollado propiamente como “programas de cumplimiento”.

En su redacción original (2008), el Decreto Legislativo N° 1034, que aprobó la Ley de represión de conductas anticompetitivas (en adelante, LRCA), no tenía prevista la figura del compliance en Libre competencia dentro de las medidas correctivas⁵. Este mecanismo se introdujo recién el 7 de setiembre de 2018, mediante el Decreto Legislativo N° 1396. El texto añadido a la LRCA fue el siguiente:

Artículo 46.- Medidas correctivas. -

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

(...)

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

(...)

46.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.

(Énfasis añadido)

En la exposición de motivos del mencionado Decreto Legislativo se resaltó el reconocimiento que estos programas habían venido teniendo en la jurisprudencia del Indecopi, así como el rol que cumplen: contribuir con la eliminación de las condiciones que favorecen la comisión de infracciones y reducir la posibilidad de que el agente infractor reincida o cometa otra infracción a las normas sobre libre competencia⁶.

Luego, en 2019, mediante el Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, la LRCA fue incluida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO-LRCA), debido a las modificaciones que tuvo. Entonces, las disposiciones citadas del artículo 46 de la LRCA se trasladaron al TUO-LRCA dentro del artículo 49⁷.

⁵ **Decreto Legislativo N° 1034**

Artículo 46.- Medidas correctivas. -

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.

46.2. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

⁶ Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1396 (2018), 8.

⁷ **Decreto Supremo N° 030-2019-PCM**

Ahora bien, este tipo de compliance ha sido reconocido en la jurisprudencia incluso antes de su desarrollo legislativo. Tuvo su primera aparición en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, del 12 de octubre de 2016, mediante la cual se sancionó al cártel de farmacias (Arcángel, Inkafarma, Fasa, Mifarma y Nortfarma) por incurrir en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.

En ese caso, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC) ordenó que las farmacéuticas implementen un programa de cumplimiento respecto de la normativa de Libre competencia por un periodo de 3 años⁸,

Un año después, mediante la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, del 22 de marzo de 2017, se sancionó al cártel del papel higiénico (Kimberly Clark y Protisa) por incurrir en una práctica colusoria horizontal, en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios y condiciones en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue, en el territorio nacional, en el periodo de 2005 a 2014. Aquí la CLC ordenó implementar el programa de cumplimiento por un periodo de 5 años⁹.

En ese mismo año, la misma autoridad emitió la Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI, del 18 de diciembre de 2017, mediante la cual sancionó al cártel del gas (Solgas, Lima Gas y Zeta Gas) por incurrir en prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios en la comercialización de GLP envasado para distribuidores en las presentaciones de 10, 15 y 45 kg, de manera continua y a nivel nacional entre los años 2009 y 2011. La CLC ordenó la implementación del programa de cumplimiento por un periodo de 3 años¹⁰. Dicho periodo es el que se mantuvo sucesivamente en el resto de las decisiones posteriores.

Artículo 49.- Medidas correctivas. -

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.
- e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

49.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

49.3. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

49.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.

(Artículo 46 según el texto original del Decreto Legislativo N° 1034. Numeral 46.1, ahora denominado 49.1, así como su literal fueron modificados por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1396).

⁸ Véase el caso iniciado de oficio por la Secretaría Técnica contra las empresas Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del Expediente 008-2010/CLC, 291.

⁹ Se consultó el caso iniciado de oficio por la Secretaría Técnica contra las empresas Kimberly Clark y Protisa en la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI del Expediente 017-2015/CLC, 333.

¹⁰ Véase el caso iniciado de oficio por la Secretaría Técnica contra las empresas Forza Gas, Lima Gas, Llama Gas, Regapesa, Zeta Gas en la Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI del Expediente 011-2015/CLC, 245.

A modo de ejemplo, tenemos la Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, del 31 de diciembre de 2018, mediante la cual se sancionó a 63 empresas por participar en prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de precios de gas natural vehicular (GNV) en Lima Metropolitana y Callao, entre julio de 2011 y mayo de 2015. En este caso la CLC ordenó como medida correctiva la implementación del programa de cumplimiento por un periodo de 3 años¹¹.

Recientemente, se encuentra la Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI, del 25 de marzo de 2022, por la cual se sancionó al cártel de pavo (Cencosud, Makro, Supermercados Peruanos, Tottus y San Fernando) por incurrir en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de acuerdo para la fijación de precios, en el mercado de comercialización de pavo entero San Fernando a nivel nacional entre los años 2009 al 2013, 2015 y 2016. La medida correctiva que ordenó la CLC, esto es, el programa de cumplimiento debe ser implementado por un periodo de 3 años¹². Sin perjuicio de ello, en el fundamento 823 de dicha Resolución se menciona que el periodo de implementación de dichos programas puede ser de 3 a 5 años.

2.2 La Guía de Programa de cumplimiento de las normas de Libre competencia

El 3 de junio de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución 006-2020/CLC-INDECOPI¹³ que aprobó la “Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia” (en adelante, la Guía), con el propósito de promover la eficiencia económica en los mercados en beneficio de los consumidores¹⁴.

Esta Guía marcó un hito en materia de Libre competencia, pues establece pautas generales para que los agentes económicos se ocupen de la moralidad de sus actos en el mercado, lo cual contribuye con el control ex ante del Estado frente la comisión de infracciones. De acuerdo con esta Guía, el compliance en Libre competencia se promueve de dos formas: i) como una inversión y ii) como una forma de fortalecer una cultura empresarial de respeto a la ley.

Con un nivel de prevención adecuado, las empresas, por un lado, pueden evitar tener una mala reputación, así como la imposición de multas de hasta el 12% de los ingresos brutos del grupo empresarial y hasta 100 UIT a los funcionarios involucrados, mientras que, por otro lado, los lleva a una actuación idónea en el mercado. De ahí que la Guía prevé este tipo de compliance para todo tipo de empresas, sean estas grandes, medianas o pequeñas.

¹¹ Se consultó el caso iniciado de oficio por la Secretaría Técnica contra las empresas Terpel, PES, Energigas, Aba Singer, Inversiones Korioto, Petrocorp, Masgas, Lumas, Gaspetroleo, E y G, Santa Margherita, Pachacutec, Acosa, Midas Gas, Operaciones Argus, Argus Gas, Corser, Assa, Siroco, Clean Energy, IE San Luis, Bac Petrol, Bac Thor, Primax S.A., Coesti, Vista Alegre, Gasnorte, Lubrigas, El Pino, Alta Vidda Gas, ITS5, Inversiones Boreal, Recosac, Fometsa, Gesa, Picorp, Grifosa, MI & JR, San Juanito, Gio, Puente Nuevo, PGT, Duogas, C & M, Solgas S.A., Eco Trading, Livomarket, Titi, Manco Cápac, Basbra, Brata, Alas Peruanas, Caligas, Salomón, Grupo VCC, Corgas, ROE, Mavu, Oleocentro, Gasac, Carrión Inversiones, Inversiones Arica, Shichi Fuku y NGE en la Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI del Expediente 005-2016/CLC.

¹² Véase el caso iniciado de oficio por la Secretaría Técnica contra las empresas Cencosud, Makro, Supesa, Tottus, San Fernando y Redondos en la Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI del Expediente 007-2020/CLC.

¹³ La adopción de la Guía mediante la Resolución 006-2020/CLC-INDECOPI tiene por finalidad: generar mayores incentivos para que las empresas, por su propia iniciativa, adopten una política de cumplimiento de la normativa de libre competencia adaptados a sus circunstancias particulares y que esta sea difundida e interiorizada por todos sus trabajadores (2020).

¹⁴ INDECOPI, *Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia* (Lima: INDECOPI, 2020), 8.

De acuerdo con la Guía, tenemos dos grupos de elementos que componen el compliance en Libre competencia, los esenciales y los complementarios. Los primeros comprenden:

- a. El compromiso de la Alta Dirección, que involucra la asignación de recursos adecuados y suficientes para mitigar los riesgos de incumplimiento;
- b. La identificación y gestión de riesgos, que debe considerar las causas, probabilidad hipotética de ocurrencia y efectos para la empresa y sus trabajadores;
- c. Los procedimientos y protocolos internos, que sean capaces de prevenir el incumplimiento de la normativa referente a la libre competencia;
- d. Las capacitaciones para los trabajadores, de preferencia debe ser documentado y debe requerir de los servicios de asesores calificados en la materia;
- e. La actualización constante y monitoreo, esto para revisar su desempeño y así puedan advertir sus fortalezas y falencias;
- f. Las auditorías al Programa de Cumplimiento tendrán que ser sistemáticas, independientes y documentadas, asimismo es recomendable que esta labor se encuentre a cargo de asesores externos y sea anual;
- g. En el caso de los procedimientos para consultas y denuncias, es plausible emplear sistemas informáticos internos o externos; y
- h. La designación de un Oficial o Comité de Cumplimiento que debe formar parte de la estructura jerárquica más alta de la organización, tener acceso directo a otros órganos relevantes, así como tener independencia funcional y visibilidad en la organización.

Mientras, que los segundos abarcan:

- a. El Manual de Libre Competencia, estará dirigido a todos los trabajadores de la organización e incluirá la descripción de los requerimientos de la legislación aplicable, la identificación de las obligaciones a cargo de los trabajadores, su aplicación práctica, las consecuencias frente a su incumplimiento y proporcionar vías de consultas y denuncias confidenciales;
- b. Los incentivos para los trabajadores, uno capaz de generar compromiso con el programa que se ejecute; y
- c. Las medidas disciplinarias, estas no solo se deberán tomar cuando un trabajador o gerente infrinja la normativa de libre competencia, sino también cuando alguno de ellos no haya tomado las medidas necesarias para prevenir o detectar la conducta infractora.

Para el caso de las grandes empresas, se dispone que deben cumplir con los 8 elementos esenciales y, además, pueden incluir los 3 complementarios. En cambio, para las pequeñas y medianas empresas solo se incluye 4 de los 8 elementos esenciales (el compromiso de la Alta Dirección, la identificación y gestión de riesgos, las capacitaciones para los trabajadores y la designación de un Oficial o Comité de Cumplimiento), aunque también mantienen la posibilidad de incluir los elementos complementarios.

Cabe agregar que si bien uno puede incorporar de forma facultativa el compliance en Libre competencia, será obligatorio en los casos que se dicte como medida correctiva, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.1.e del TUO-LRCA¹⁵. En caso se trate de una empresa infractora que ya lo tenía implementado, Indecopi verificará su efectividad y la correspondencia de sus componentes con los esenciales previstos en la Guía. Luego de ello podrá ordenar: i) que lo adapte de acuerdo con los parámetros esenciales de la Guía; ii) que implemente mecanismos de notificación a la Secretaría Técnica; iii) que designe un Monitor Externo de Cumplimiento que supervise el cumplimiento efectivo y reporte todo a la Secretaría Técnica.

2.3 La percepción empresarial sobre el compliance de Libre competencia

En una conferencia virtual organizada por Indecopi¹⁶, IPSOS presentó un estudio denominado “Evaluación ex-ante Programa de clemencia”, que realizaron entre el 29 de agosto y el 20 de setiembre de 2019.

Como se puede notar, este estudio se realizó antes de que el Indecopi publique la Guía, por lo que se podría decir que el mercado peruano no estaba tan familiarizado con el compliance en Libre competencia. Pero, de todas formas, no puede dejarse pasar por alto que, hasta ese momento, la jurisprudencia ya había desarrollado este programa en determinados casos y ya se había incorporado a la legislación.

Según lo mencionado por IPSOS, la encuesta estuvo dirigida a las máximas autoridades y ejecutivos de primera y segunda línea de las top 3000 empresas del Perú. Los resultados presentados, que están vinculados con el tema bajo análisis, son los siguientes:

- a. El 55 % de las empresas peruanas cuenta con un área de gestión de riesgos y el 53 %, con un área de Compliance.
- b. El 43 % de los encuestados piensa que la mayoría de las empresas privadas conducen sus negocios de forma ética; el 47 %, piensa que solo algunas; el 8 %, que la minoría y un 2 % no lo precisa.
- c. El 94 % tiene claro que acordar precios con competidores es una conducta ilícita, pero, por ejemplo, solo el 66 % piensa que repartir territorios entre las empresas para no competir en la misma zona es una conducta ilícita; es decir, 31 % de los empresarios piensa que esa es una actividad lícita.
- d. El 49 % de las empresas habían tomado medidas para asegurar el cumplimiento de las normas de Libre competencia; pero del 29 % que no había tomado aún ninguna medida, solo el 24 % estaba pensando en hacerlo. Esto se describe mejor en el siguiente cuadro:

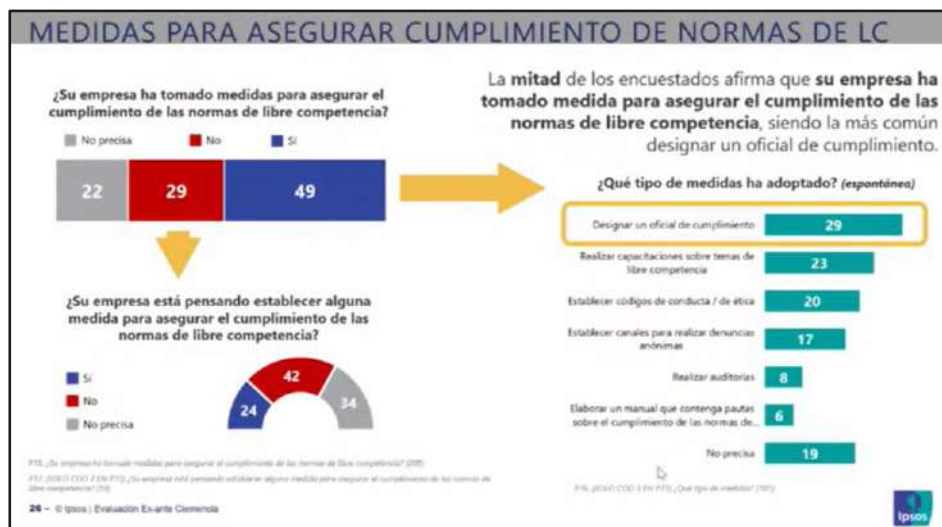
¹⁵ **Decreto Supremo N° 030-2019-PCM**

Artículo 49.- Medidas correctivas. -

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

¹⁶ INDECOPI, La Libre competencia y su impacto en el consumidor 28/06/2021, [video], <https://youtu.be/u8RwZduiFIE> (consultado el 12 de agosto de 2022).



Nota: gráfico extraído de la presentación de IPSOS en el evento citado¹⁷

- e. Los empresarios peruanos tienen la siguiente percepción respecto del incumplimiento: i) el 41 % piensa que es probable que una persona involucrada en prácticas anticompetitivas sea contrastada por otra empresa del mismo sector, ii) el 78 % piensa que es probable que una persona involucrada en prácticas anticompetitivas vuelva a estarlo y iii) el 64 % piensa que es probable que una empresa involucrada en una práctica anticompetitiva vuelva a estarlo.

En resumen, podemos observar que solo alrededor de la mitad de las empresas dedica recursos a gestionar sus riesgos de incumplimiento de las normas de Libre competencia. Es decir, aproximadamente de cada 10 empresas, solo 5 tienen un área que puede hacerse cargo del compliance en Libre competencia. Pero el dato interesante (y preocupante) es que de las empresas que no han tomado aún ninguna medida para cumplir este tipo de normas, al menos una no tiene pensado hacerlo, de todos modos. Además, 3 de esas 10 empresas aún no tiene claro cuáles pueden ser conductas ilícitas (en especial, el reparto de mercados para no competir).

Es por lo anterior que una de las conclusiones de IPSOS, en el evento organizado por el Indecopi, fue que “está pendiente de dar a conocer que algunas prácticas, como repartir listas de clientes o territorios, también (son prácticas contempladas como anticompetitivas)”¹⁸, a lo cual debería añadirse, bajo nuestra percepción, que está pendiente incentivar que la mitad de las empresas que no han tomado ninguna iniciativa para el cumplimiento normativo (y en especial a las empresas que no han pensado hacerlo hasta el momento) comprendan la importancia y los beneficios del compliance en Libre competencia.

Para esa labor será necesario que la autoridad continúe difundiendo esta herramienta, como lo vino haciendo desde el 2019, pero no solo bajo un enfoque de evitar multas o daño de su reputación, sino con un enfoque más integral, que desarrollaremos más adelante, luego de echar un vistazo a la realidad del resto de América Latina en este ámbito.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., minuto 39:39.

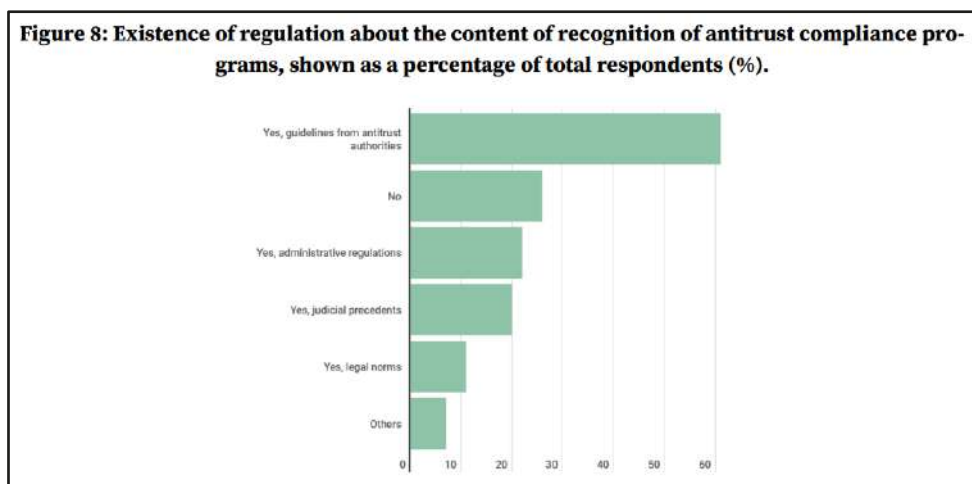
3. EL COMPLIANCE DE LIBRE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

3.1 Avances de la regulación del compliance en Libre competencia en cada país

Como bien se ha mencionado en líneas anteriores, los programas de cumplimiento en materia de Libre competencia son herramientas útiles que trasladan la responsabilidad de detección, prevención y gestión de conductas anticompetitivas a los mismos agentes económicos del mercado. Por esa razón, estos programas han sido de sumo interés para las autoridades de competencia en Latinoamérica, pues “una política de cumplimiento eficaz ayudará a prevenir violaciones de leyes sobre competencia y el consiguiente daño a la competencia y a los consumidores”¹⁹.

En esa misma línea, de acuerdo con el Informe elaborado por el Comité de Ética y Cumplimiento de la Sección de Antitrust de la American Bar Association (en adelante, ABA) en conjunto con el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez de Chile (en adelante, CeCo), los programas de cumplimiento en Latinoamérica son importantes para las autoridades y profesionales de competencia²⁰.

Para realizar dicho estudio se encuestó a profesionales en materia de defensa de la competencia en siete países de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú). Ello nos permite conocer una realidad interesante, pues si bien una mayoría de países (61 %) cuentan con un reconocimiento y desarrollo del contenido del compliance en Libre competencia, existe un 26 % (es decir, al menos dos de los siete países encuestados) que no tienen regulación, jurisprudencia, guías o siquiera directrices oficiales de sus autoridades (o al menos que los abogados especialistas en este ámbito no perciben que lo haya), conforme se expresa en el siguiente gráfico:



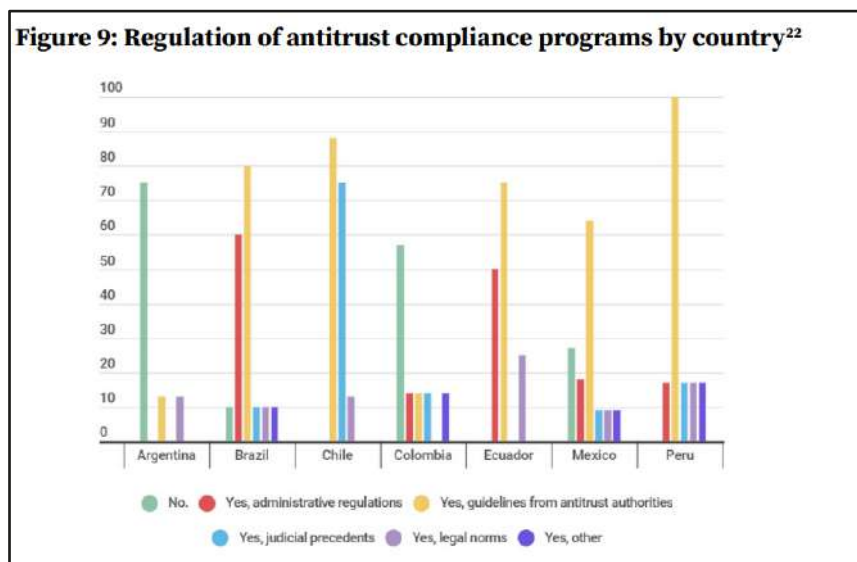
Nota: gráfico extraído del Informe elaborado por ABA y CeCo²¹

¹⁹ OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp>

²⁰ CECO, Informe ABA – CeCo: Programas de Cumplimiento en América Latina (2022): <https://centrocompetencia.com/informe-aba-ceco-programas-de-cumplimiento-en-america-latina/>

²¹ *Ibíd.*, 15.

Quizá es por ello que, de los 54 profesionales encuestados, más del 20 % indica que en sus países no cuentan con normativa que regulen los programas de cumplimiento, pues solo en los casos de Chile, Ecuador y Perú parece existir certeza acerca de la existencia de regulación y reconocimiento de los programas de cumplimiento por parte de la autoridad. Para entender este panorama, nos remitimos al siguiente gráfico:



Nota: gráfico extraído del Informe elaborado por ABA y CeCo²²

Encontramos que tanto abogados de Argentina, Colombia como de México (este último, en menor medida) indican que en sus respectivas jurisdicciones no cuentan con una regulación sobre los programas de cumplimiento. No obstante, pese a no tener normativa general, algunos cuentan con guías elaboradas por sus autoridades. Al parecer, a simple vista, el caso de Argentina es el más preocupante frente a los otros países, pues no contaría con precedentes judiciales al respecto.

Al ahondar un poco más en la realidad de dicho país, podemos observar que se produjeron novedades en su regulación sobre la Libre competencia, pero aún queda pendiente el desarrollo de los programas de cumplimiento. El 4 de febrero de 2021, se aprobó un proyecto de ley para modificar su Ley de Defensa de la Competencia, de 2018. Este proyecto pretende introducir varios cambios: i) el control de fusiones ex ante, pues se reduciría el plazo de suspensión para que entre en vigor el régimen de control previo a las fusiones; ii) la eliminación de los programas de clemencia y la posibilidad de que las partes negocien acuerdos con la autoridad y iii) la politización de su autoridad que defiende la competencia²³.

En Chile, Ecuador y Perú, como adelantamos, la situación es diferente, pues los abogados de dichos países afirmaron que existen normas, precedentes judiciales o directrices oficiales que regulan el reconocimiento y el contenido de los programas de cumplimiento en Libre competencia. De los tres (en un examen macro, no solo a nivel latinoamericano), Chile y Perú han mostrado un avance significativo en el reconocimiento de los programas de

²² Ibid.

²³ Julián Peña y Federico Rossi, Principales novedades en materia de derecho y política de la competencia 2021 - Argentina, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/02/main-developments-in-competition-law-and-policy-2021-argentina/>

cumplimiento por parte de sus autoridades de Competencia, tal como lo reportó la OCDE luego de una mesa redonda llevada a cabo en 2011 y una evaluación en 2021, tal como se puede observar en el siguiente cuadro.

Cuadro 2.1. Reconocimiento del cumplimiento			
		2011	2021
Jurisdicciones reconocen	que	Australia, Dinamarca, Corea, México, Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos	Australia, Brasil, Canadá, Chile, Alemania , Hong Kong, China, Hungría, India, Italia, Japón, Malasia, Países Bajos, Perú, Rumania , Singapur, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos
Jurisdicciones reconocen	que no	Canadá, Francia, Alemania, Unión Europea, Bulgaria, Rumanía, Rusia	Bulgaria, Comisión Europea, Finlandia, Francia , Grecia, Corea, México , Países Bajos, Suecia, Turquía

Nota: en negrita están las jurisdicciones que han cambiado su enfoque político. Estados Unidos, por ejemplo en 2021 considera el reconocimiento de la imputación además del reconocimiento de la sentencia. Cuadro elaborado por la OCDE²⁴

El reconocimiento de los programas de cumplimiento incluye la atenuación de sanciones, como incentivo para su implementación por parte de las empresas. Por ejemplo, Chile tuvo un caso en 2018 en el que se redujo el 15 % de la multa, pero la Corte Suprema revocó esa concesión. En el Perú, según la Guía de 2019, la reducción es del 5 al 10 %. Solo como dato, según el reporte de la OCDE, Rusia pretendería introducir normas que permitirían el reconocimiento o incluso la completa exoneración de multas a los programas existentes²⁵.

El mencionado cambio de criterio en Chile fue paradigmático. La Fiscalía de la Competencia (FNE) presentó una denuncia ante el Tribunal de la Competencia (TDLC), contra supermercados que habrían concertado con sus proveedores de aves de corral para fijar precios de reventa de productos avícolas (lo que es denominado un cártel hub-and-spoke). En 2019, el TDLC multó a los supermercados, pero para uno de ellos aceptó un programa de cumplimiento existente como atenuante y redujo la sanción en un 15 %. Sin embargo, en 2020 la Corte Suprema duplicó las multas y eliminó dicho descuento (señaló que una prueba de que el programa de cumplimiento no es eficaz es, precisamente, la existencia de la infracción)²⁶.

Como hemos podido ver, en América Latina los países que más han avanzado en el desarrollo y reconocimiento del compliance en Libre competencia son Chile, Ecuador y Perú, mientras que Argentina es el país que aún no ha tenido mayor desarrollo en este ámbito. El caso de Chile (cuya judicatura al parecer no cree que el programa de cumplimiento sea un incentivo adecuado) nos podrá mostrar en un futuro próximo si es que la eliminación de las reducciones de multas para las empresas que lo han implementado incidirá o no en la tasa de infracciones.

Quizá de todos los países de Latinoamérica, Chile sea la realidad a la que debemos prestar más atención, para poder tomar como fuente su experiencia (de manera crítica y sin obviar la aplicación a nuestra realidad, claro está), sobre todo porque viene pasando por un proceso constituyente que impactará en su mercado y en el tratamiento que se le dará a la

²⁴ OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, 14.

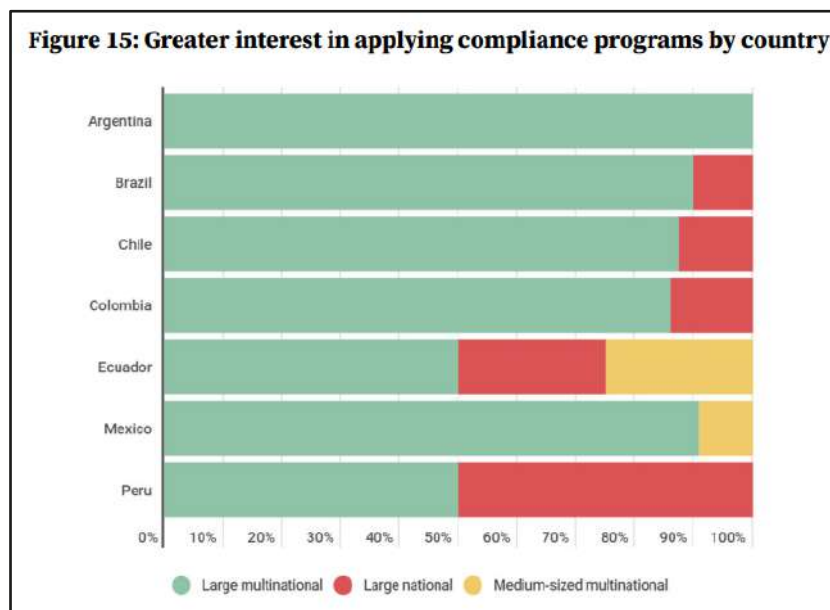
²⁵ *Ibíd.*, 15.

²⁶ *Ibíd.*, 16.

competencia como medio que busca lograr no solo el desarrollo de las empresas, sino también el bienestar de sus ciudadanos.

3.2 Percepción e interés empresarial sobre la Libre competencia y el compliance

De acuerdo con el Informe elaborado por la ABA y CeCo, el interés de las empresas por implementar programas de compliance varía según el tamaño que estas tengan. El siguiente gráfico muestra que las grandes multinacionales son las que tienen un eminente interés en comparación con las grandes empresas nacionales y las medianas multinacionales.



Nota: gráfico extraído del Informe elaborado por ABA y CeCo²⁷

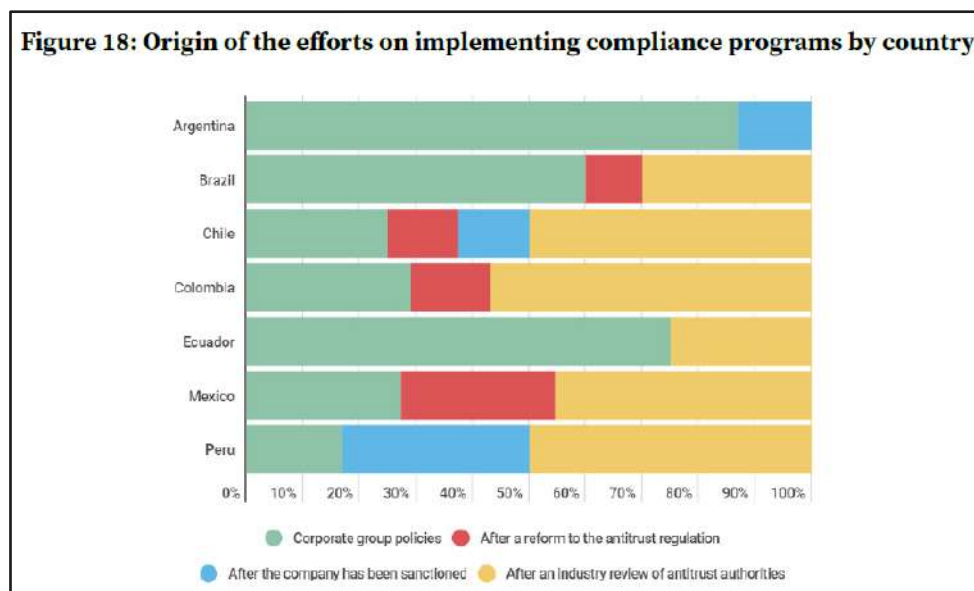
Por otro lado, es claro que las empresas perciben que las infracciones y sanciones por conductas anticompetitivas no solo significan un costo por las multas impuestas, sino también por la pérdida de reputación. Así, “(de) acuerdo a un estudio desarrollado por la Business School de la Universidad de Los Andes, menos del 20% de las empresas en Chile cuentan con un programa de cumplimiento que sea mínimamente adecuado. (...) la reputación empresarial ha ido disminuyendo a nivel nacional. (...) En parte, esto estaría asociado a los casos de carteles colusorios investigados en el pasado, tales como el caso farmacias, el caso pollos y la colusión en el mercado del papel tissue”²⁸.

El interés de las empresas de Argentina, Brasil y Ecuador de implementar un programa de cumplimiento tiene origen en las políticas corporativas de su grupo empresarial; mientras que en el resto de países latinoamericanos, dicho esfuerzo proviene no de una prevención voluntaria, sino de una reacción a las reformas regulatorias, el monitoreo de la autoridad o de la propia sanción.

²⁷ CeCo, Informe ABA – CeCo: Programas de Cumplimiento en América Latina (2022), 26: <https://centrocompetencia.com/informe-aba-ceco-programas-de-cumplimiento-en-america-latina/>

²⁸ CeCo. Programas de cumplimiento y su uso en la exención y reducción de multas (2022) <https://centrocompetencia.com/programas-de-cumplimiento-exencion-y-reduccion-de-multas/>

En el siguiente cuadro podremos ver datos importantes como el hecho de que el Perú es el país con menor porcentaje de implementación voluntaria del compliance en Libre competencia, pues las empresas que lo han hecho en mayor medida se vieron motivadas luego de que la autoridad revisara (y probablemente sancionara) a su sector industrial (es decir, luego de que investigara a otras empresas de su sector) y luego de que la autoridad los sancionara. Este último motivo (implementar un compliance luego de haber sido sancionados) solo lo comparten, en menor medida, Chile y Argentina.



Nota: gráfico extraído del Informe elaborado por ABA y CeCo²⁹

Por el lado de las autoridades, una de los cuestionamientos que se hace a los programas de cumplimiento es si son herramientas suficientes para prevenir las conductas anticompetitivas o si por el contrario incluso podrían tener más efectos negativos que positivos.

El 22 de junio de 2022, la Universidad de Talca (Chile) llevó a cabo un conversatorio en el que participó el subje de la División de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica de Chile (Eduardo Aguilera). En su conferencia, refirió que “estos programas podrían facilitar que los ejecutivos de empresas proclives a coludirse aprendan a evitar la detección y castigo (...) como consecuencia de las capacitaciones continuas que estos programas conllevan (por ejemplo, dichos ejecutivos podrían aprender a no utilizar un determinado vocabulario de carácter expreso, a fin de adoptar modos de comunicación más sigilosos).”³⁰

Si bien se espera que los empresarios no utilicen los conocimientos que puedan adquirir sobre la legislación sobre Libre competencia para evitar ser detectados si cometen alguna infracción, un riesgo de ese tipo no debería llevarnos a pensar que una mejor idea es que no tengan acceso a capacitaciones en esa materia, pues en un supuesto de ese tipo, un infractor doloso de todas formas podría encontrar las maneras de no ser detectado. No se puede esperar que la ignorancia de los ilícitos y de qué conductas son anticompetitivas sea la mejor herramienta para evitar infracciones. Al contrario, ya vimos, por ejemplo, que en el

²⁹ CeCo, Informe ABA – CeCo: Programas de Cumplimiento en América Latina (2022), 28: <https://centrocompetencia.com/informe-aba-ceco-programas-de-cumplimiento-en-america-latina/>

³⁰ Ibíd.

caso peruano casi la tercera parte de los empresarios no conocen la totalidad de las conductas anticompetitivas (como es el caso específico del reparto de mercados) y eso definitivamente puede influir en la comisión de más ilícitos.

Por el lado de México, luego de un estudio de 2017 sobre la percepción de los asuntos de competencia, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), determinó lo siguiente³¹:

- a. Más del 90 % sabía que la COFECE enjuiciaba prácticas anticompetitivas.
- b. Solo el 4 % declaró que estaba familiarizado con los procedimientos de investigación.
- c. La mayoría de los empresarios dijeron haber experimentado prácticas anticompetitivas, pero ninguno se había planteado denunciarlas.
- d. Solo el 9 % de las empresas conocía los programas como el de clemencia.
- e. Solo las grandes empresas implementaban programas de cumplimiento, pero no las empresas medianas ni pequeñas.

Por el lado de Chile, “pocas empresas –en rigor las más sofisticadas– están invirtiendo el tiempo, los recursos y esfuerzos necesarios para desarrollar e implementar esta clase de programas”. Como habíamos supuesto líneas atrás, según sus propios investigadores, ello puede deberse a las sentencias contradictorias del TDLC y de la Corte Suprema en el caso del cártel de supermercados. Recordemos que el máximo órgano judicial decidió no otorgar ningún beneficio de descuento de multa por la implementación de un programa de cumplimiento. Esta decisión “lejos de apostar luces en relación con el valor de los planes de cumplimiento, aumentó las incertezas al respecto, desincentivando su implementación.”³²

Vemos, en suma, que frente al mayor nivel de desarrollo legislativo, administrativo y jurisprudencial que tienen Chile, Ecuador y Perú (lo cual se desarrolló en el acápite anterior), los países que tienen una mayor tasa de cumplimiento voluntario son Argentina, Ecuador y Brasil. El caso de Argentina es curioso, porque tiene la menor tasa de desarrollo normativo en la materia, pero la más alta tasa de implementación voluntaria del compliance. El país que más equilibrio encuentra entre esas dos dimensiones es Ecuador. Chile y Perú, que comparten varias características, son los dos países más “reactivos” al momento de implementar programas de cumplimiento, pues sus empresas solo lo hacen cuando la autoridad ha investigado su sector económico o las ha sancionado.

IV. PERSPECTIVAS DEL COMPLIANCE DE LIBRE COMPETENCIA PERUANO RESPECTO DEL CONTEXTO LATINOAMERICANO

A pesar de las particularidades de cada país latinoamericano, el informe de ABA y CeCo nos ha mostrado que los puntos en común al momento del desarrollo de los programas de cumplimiento y la regulación existente sobre esta materia en Latinoamérica son los siguientes:

³¹ OCDE (2021), Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, Documento de debate del Comité de Competencia de la OCDE, <http://oe.cd/ccp>

³² Ignacio Oltra y Katherine González, Programas de cumplimiento como herramienta de prevención de conductas anticompetitivas: ¿un problema de incentivos? (Chile: CeCo, 2022), 3.

- a. Los abogados no suelen desarrollar esta clase de programas para detectar y prevenir conductas anticompetitivas para sus clientes, pese a ser las más interesadas en implementarlos.
- b. Su implementación puede originarse por: a) imposición de la autoridad (que es en la mayor parte de casos) o b) compromiso alcanzado con la autoridad.
- c. Uno de los obstáculos es la falta de cultura corporativa de compromiso para cumplir con las normas de competencia y de oficiales internos dedicados a ello, así como la ausencia de sanciones disuasorias de parte de las autoridades.

¿Por qué es importante el compliance? Para las empresas, se piensa que solo sirve para evitar las multas (que no son bajas, pues pueden alcanzar el 12 % de los ingresos brutos del grupo económico). Para la autoridad, que los privados cuenten con esta herramienta facilita su labor de combatir las conductas anticompetitivas; así, ya no se trataría de una lucha solo de reacción, sino también de anticipación. Para el mercado, ayuda a lograr la eficiencia competitiva, que se supone debe servir para alcanzar un estado de bienestar en el ciudadano.

El informe mencionado también ha dado cuenta de lo siguiente: (i) la mayoría de los países afirma que existen directrices elaboradas por autoridades sobre programas de cumplimiento, sin embargo, una minoría expone la falta de regulación, precedentes judiciales o directrices y (ii) la mayoría de los abogados opinan que las autoridades reconocen los programas de cumplimiento preexistentes y podrían brindar o no beneficios a las empresas, pero sí proporcionar orientación sobre su contenido.

Es claro que las agencias de competencia de los países vecinos están orientando sus esfuerzos para difundir este mecanismo de autorregulación. El propio Indecopi ha venido desarrollando campañas para difundir su Guía y otras herramientas complementarias (Programa de clemencia, Programa de delación, Lineamientos de resarcimiento a consumidores). Pero si hasta la fecha no ha tenido el alcance esperado, ¿cuál es el origen del problema? Quizá algo más profundo que la promoción de la existencia y beneficios del compliance sea la errónea percepción por parte de los empresarios de que se trata únicamente de cumplir las normas y evitar sanciones.

Incumplir una obligación legal de este tipo significa particularmente una pérdida de valor de la empresa, pues no solo se tiene que afrontar la sanción pecuniaria, sino además la pérdida de la eficiencia (interna y externa) y de la reputación. Los efectos de la distorsión de la conducta ética incluyen trastocar el índice de calidad como valor de la empresa, la afectación al interés social, costos empresariales y responsabilidades legales por incumplimiento: ilícitos penales, civiles e infracciones administrativas.

¿Cómo se puede recuperar o (preferiblemente) prevenir estas pérdidas? El refuerzo de la cultura de cumplimiento, mantener una cultura ética y un estándar de eficiencia tienen como herramientas al compliance en particular y al buen gobierno corporativo en general. A través de ellas, la empresa puede gestionar sus riesgos de incumplimiento de normas internas y externas, que pueden provenir de los propios trabajadores o de terceros, quienes también pueden involucrar a la empresa en prácticas anticompetitivas o en otros ilícitos. Este sistema (que puede estar dentro del ISO 19600) involucra, por ejemplo, la gestión antisoborno (desarrollado en el ISO 37001).

En el Perú, la Guía aprobada en 2020 por la CLC del Indecopi, estableció ciertos elementos que deben ser tomados en cuenta y que naturalmente deben ser adecuados al tamaño de la empresa y al mercado en el que se desenvuelve. Los elementos más importantes de este programa son: (i) compromiso de la alta dirección, (ii) identificación y gestión de riesgos, (iii) procedimientos y protocolos internos, (iv) capacitaciones, (v) actualización y monitoreo constantes, (vi) designación del oficial o del comité de cumplimiento y (vii) un régimen de incentivos y medidas disciplinarias.

Es claro que todos los elementos son importantes, pero el éxito de un programa de cumplimiento depende en mayor medida del comportamiento de la alta dirección de la empresa, pues si este compromiso es asumido únicamente por el personal que ejecuta las políticas, el riesgo puede mantenerse evidentemente en el nivel de planificación. La alta dirección en una empresa tiene el rol de potenciar la cultura ética y tomar decisiones eficientes sin riesgos; por lo tanto, la mejor forma de implementar un programa de cumplimiento es desde las políticas generales hasta las directivas de ejecución de cada proceso productivo.

Luego de ello, la interiorización de las normas que regulan la Libre competencia en los trabajadores es de suma importancia, pues permite identificar los riesgos no solo al interior sino también en cada interacción con los demás agentes del mercado (competidores y proveedores) y los demás agentes de interés.

Con una buena cultura de prevención (tanto hacia adentro como hacia afuera de la empresa) se puede cerrar el círculo vicioso del incumplimiento normativo y de la pérdida de la ética y eficiencia empresariales. Para ello será importante la motivación del personal y el refuerzo de su propia cultura ética; la buena selección y evaluación constante del personal (un aspecto no considerado tradicionalmente en el compliance) y el monitoreo de las comunicaciones internas (personal) y externas (stakeholders), quizá con el uso de nuevas tecnologías (como por ejemplo el Natural Language Processing (NLP)), para mapear los indicios y contraindicios de incumplimientos.

Entonces, quizá una forma de superar el problema planteado esté más allá de la difusión por parte de la autoridad y de la imposición de multas altas: enseñar que el compliance en Libre competencia permite alcanzar el desempeño más eficiente dentro del mercado, mediante una cultura de buenas prácticas, con el objetivo de mantener el índice de calidad de la empresa y fomentar un valor agregado que la destaque frente a sus competidores.

V. CONCLUSIONES

1. En el Perú, alrededor de la mitad de las empresas dedica recursos a gestionar sus riesgos de incumplimiento de las normas de Libre competencia. Al menos una de las empresas que no han tomado aún alguna medida de este tipo tampoco tiene pensado hacerlo, de todos modos. Además, alrededor de la tercera parte de las empresas aún no tiene claro cuáles pueden ser conductas ilícitas (en especial, el reparto de mercados para no competir).
2. En América Latina, los países que más han avanzado en el desarrollo y reconocimiento del compliance en Libre competencia son Chile, Ecuador y Perú, mientras que en el otro extremo está Argentina. Por los indicadores mostrados, Chile

es la realidad a la que más se asemeja el Perú y su experiencia nos puede servir de referencia, siempre de manera crítica y sin obviar los aspectos distintos de cada sociedad.

3. Frente al mayor nivel de desarrollo legislativo, administrativo y jurisprudencial que tienen Chile, Ecuador y Perú, los países que tienen una mayor tasa de cumplimiento voluntario son Argentina, Ecuador y Brasil. El país que más equilibrio encuentra entre esas dos dimensiones es Ecuador. Los países más “reactivos” al momento de implementar programas de cumplimiento son Chile y Perú, pues sus empresas solo lo hacen cuando la autoridad ha investigado su sector económico o las ha sancionado.
4. El Indecopi, como otras agencias de competencia de Latinoamérica, está orientando sus esfuerzos en difundir el compliance en Libre competencia (y otros mecanismos complementarios) para prevenir conductas anticompetitivas. Pero hasta la fecha tenemos el porcentaje más bajo de implementación voluntaria de dicho programa de cumplimiento en la región.
5. Ese problema puede deberse a la percepción errada por parte de los empresarios de que un programa de cumplimiento sirve únicamente para evitar sanciones, por lo que un cambio de paradigma puede estar orientado a que en realidad permite alcanzar el desempeño más eficiente de la empresa dentro del mercado, mediante una cultura de buenas prácticas, con el objetivo de mantener el índice de calidad de la empresa y fomentar un valor agregado que la destaque frente a sus competidores.

BIBLIOGRAFÍA

- CeCo. Informe ABA – CeCo: Programas de Cumplimiento en América Latina. 2022. <https://centrocompetencia.com/informe-aba-ceco-programas-de-cumplimiento-en-america-latina/>
- CeCo. Programas de cumplimiento y su uso en la exención y reducción de multas. 2022. <https://centrocompetencia.com/programas-de-cumplimiento-exencion-y-reduccion-de-multas/>
- COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, del Expediente 008-2010/CLC. Procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma. 2016.
- COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, del Expediente 017-2015/CLC. Procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas Kimberly Clark y Protisa. 2017.
- COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI, del Expediente 011-2015/CLC. Procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas empresas Forza Gas, Lima Gas, Llama Gas, Regapesa, Zeta Gas. 2017.
- COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, del Expediente 005-2016/CLC. Procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas empresas Forza Terpel, PES, Energigas, Aba Singer, Inversiones Korioto, Petrocorp, Masgas, Lumas, Gaspetroleo, E y G, Santa

- Margherita, Pachacutec, Acosa, Midas Gas, Operaciones Argus, Argus Gas, Corser, Assa, Siroco, Clean Energy, IE San Luis, Bac Petrol, Bac Thor, Primax S.A., Coesti, Vista Alegre, Gasnorte, Lubrigas, El Pino, Alta Vidda Gas, ITS5, Inversiones Boreal, Recosac, Fometsa, Gesa, Picorp, Grifosa, MI & JR, San Juanito, Gio, Puente Nuevo, PGT, Duogas, C & M, Solgas S.A., Eco Trading, Livomarket, Titi, Manco Cápac, Basbra, Brata, Alas Peruanas, Caligas, Salomón, Grupo VCC, Corgas, ROE, Mavu, Oleocentro, Gasac, Carrión Inversiones, Inversiones Arica, Shichi Fuku y NGE. 2018.
- COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución 014-2022/CLC-INDECOPI, del Expediente 007-2020/CLC. Procedimiento administrativo sancionador en contra de las empresas Cencosud, Makro, Supesa, Tottus, San Fernando y Redondos. 2022.
 - Comité de Competencia de la OCDE. "Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia", 2021. <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/programas-de-cumplimiento-con-el-derecho-de-la-competencia.pdf>.
 - Oltra, Ignacio y González, Katherine. Programas de cumplimiento como herramienta de prevención de conductas anticompetitivas: ¿un problema de incentivos? (Chile: CECO, 2022).
 - INDECOPI. Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia. Lima: INDECOPI, 2020.
 - INDECOPI. Programa de cumplimiento en materia de libre competencia - Hablemos de Libre Competencia 19/05/2021, [video], (consultado el 10 de agosto de 2022). <https://youtu.be/E67odOby48w>
 - INDECOPI. La Libre competencia y su impacto en el consumidor 28/06/2021. YouTube, 19 de mayo de 2021. Consultado el 28 de junio de 2021. <https://youtu.be/u8RwZduiFIE>.
 - Julián Peña, Federico Rossi. "Main Developments in Competition Law and Policy 2021 – Argentina". Kluwer Competition Law Blog, 2 de febrero de 2022. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/02/main-developments-in-competition-law-and-policy-2021-argentina/>.



EL COMPLIANCE EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: ¿REALMENTE ES UNA FIGURA BENEFICIOSA PARA EL PROVEEDOR?

**Autora: Guadalupe
Montenegro Ruiz**

EL COMPLIANCE EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR:

¿REALMENTE ES UNA FIGURA BENEFICIOSA PARA EL PROVEEDOR?

Compliance in consumer protection

Is it really a beneficial figure for the supplier?

Guadalupe Montenegro Ruiz¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El compliance como figura de prevención
- III. ¿Cómo se originó el compliance en materia de protección al consumidor?
- IV. Riesgos probables en servicios específicos que se pueden traducir en infracciones y sanciones
- V. Estructurando un programa de cumplimiento normativo
- VI. El INDECOPI y la implementación de un programa de cumplimiento: ¿realmente representa un beneficio?
- VII. Consideraciones finales

Resumen

Actualmente cualquier buen proveedor busca las formas en que un consumidor adquiera, en grandes cantidades, sus servicios y/o productos, lo cual implica que sí o sí puedan brindar un servicio excelente, de calidad, idóneo. Una manera de poder mejorar como proveedor es corregir cualquier posible riesgo y monitorearlo a fin de que el consumidor sienta la confianza de que lo que adquiere es de buena calidad. Un recurso accesible que tienen todos los proveedores es la implementación de un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor, pues no solo identificarán los riesgos de su servicio, sino que los corregirán y los monitorearán de tal manera que les permita verificar que su servicio es de calidad. Adicional a ello, en caso se presente de manera aislada una posible infracción, pueden señalar ante el INDECOPI que cuentan con un programa de cumplimiento a fin de buscar atenuantes a la posible sanción que se les imponga. Entonces, si es un programa que trae muchos beneficios, ¿realmente se está aprovechando? El presente artículo abordará esas ventajas y los posibles motivos por los cuales se usa o no ese beneficio.

¹ Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Administrativo y Protección al Consumidor. Líder del Área de Protección al Consumidor de Torres y Torres Lara Abogados. Email: gmontenegro@tytl.com.pe.

Palabras clave: Programa de cumplimiento, Protección al consumidor, riesgos, causales de atenuante, INDECOPI.

Abstract

Currently, any good supplier looks for ways for a consumer to acquire their services and/or products in large quantities, which implies that they can provide an excellent, quality and suitable service. One way to improve as a supplier is to correct any possible risk and monitor it so that the consumer feels confident that what he buys is of good quality. An accessible resource that all providers have is the implementation of a consumer protection compliance program, since they will not only identify the risks of their service, but also correct and monitor them in such a way that allows them to verify that their service is quality. In addition to this, if a possible infraction occurs in an isolated way, they can manifest to INDECOPI that they have a compliance program in order to seek mitigating factors for the possible sanction imposed on them. So, if it is a program that brings many benefits, is it really being used? This paper will address those advantages and the possible reasons why that benefit is used or not.

Keywords: Compliance program, Consumer protection, risks, extenuating causes, INDECOPI.

I. INTRODUCCIÓN

Si a cualquier persona le ofrecen un beneficio que le será ventajoso ante la comisión de una infracción (sabiendo que será sancionado), ¿lo lógico no sería que aproveche ese beneficio? Pero, ¿qué ocurre cuando existiendo ese beneficio se verifica que las empresas no lo aprovechan y deciden seguir siendo sancionadas con elevadas multas? La única manera de poder saber dónde realmente está el problema es revisando los antecedentes y la estructura de esta figura denominada “programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor” y verificar por qué actualmente no les es atractivo a los proveedores aprovechar el beneficio de atenuantes en las sanciones ante cualquier eventual denuncia y posterior sanción por parte del INDECOPI.

II. EL COMPLIANCE COMO FIGURA DE PREVENCIÓN

La naturaleza del modelo de prevención es, precisamente, prevenir la comisión de posibles delitos o infracciones al ordenamiento jurídico por parte de la empresa. La idea de tener un órgano de cumplimiento, protocolos de investigación, canales de denuncia y demás medidas para identificar y prevenir riesgos en una empresa, deviene de la idea de anticiparse a la conducta, no de adoptar medidas correctivas contra la conducta, lo cual se debe hacer, por ser un delito o infracción, tenga o no la empresa un modelo de prevención.

Certificar un modelo de prevención ex post no es oportuno, pues el delito o infracción ya se cometió. Se certifique o no la empresa de manera ex post, el delito/infracción ya se cometió y por ende, ya se generó un perjuicio al bien jurídico. La efectividad del modelo de prevención surte efectos de manera ex ante, toda vez que es la oportunidad para evitar la comisión de delitos/infracciones. Antes de la comisión del delito/infracción, existe una clara

diferencia entre una empresa certificada compliance de la que no; pues aquella cumplió diligentemente con tomar acciones para prevenir los delitos/infracciones; esta actitud merece exonerar o aminorar la sanción. En cambio, la efectividad no será la misma en el caso de comparar una empresa certificada o no, de manera ex post; pues – se reitera – el delito/infracción ya se cometió.

En consecuencia, es preferible que la certificación del modelo de prevención sea ex ante, no ex post.

Por otro lado, respecto a la clase de certificación, concordamos con la doctrina respecto a la externalización del control del compliance:

La externalización del control que garantice la independencia del órgano de supervisión a sustentarse en la *stakeholder democracy*: el *compliance program* solo es creíble cuando es controlado por personas ajenas a la empresa que representa y de los intereses sociales que la misma pone en peligro. El control externo es el que analiza la idoneidad abstracta del programa para evitar la comisión de entuertos².

El Estado, por representar los intereses sociales (ordenamiento jurídico) que se ponen en peligro ante la comisión de delitos o infracciones que se pretende evitar, no es una parte independiente para certificar si un modelo de prevención es adecuado o no, ni ex ante ni ex post, por ser una parte (la perjudicada) ante la configuración de delitos o infracciones.

La certificación del modelo de prevención implica una sinergia de profesionales, a saber: Derecho, Economía, Sociología, Antropología, Criminología, Psicología; que analizarán las medidas empresariales, según el tipo de empresa y sector empresarial del cual se trate. No solo se merituará documentación, sino también si existe o no cultura de cumplimiento en la empresa. Dicha sinergia de profesionales es factible en un agente privado.

El modelo de prevención de una empresa constructora no será el mismo que se utilice para una empresa que brinda servicios informáticos. Los riesgos son distintos, por ende las medidas a adoptar deben ser distintas. De nada sirve un modelo de prevención que cumple teóricamente sin que tenga eficacia en la práctica, pues se podría continuar cometiendo los delitos/infracciones, a pesar de tener un modelo. Para ello, es factible que agentes privados inspeccionen y verifiquen, en la práctica, con transacciones simuladas o visitas inopinadas, si se cumple o no con los 2 pilares del compliance: el programa de prevención y la cultura de cumplimiento. Por su parte, en el Estado, la inspección/verificación sería un trámite administrativo, el cual se asemeja a una burocracia que se pretende evitar, pues podría generar recursos administrativos, incluso procesos judiciales; todo ello pues estaría interviniendo el Estado en el trámite de certificación.

Recuérdese que el modelo de prevención contiene normas empresariales (transacciones civiles, notariales, operaciones bancarias, incluso extranjerías), por lo cual es preferible que agentes privados (que tienen experiencia y conocimiento en dichas actividades empresariales) sean los que inspeccionen si las normas del modelo de prevención se cumplen o no, pues entenderán el contexto de la empresa. Para certificar un contenido, se

² AROCENA, Gustavo (2018). Criminal Compliance. En: REYNA, Luis (Dir.). Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador), Ideas Solución Editorial, Lima, página 25.

debe conocer el contenido. Por otro lado, los funcionarios y servidores públicos del Estado tienen experiencia y conocimiento no empresarial, pues su ámbito de conducta se rige por otras normas, administrativas/públicas, que tienen otra esfera de competencia.

Por los fundamentos expuestos, consideramos que la gestión para prevenir delitos/infracciones, previo análisis de los aspectos empresariales, sociales y económicos de la empresa, deba estar a cargo de un agente privado, ajeno e independiente a la empresa (cuyo modelo de prevención es evaluado). En consecuencia, es preferible la certificación del modelo de prevención ex ante a cargo de privados.

Ahora bien, para saber si la regla general aplica a los temas en protección al consumidor, es necesario repasar la estructura del compliance en esa materia y definir cómo es que se está aplicando en su regulación.

III. ¿CÓMO SE ORIGINÓ EL COMPLIANCE EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR?

A través de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 112, se reguló como circunstancia atenuante a la sanción, la acreditación voluntaria de un programa de cumplimiento, para lo cual se detalló lo siguiente:

(...)

4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.

b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.

c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.

d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.

e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.

f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

(...)

Asimismo, dicho artículo fue debidamente desarrollado a través de su Reglamento, el Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, el cual abarcó todos los pasos que debían seguir los proveedores para implementar y cumplir a cabalidad con un programa de cumplimiento, el cual, como se señaló líneas arriba, no te exime de responsabilidad, sino que solo atenúa la

sanción a imponer en caso se verifique que un proveedor cometió una infracción a la Ley N° 20571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Dichos pasos a seguir son los siguientes:

- a. El programa de cumplimiento debe incorporar lineamientos como: (i) involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa; (ii) contar con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de la normativa; (iii) existencia de mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento de la normativa; contar con mecanismos de monitoreo, auditorías y para el reporte de eventuales incumplimientos; (iv) contar con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos a la normativa; (v) los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.

Es necesario que el proveedor conozca que puede adicionar más elementos; sin embargo, como mínimo su programa de cumplimiento debe considerar los antes señalados.

- b. La implementación del programa es de manera voluntaria, por lo que el proveedor comunica al INDECOPI sobre dicha implementación.

En efecto, el proveedor es el encargado de comunicar, de manera voluntaria, a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor del INDECOPI sobre la implementación del programa de cumplimiento, pues será dicha autoridad quien resguardará la información de los programas de cumplimiento, siendo la obligada a proteger la información entregada, calificándola como confidencial o dato personal protegible.

Asimismo, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del INDECOPI, aplicando un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo, y tutela de los bienes jurídicos protegidos en sus actividades, podrá requerirle al proveedor que comunicó e implementó su programa de manera voluntaria, la información necesaria para así poder acreditar la incorporación de un programa de cumplimiento normativo en materia de protección del consumidor.

- c. Suscripción de convenios con el INDECOPI.

El INDECOPI, en la medida de las funciones antes señaladas, podrá suscribir convenios con cualquier proveedor con la finalidad de brindar apoyo técnico en la implementación de programas de cumplimiento en sectores o actividades que impacten favorablemente en los consumidores o en los que se advierta la existencia de incumplimientos significativos.

Así, por ejemplo, un proveedor de servicios educativos podría recurrir al INDECOPI a fin de solicitar su apoyo técnico para poder implementar, de manera voluntaria, su programa de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor, para lo cual se le aplicará los mismos pasos antes señalados.

Así, el origen o creación de los programas de cumplimiento en materia de protección al consumidor fue la respuesta a una serie de problemas que se venían presentando, como, por ejemplo:

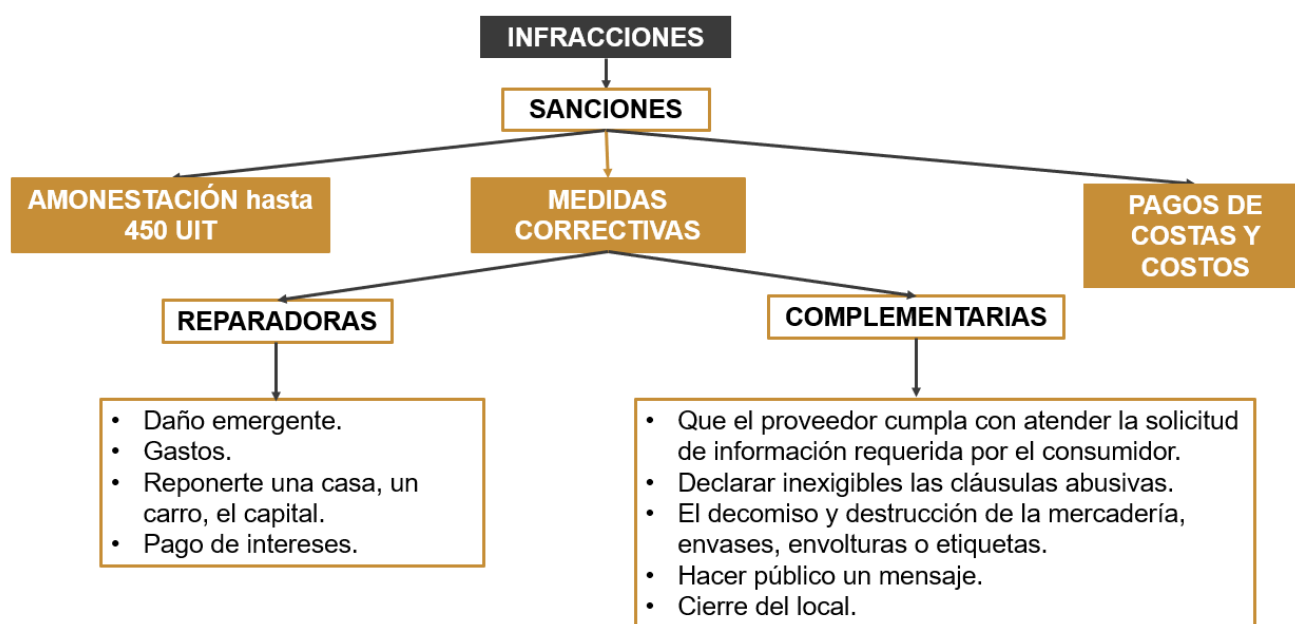
- a. No brindar información relevante - producto o servicio ofrecido y su seguridad
- b. Información falsa: origen, precios, cantidad, calidad, características, etc.
- c. No honrar las garantías explícitas e implícitas por falta de idoneidad de los productos o servicios ofrecidos
- d. Quejas: características del producto y/o envíos defectuosos, incumplimiento de plazos
- e. Reclamos: no contar con el Libro de Reclamaciones en las instalaciones y/o de forma virtual, y negar su entrega al consumidor y/o no contestar dentro de los plazos legales
- f. Atención al cliente: deficiente, discriminación y/o maltrato al consumidor
- g. Utilizar mensajes o incentivar conductas que infrinjan el principio de adecuación social a través de la publicidad comercial
- h. No tener procedimientos correctivos para la reparación o reposición del producto o ejecución del servicio
- i. Establecer cláusulas abusivas en detrimento de consumidores
- j. No corregir conductas infractoras pasadas
- k. Otros

Dichos problemas, como ya lo hemos señalado, tenían una sola posible solución: que el proveedor se acoja a esta causal de atenuante (implementación de un compliance) a fin de corregir los problemas antes señalados y buscar reducir cualquier posible sanción.

IV. RIESGOS PROBABLES EN SERVICIOS ESPECÍFICOS QUE SE PUEDEN TRADUCIR EN INFRACCIONES Y SANCIONES

Como se ha podido observar líneas arriba, era necesario que el proveedor identificara qué riesgos puede tener su servicio y así, empezar con toda la implementación de un compliance, pues sin identificación de riesgos, no era posible seguir los pasos señalados en el Reglamento.

¿Pero por qué es realmente necesario identificar los riesgos que puede generar el servicio de un proveedor? pues sin identificación de riesgos, éstos podrían generar infracciones y sanciones. Revisemos el siguiente cuadro para ejemplificar lo señalado:



Como se observa, una infracción o posibles infracciones derivan en una sanción o posibles sanciones, los cuales traen como consecuencia, los siguientes perjuicios económicos:

- Amonestaciones o multas que pueden llegar hasta 450 UIT³
- Medidas correctivas que implican en reparar un posible daño, atender una solicitud, cierre de un local, etc.
- Pagos de costas y costos (devolución de la tasa administrativa pagada por el consumidor, honorarios de abogados, etc).

Por ello, a fin de poder reducir las contingencias antes señaladas, es que se le brinda la oportunidad a un proveedor de identificar sus riesgos y poder implementar un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor que le permita, ante una eventual denuncia, demostrar que era un hecho aislado y solicitar una causal de atenuante, lo cual implicaría que en vez de, por ejemplo, sancionarlo con 5 UIT, puedan amonestarlo.

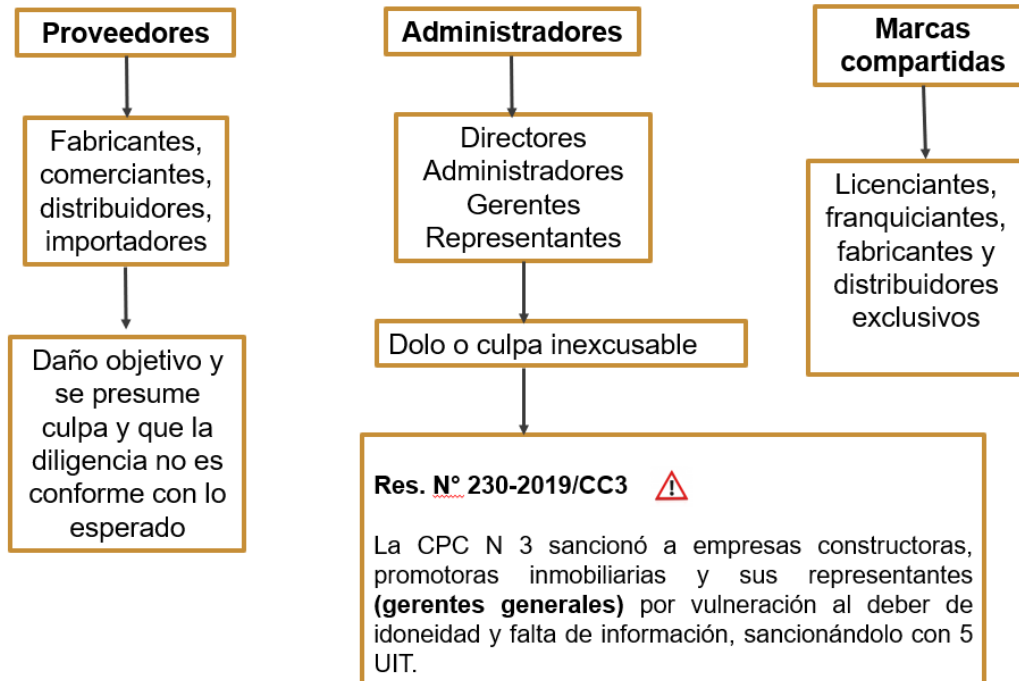
Ahora bien, ya hemos hablado de los beneficios que puede traer a un proveedor la implementación de un programa de cumplimiento, de la importancia de identificar los riesgos, pero también es importante definir quiénes son los realmente responsables en proceder con esa implementación.

Al respecto, para que un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor funcione, es necesario involucrar a todos los que pertenecen en dicha empresa, desde los Directores hasta el personal que atiende al consumidor. El siguiente gráfico nos dará una idea de quiénes son los responsables:

³ **Artículo 110.- Sanciones administrativas.**

El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (...).

¿Quiénes son los responsables?



Como se observa del gráfico y como lo hemos señalado, la responsabilidad inicia desde los proveedores (fabricantes de un producto, distribuidores, importadores, etc), los administradores (gerentes, directores, representantes) hasta las mismas marcas compartidas (franquicias, fabricantes, etc). En ese sentido, de nada servirá que se identifiquen los riesgos de un producto o servicio si no se identifica a todo el personal responsable que deberá tener conocimiento del programa a implementar y su respectiva ejecución.

Por ello, es necesario precisar que solo la correcta implementación de un programa de cumplimiento traerá como consecuencia que, ante una eventual y aislada infracción, el proveedor pueda tener como posible beneficio a una sanción, un atenuante, medida que podrá lograr lo siguiente:

Medida de atenuación



V. ESTRUCTURANDO UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Una vez que un proveedor tenga claro todos los pasos antes señalados, podrá estructurar su programa de cumplimiento. Pero ¿qué lineamientos se puede seguir para llegar a ese objetivo?.

El INDECOPI⁴ publicó una estructura para los programas de cumplimiento que nos parece necesario poder citar y así entender el grado de compromiso que tienen que cumplir los proveedores:

Estructura del Programa de Compliance



⁴ Cuadro tomado de la exposición dictada por el Dr. Espinoza – Secretario Técnico de Libre Competencia del INDECOPI.

Existen 4 pasos importantes a rescatar e implementar:

- a. Identificación de riesgos
- b. Evaluación de riesgos
- c. Monitoreo
- d. Mitigación de riesgos

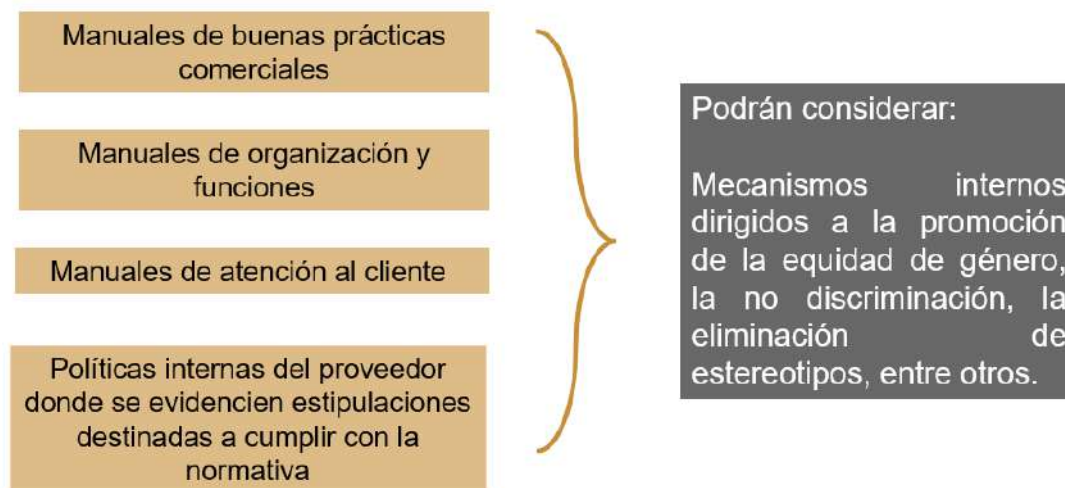
En líneas arriba se explicó en extenso sobre la identificación de riesgos, pero consideramos importante desarrollar la evaluación y mitigación de riesgos y el monitoreo.

En efecto, es importante que una vez que el proveedor identifique los riesgos, pueda clasificarlos, evaluar el impacto de los mismos que podrían generar cada área (marketing en la publicación de publicidad, el servicio de ventas respecto a lo que se ofrece a un consumidor, servicio de atención de reclamos, entre otros) y cómo proceder a mitigarlos. La finalidad de la evaluación y mitigación de riesgos es buscar a través de qué medios pueden identificarlos y lograr un solo objetivo: eventuales incumplimientos, siendo que éstos sean solo aislados y no reiterativos. El siguiente cuadro elaborado podrá ayudarnos a tener una idea de cómo estructurar esta parte:



Se puede observar que un proveedor puede considerar tener lineamientos, políticas y procedimientos destinados al cumplimiento de una normativa: por ejemplo, temas de estacionamiento, servicio educativo, etc. Asimismo, el contar con mecanismos internos que le permitan entrenar a su personal, -pues como lo hemos indicado, de nada sirve identificar y calificar los riesgos si no se informa y evalúa al personal de la empresa- y finalmente, establecer políticas y procedimientos para que estos riesgos identificados no ocurran y, de ser el caso, saber cómo enfrentarlos; una herramienta para ello es capacitar al personal de

la empresa. Aquí algunas ideas de cómo pueden constar las políticas y procedimientos destinados al cumplimiento de la normativa:



Finalmente, el monitoreo de lo implementado es uno de los pilares básicos para que funcione correctamente un programa de cumplimiento, de lo contrario no servirá de nada haber trabajado en toda una implementación, pues es necesario que cada cierto tiempo se contrate a personal externo que pueda verificar el correcto cumplimiento de las políticas adoptadas, ello a fin de tener mapeado cualquier posible contingencia que se pueda presentar a futuro.

Como idea de un adecuado monitoreo, está la opción -bastante exitosa- de las inspecciones de consumidor incógnito que un tercero puede brindar; es el caso en que un tercero se hace pasar como consumidor para así poder pedir información, contratar un servicio, pedir que post venta arregle un producto adquirido y hasta solicitar el libro de reclamaciones. Esa experiencia que se genera le dará una idea al proveedor de cómo se está aplicando su programa y de qué posibles nuevos riesgos se están o no generando.

VI. EL INDECOPI Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO: ¿REALMENTE REPRESENTA UN BENEFICIO?

Como se ha podido observar a lo largo del presente artículo, existen buenas directrices que le puede permitir a un proveedor diseñar e implementar un programa de cumplimiento; adicional a ello, cuenta con un excelente beneficio: puede suscribir un convenio con el INDECOPI para conseguir apoyo técnico en la implementación de su programa. Bajo ese escenario, cabría preguntarse ¿realmente implica un beneficio para un proveedor contar con un programa? Y de ser así ¿se está aprovechando ese trabajo en conjunto con el INDECOPI?

Como primer tema, los beneficios que podría adquirir un proveedor con la implementación de un programa de cumplimiento son los siguientes:

- a. Permite orientar competencias, habilidades y destrezas hacia buenas prácticas en favor del cliente (consumidor):

- Permite atender eficientemente el reclamo (medida correctiva) y genera el archivamiento del procedimiento.
- Permite una mejor atenuante:
 - ✓ Caso en que el consumidor no quiere transar.
 - ✓ Casos en que la transacción no extingue el procedimiento: discriminación, negligencia médica.
- b. En caso de atenuante, puede reducir la sanción hasta amonestación.
- c. El programa de cumplimiento no es el remedio perfecto para que nunca exista responsabilidad, sino para minimizar su acontecimiento.
- d. Lograría eximir de responsabilidad a Directores y Gerentes.

Ante esta relación de beneficios que un proveedor podría alcanzar como producto de una debida implementación de un programa de cumplimiento, podría pensarse que deben de existir muchos programas de cumplimiento registrados en el INDECOPI; sin embargo, la respuesta lamentablemente podría decepcionarlos.

En efecto, de una respuesta a una consulta que efectuamos al INDECOPI⁵, a la fecha no existe ningún proveedor que haya efectuado su trámite ante el dicho organismo para comunicar, de manera voluntaria, que ha implementado un programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor.

Del mismo modo, el INDECOPI informó que, a la fecha, no ha requerido información vinculada a la acreditación de la incorporación de programas de cumplimiento normativo en materia de protección del consumidor, dado que no se ha registrado voluntariamente ningún proveedor.

La pregunta cae de maduro: ¿Si hemos demostrado que el programa de cumplimiento trae como consecuencia grandes beneficios al proveedor: corrige cualquier posible contingencia en sus servicios y ello generará que el consumidor adquiera, de manera segura, esos servicios y/o productos, entonces por qué no existe a la fecha proveedores que se hayan inscrito su programa de cumplimiento ante el INDECOPI?.

Lamentablemente, no se sabrá por qué no es aprovechable ese beneficio, ello en tanto el INDECOPI solo efectúa inspecciones siempre y cuando un proveedor haya inscrito su programa ante ellos, pues estamos hablando de que son programas voluntarios, mas no obligatorios.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Consideramos que el programa de cumplimiento en materia de protección al consumidor tiene excelentes beneficios respecto a una posible sanción; no obstante, pese a ello, los

⁵ Carta N° 001739-2022-OAF/INDECOPI emitida por la Oficina de Administración y Finanzas del INDECOPI de fecha 7 de septiembre de 2022.

proveedores no están aprovechando los mismos para poder implementar un programa de cumplimiento normativo; la causa podría ser falta de conocimiento de los mismos o temor a una revisión exhaustiva de su información confidencial, o en realidad cualquier otro probable argumento. Lo que sí queda bastante claro es que el INDECOPI debería de informar a todos los proveedores a través de charlas, capacitaciones y/o folletos informativos todos los beneficios antes señalados, la voluntariedad del programa, el resguardo de la información que se le entregará y hasta el trabajo en conjunto con su apoyo técnico, a fin de generar tranquilidad y confianza en el proveedor y así puedan implementar mayores programas de cumplimiento en beneficio no solo del proveedor, sino del consumidor, pues el consumidor seguirá recibiendo un mejor servicio y se incrementarán las ventas del producto o servicios de cualquier proveedor.

BIBLIOGRAFÍA

- Arocena, Gustavo. "Criminal Compliance". En Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Perspectivas comparadas EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador, 25. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018.



IMPLEMENTANDO UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

**Autor: Alejandro Rafael
Morales Cáceres**

IMPLEMENTANDO UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Developing a Data Protection Compliance Program

Alejandro Rafael Morales Cáceres¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Sobre el Responsable y el Encargado del Tratamiento de Datos Personales
- III. Principios Rectores en materia de Protección de Datos Personales
- IV. La Gestión del Riesgo y la Evaluación de Impacto de Protección de Datos Personales
- V. Eximentes y Atenuantes de Responsabilidad en los Procedimientos Administrativos Sancionadores
- VI. Conclusiones

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad describir lo que debería tomar en consideración un "Responsable del Tratamiento de Datos Personales" al momento de implementar un programa de Compliance. Para ello se explican cuáles son los principios rectores, la gestión del riesgo y los beneficios, a fin de atenuar o evitar multas administrativas.

Palabras Clave: *Compliance, protección de datos personales, datos personales, privacidad, responsable del tratamiento, tratamiento de datos personales, infracciones, sanciones, prevención de riesgos.*

Abstract

The purpose of this article is to describe what a data controller should take into consideration when developing a compliance program. For that purpose, it explains the guiding principles, risk management and benefits in order to mitigate or avoid administrative fines.

Key words: *Compliance, data protection, personal data, privacy, data controller, personal data processing, infringement, sanctions, risk prevention.*

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Máster en Derecho de las TICs, Redes Sociales y Propiedad Intelectual por Esade Business & Law School por la ESADE Business & Law School, de Barcelona. Líder del área de Derecho y Nuevas Tecnologías de Torres y Torres Lara Abogados. Email: Alejandro.torres@tytl.com.pe

I. INTRODUCCIÓN

El *Compliance* de Protección de Datos Personales se puede definir como el conjunto de medidas internas (procedimientos, políticas, directrices, procesos y buenas prácticas) adoptadas por las organizaciones, a efecto de poder identificar y clasificar los riesgos operativos y legales en materia de datos personales a los que se enfrentan y, así poder establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos con el objetivo de garantizar el correcto tratamiento de los datos personales.

En efecto, los programas de *Compliance* de Protección de Datos Personales tienen por finalidad prevenir los riesgos asociados al incumplimiento de las normas de protección de datos personales, ya sea para evitar sufrir sanciones, multas, pérdidas económicas o un daño en la reputación, o para proteger cualquier afectación de los titulares de datos personales derivada de un uso indebido de sus datos personales. Estos programas también buscan promover una cultura de cumplimiento, ética y responsabilidad social empresarial a fin de que implementen prácticas que sean sostenibles en el tiempo.

La creciente preocupación sobre la privacidad de las personas y la seguridad de su información personal han llevado a que se promulgue a nivel mundial una serie de normas destinadas a hacer que las organizaciones sean más responsables en la administración de los datos personales que recopilan y procesan. Como disciplina especializada a nivel mundial, el Compliance de Protección de Datos Personales cada vez se consolida más en el sector privado peruano. La Ley N° 29733 – Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-2013-JUS (en adelante, RLPDP) son las normas más importantes en el ordenamiento jurídico peruano relativo a la protección de datos personales en Perú, pues en ellas se obliga a los responsables del tratamiento a cumplir con lo siguiente:

- Tratar los datos personales con una base legal que legitime el tratamiento de dicha información. Como regla general, se deberá solicitar un consentimiento libre, previo, expreso e informado.
- Cumplir con el deber de informar a la persona sobre cómo serán tratados sus datos personales. Esto se materializa en la elaboración de documentos informativos o políticas de privacidad.
- Utilizar los datos personales recopilados para las finalidades señaladas y usar la menor cantidad de información para dichos fines.
- Contar con procedimientos de recopilación de datos que respeten el principio de proporcionalidad.
- Redactar cláusulas contractuales en los contratos que impliquen una cesión de datos personales y tratamiento por encargo, que cumplan con los requisitos legales del deber de confidencialidad.
- Incorporar cláusulas de confidencialidad y de buen tratamiento de datos personales en los contratos con trabajadores.
- Garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de las personas.
- Implementar medidas de seguridad a nivel legal, organizativo y técnico.
- Inscribir los Bancos de Datos Personales y la realización de flujo transfronterizo ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

El incumplimiento de estas obligaciones puede conllevar a que la Autoridad sancione a los responsables del tratamiento con infracciones catalogadas en tres niveles: leves, graves y muy graves. Las primeras son sancionadas con multas que van desde las 0.5 a 5 UIT²; las segundas fluctúan entre las 5 a 50 UIT; las últimas varían entre 50 a 100 UIT. Cabe precisar que, a la fecha la Autoridad ha impuesto 3,231.34 UIT en multas, siendo los sectores más fiscalizados los de educación, salud, hotelero, telecomunicaciones, financiero y transporte. Asimismo, las denuncias de parte aumentaron en un 178% en comparación a años anteriores. De otro lado, INDECOPI ha sancionado a 44 empresas por enviar publicidad masiva (a través de call centers, mensajes de texto, whatsapp) sin el consentimiento de sus clientes, imponiendo 1,340.39 UITs en multas.

No cabe duda de que la implementación de estos programas de Compliance están vinculados al “principio de responsabilidad proactiva” o “*accountability*” que significa que el responsable del tratamiento de datos personales no solo debe ser capaz de cumplir con sus obligaciones legales sino que, además, debe ser capaz de demostrarlo. En tal sentido, las empresas deben ser diligentes frente a todos los tratamientos de datos personales, y a la obligación de implantar las medidas técnicas y organizativas adecuadas. Se debe incluir la protección de datos desde el diseño y por defecto, así como la gestión del riesgo y la evaluación de impacto para la protección de datos personales.

Si bien estos principios y prácticas no se encuentran reguladas en la Ley de Protección de Datos Personales peruana, consideramos que son esenciales para incorporar una verdadera cultura de cumplimiento dentro de la organización, y así anticiparse a aquellos tratamientos que eran impensables al momento de la promulgación de las normas y llevar a la práctica un verdadero cumplimiento. Las empresas deben entender que los datos personales no son mercancía y que tienen el poder de revelar aspectos muy íntimos de una persona. Si bien un mal manejo de los datos personales puede conllevar a la imposición de multas, lo que más le debería de preocupar a las empresas es que una incipiente cultura empresarial en el cuidado de datos personales traerá consigo una desventaja competitiva frente aquellas empresas que sí los resguardan, pues se disminuirá su credibilidad por parte de sus clientes.

El objetivo del presente artículo es explicar cómo debería ser diseñado un programa de Compliance en materia de protección de datos personales en el Perú.

II. SOBRE EL RESPONSABLE Y EL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

A fin de implementar un programa de cumplimiento, lo primero que debemos preguntarnos es quiénes están obligados a cumplir con esta normativa. Es en este escenario que surgen las figuras del “Responsable del Tratamiento” y el “Encargado del Tratamiento”.

2.1 Responsable del Tratamiento de Datos Personales

Al respecto, la LPDP y el RLPDP establecen obligaciones para quienes realicen tratamiento de datos personales. Al respecto, el artículo 2°, numeral 19 de la LPDP define al “tratamiento de datos personales” como: “*Cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o*

² El valor de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es de S/4,600 o US\$1,100.00 para el año 2022.

no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales".

Cabe indicar que el "tratamiento de datos personales" se divide en cinco momentos de gran importancia:

1. **Recopilación:** En esta fase se produce la obtención del dato por parte del responsable.
2. **Clasificación y Almacenamiento:** En esta fase se deben distinguir los datos generales de los datos sensibles a fin de decidir el tipo de almacenamiento y las medidas de seguridad que se deberán aplicar para cada uno de ellos. También se debe determinar si es imprescindible o no su inclusión para alcanzar la finalidad perseguida.
3. **Uso y Procesamiento:** En esta fase se debe determinar si existe o no una base legal para el tratamiento de dichos datos personales y en caso no exista, solicitar el consentimiento del titular de datos personales.
4. **Cesión o comunicación a terceras personas:** En esta fase se debe establecer si los datos personales deben ser transferidos a terceros dentro o fuera de territorio nacional y verificar cuáles son las medidas de seguridad que se le deben exigir a los receptores de dichos datos.
5. **Eliminación:** En esta fase se debe verificar cuál es el periodo de conservación de los datos personales y eliminarlos una vez que estos hayan dejado de ser necesarios para las finalidades perseguidas que dieron mérito a la recopilación de los mismos.

De otro lado, se entiende por "Responsable del Tratamiento" a aquella persona natural o jurídica o entidad pública que determina los fines y los medios de dicho tratamiento. Esto significa que un responsable del tratamiento establece el "*por qué*", el "*para qué*" y el "*cómo*" deberán tratarse los datos personales. En nuestra legislación, la LPDP y el RLPDP definen y establecen a los responsables del tratamiento de los datos personales:

- **Titular del Banco De Datos:** Persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad (artículo 2° numeral 17 de la LPDP).
- **Responsable del Tratamiento:** Es aquél que decide sobre el tratamiento de datos personales, aun cuando no se encuentren en un banco de datos personales (artículo 2° numeral 14 del RLPDP).

Se puede apreciar, por tanto, que la figura de “Responsable del Tratamiento” engloba al concepto de “Titular del Banco de Datos”, pues el primero es aquella persona que determina las finalidades y los medios, independientemente de la existencia de un banco de datos personales. Esto significa que todo “Titular del Banco de Datos” es un “Responsable del Tratamiento” pero no todo “Responsable del Tratamiento” es, necesariamente, un “Titular del Banco de Datos”. La relación es de género a especie.

Al respecto, debemos manifestar que identificar al “Titular del Banco de Datos” es una tarea sencilla puesto que esta figura no podría existir sin la presencia de un “banco de datos personales”, que se entiende como el *“conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso”* (artículo 2° numeral 1 de la LPDP). En términos sencillos, si no hay “Banco de Datos Personales” no hay “Titular del Banco de Datos”. En caso exista un “Banco de Datos” se deberá analizar si la persona natural, jurídica o entidad pública fijan las finalidades y medios para tratar los datos contenidos en dicho “banco de datos”.

En ese contexto, son ejemplos de “Titulares del Banco De Datos”, un hotel respecto a su banco de datos personales correspondiente a sus huéspedes, una universidad respecto a su banco de datos personales de estudiantes, un hospital respecto al banco de datos personales de sus pacientes, una aerolínea respecto al banco de datos personales de sus pasajeros, una entidad pública respecto a los bancos de datos personales de sus trabajadores.

De otro lado, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales a través de la Opinión Consultiva N° 034-2021-JUS/DGTAIPD en relación a una consulta sobre las obligaciones del responsable del tratamiento de datos personales señala que: *“un ejemplo de responsable de tratamiento de un dato que no se encuentre en un banco de datos personales, es una persona natural que decide la difusión o publicación de una imagen que identifica a una persona”*. La posición antes señalada se confirma mediante la Resolución Directoral N° 232-2017-JUS/DGTAIPD-DPDP y la Resolución Directoral N° 3418-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP, pues en ambos casos se sanciona a una persona natural que sin ser “Titular de un Banco” es considerado como “Responsable del Tratamiento”.

El Grupo del Artículo 29³, a través del Dictamen N° 1/2010 sobre los conceptos de “Responsable del Tratamiento” y “Encargado de Tratamiento” señala que la definición del “Responsable del Tratamiento” consta de tres elementos fundamentales que son los siguientes:

³ Órgano creado por la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo independiente integrado por las Autoridades de Protección de Datos de todos los Estados miembros, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y la Comisión Europea que realiza funciones de secretariado.

- “La persona física (natural) o jurídica, autoridad pública o cualquier otro organismo”;
- “que solo o conjuntamente con otros”;
- “determine las finalidades y los medios del tratamiento de datos personales”.

En primera instancia, resulta útil iniciar analizando el “*primer elemento*” del tercer componente a saber, el significado de la palabra “*determine*”. Al respecto, el mencionado Dictamen del Grupo del Artículo 29 señala que por “determinar”, se hace referencia a la persona “que decide” y esto va más allá de una determinación asignada por ley. Por tanto, es posible ser responsable del tratamiento independientemente de que se haya obtenido por ley la competencia o el mandato específico de controlar datos. Tal como señala el Dictamen referido:

(...) aun cuando la capacidad de «determinar» se derive de una atribución específica por ley, **tal capacidad procede por lo general de un análisis de los elementos de hecho o de las circunstancias del caso**: Se debe atender a las operaciones concretas del tratamiento en cuestión y ha de comprenderse quién las determina, **respondiendo en un primer momento a las preguntas: «por qué se produce este tratamiento?, ¿quién lo ha iniciado?»** (énfasis agregado)

Ser responsable del tratamiento es consecuencia, en primer lugar, de la circunstancia de hecho de que una persona ha decidido tratar datos personales para determinados fines. El concepto de responsable del tratamiento es un concepto funcional, destinado a asignar responsabilidades en función de la capacidad de influencia de hecho y, por tanto, está basado en un análisis de hecho más que formal. Esto significa que para ver quién es el “Responsable del Tratamiento” se debe verificar en los hechos quién fue la persona que fijó las finalidades del tratamiento. Entonces, ¿qué ocurriría en el caso que una ley o contrato designe a una persona como “Responsable de Tratamiento” y la realidad apunte a que ese sujeto no cuente con ese poder de determinación efectiva? El Grupo del Artículo 29 se decanta por primar la realidad sobre la previsión legal.

En segunda instancia, debemos analizar el “*tercer elemento*” de la definición esbozada por el Grupo del Artículo 29 pues representa la parte sustantiva de la prueba: lo que una parte debe determinar para que se la pueda considerar responsable del tratamiento. En otras palabras, debemos respondernos las siguientes preguntas: ¿Quién determina los fines y medios para el tratamiento de datos personales? La determinación de los fines nos llevará siempre a la identificación del “Responsable de Tratamiento”, ya que es claramente un elemento primordial del tratamiento. Por tanto, la determinación del “fin” del tratamiento es competencia del “Responsable de Tratamiento”. Es decir, quienquiera que tome esta decisión es (de *facto*) el Responsable del Tratamiento.

En tercera instancia, se debe analizar la vertiente personal, es decir, determinar quién puede ser “Responsable del Tratamiento” y, por tanto, considerado en última instancia responsable

de las obligaciones que emanan de la normativa en materia de protección de datos personales. Al respecto, la norma señala que pueden ser responsables personas naturales, jurídicas, autoridad pública o cualquier otro organismo. Este dictamen realiza un análisis sobre qué ocurre en aquellos casos en que una persona natural actúe por cuenta de una persona jurídica pero los desvíe de las finalidades determinadas:

Es necesario un análisis especial en los casos en que una persona física que actúe por cuenta de una persona jurídica utilice datos para sus propios fines, fuera del ámbito y del posible control de las actividades de la persona jurídica. **En este caso, la persona física en cuestión sería la responsable del tratamiento que hubiera decidido realizar y asumiría la responsabilidad sobre dicha utilización de los datos personales.** No obstante, el responsable del tratamiento original conservaría alguna responsabilidad en caso de que ese tratamiento adicional se produjera debido a la falta de medidas de seguridad adecuadas.

(...) Si una persona física que trabaja en una empresa u organismo público utiliza los datos para sus propios fines, al margen de las actividades de la empresa, dicha persona se considerará *de facto* el responsable del tratamiento y tendrá que responder como tal. (énfasis agregado)

Una última característica del concepto de “Responsable del Tratamiento” es su autonomía, en el sentido de que, aunque fuentes legales externas puedan ayudar a identificar quién es el responsable, dicho concepto debería interpretarse fundamentalmente con arreglo a la legislación sobre protección de datos y no utilizar conceptos de otras ramas del Derecho para hacerlo.

Por consiguiente, podemos concluir que solo será considerado “Responsable del Tratamiento” a aquella persona natural o jurídica o entidad pública que tenga el poder de decidir sobre para qué y cómo se van a tratar los datos personales. En tal sentido, si una persona no tiene incidencia o capacidad de decisión respecto a las fases del ciclo de tratamiento de los datos personales, no podrá ser considerado como “Responsable del Tratamiento” y se deberá determinar quién tuvo el poder de decisión sobre las finalidades para las que se destinan esos datos.

2.2 Encargado del Tratamiento

La LPDP define al “Encargado de Tratamiento de Datos Personales” como toda persona natural, persona jurídica de derecho privado o entidad pública que sola o actuando conjuntamente con otra, realiza el tratamiento de los datos personales por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el

mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento sin la existencia de un banco de datos personales (artículo 2° numeral 7 de la LPDP).

De la misma manera, el RLPDP establece que el “Encargado de Tratamiento” es quien realiza el tratamiento de los datos personales, pudiendo ser el propio titular del banco de datos personales o el encargado del banco de datos personales u otra persona por encargo del titular del banco de datos personales en virtud de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación. Incluye a quien realice el tratamiento de datos personales por orden del responsable del tratamiento cuando este se realice sin la existencia de un banco de datos personales (artículo 2° numeral 10 del RLPDP).

Al respecto, debemos manifestar que la existencia de un “Encargado de Tratamiento”, tal como se menciona en el Dictamen N° 1/2010, **depende de una decisión adoptada por el responsable del tratamiento**, que puede decidir que los datos se traten dentro de su organización, por ejemplo por personal autorizado para procesar datos bajo su autoridad directa, o delegar todas o una parte de las actividades de tratamiento en una organización externa, es decir en una persona jurídicamente distinta que actúa por su cuenta. En otras palabras, no puede existir un “Encargado de Tratamiento” sin que exista un “Encargo de Tratamiento”.

Por “Encargo de Tratamiento” se entiende toda entrega por parte del “Titular del Banco de Datos Personales” a un “Encargado de Tratamiento” de datos personales en virtud de una relación jurídica que los vincula. Dicha relación jurídica delimita el ámbito de actuación del encargado de tratamiento de los datos personales (artículo 2° numeral 8 de la LPDP).

Por lo tanto, para poder actuar como “Encargado de Tratamiento” tienen que darse dos cuestiones básicas: por una parte, **ser un sujeto de derecho independiente del responsable de tratamiento** y, por otra, **realizar el “Encargo de Tratamiento” por cuenta de éste**. La función de “Encargado del Tratamiento” no se deriva de la naturaleza de una persona en particular que trata datos, sino de sus actividades concretas en un contexto específico. En otras palabras, una misma persona puede actuar a la vez como “Responsable del Tratamiento” para determinadas operaciones de tratamiento y como “Encargado del Tratamiento” para otras, y la condición de “Responsable” o “Encargado” debe evaluarse para cada caso, tomando en consideración quién es la persona que tiene el poder de decisión sobre las finalidades de dicho tratamiento.

Conforme a lo señalado por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a través de la Opinión Consultiva N° 03-2022-JUS/DGPDP, *“para tener clara la diferencia entre el “responsable” o “titular del banco de datos personales” y el “encargado del tratamiento”, debemos tener en cuenta que **corresponde al titular del banco de datos o responsable del tratamiento decidir sobre la finalidad y los usos de la información, mientras que el encargado del tratamiento debe cumplir con las instrucciones de quien le encomienda un***

determinado servicio, respecto al correcto tratamiento de los datos personales a los que pueda tener acceso como consecuencia de la prestación de este servicio' (énfasis agregado).

Cabe señalar que, si un encargado desvía el "encargo" y trata los datos personales para fines distintos a los indicados por el "Responsable del Tratamiento", el "Encargado de Tratamiento" se convertirá automáticamente en el nuevo "Responsable del Tratamiento". Esta es la posición que reitera la Autoridad en diversas Opiniones Consultivas:

Oficio N° 341-2015-JUS/DGPDP	<i>"Si acaso el encargado realizara tratamientos ajenos al encargo, entonces se hará responsable por ellos, y estará también dentro del ámbito de aplicación de la LPDP".</i>
Oficio N° 141-2016-JUS/DGPDP	<i>"En el caso que el encargado realizara tratamientos ajenos al encargo, entonces se hará responsable por ellos".</i>
Oficio N°356-2017-JUS/DGPDP	<i>"El artículo 36° del Reglamento de la LPDP señala que el encargo solo se debe limitar a realizar los tratamientos que han sido encargados por el titular del banco de datos personales".</i>
Oficio N°167-2017-JUS/DGPDP	<i>"El encargado de tratamientos es quien va a realizar tratamientos de datos personales en nombre y por orden del titular del banco de datos personales, a raíz de una relación jurídica que los vincula.</i> <i>Cabe señalar que, el encargado de tratamiento de datos personales solo puede realizar los tratamientos señalados por el titular del banco de datos personales para las finalidades determinadas por este último. De realizar tratamientos distintos, el encargado de tratamiento se convertiría en titular del banco de datos personales creado para la realización de nuevos tratamientos".</i>
Opinión Consultiva N° 34-2021-JUS/DGPDP	<i>"El encargado de tratamiento no es responsable de tratamiento, puesto que no decide sobre el tratamiento que va a realizar sobre los datos, ya que dicha decisión corresponde al titular del banco de datos personales. Sin embargo, si el encargado realiza tratamientos que no son materia del encargo, es responsable por dichos tratamientos".</i>
Opinión Consultiva N° 02-2022-JUS/DGPDP	<i>"Cabe mencionar que el artículo 36 del RLPDP regula la prestación de servicios o tratamiento por encargo, estableciendo pautas sobre cómo se debe realizar el mismo, señalando que el encargo solo se debe de limitar a realizar los tratamientos que han sido encargados por el titular del banco de datos personales.</i>

	(...) <i>Por lo tanto, es claro que el encargado del banco de datos no puede realizar tratamiento con fines adicionales a dicho vínculo sin autorización del titular del banco de datos personales".</i>
--	--

Esta posición se refuerza aún más cuando el artículo 38° del RLPDP establece que el "Tercero subcontratado" por el "Encargado del Tratamiento" asumirá las obligaciones del "Responsable del Tratamiento" cuando: (i) Destine o utilice los datos personales con una finalidad distinta a la autorizada por el titular del banco de datos o responsable del tratamiento; o (ii) Efectúe una transferencia, incumpliendo las instrucciones del titular del banco de datos personales, aun cuando sea para la conservación de dichos datos.

Por tanto, resulta claro que la normativa de protección de datos personales está construida sobre la base de que el "Responsable del Tratamiento" es quien decide sobre los fines del tratamiento, independiente si en un primer momento tenía la calidad de "Encargado del Tratamiento". Un "Encargado del Tratamiento" que va más allá de su mandato y desempeña una función importante en la determinación de los fines del tratamiento actúa como responsable más que como encargado del tratamiento.

2.3 Medidas que el Responsable debe tomar para regular su relación con el Encargado

El responsable del tratamiento debe elegir un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes respecto a la implantación y el mantenimiento de las medidas técnicas y organizativas apropiadas, de acuerdo con lo establecido en la LPDP y que garantice la protección de los derechos de las personas afectadas. Existe, por tanto, un deber de diligencia en la elección del responsable.

La regulación de la relación entre el responsable y el encargado del tratamiento debería establecerse a través de un contrato o de un acto jurídico similar que los vincule, pudiendo constar por escrito o en formato electrónico. Este acuerdo debería contener como mínimo lo siguiente:

- a) **Las instrucciones del "Responsable del Tratamiento":** Se debe documentar de forma precisa las instrucciones respecto del encargo realizado. Es necesario identificar de forma clara y concreta cuáles son los tratamientos de datos a realizar por el "Encargado del Tratamiento", atendiendo al tipo de servicio prestado y a la forma de prestarlo. Debe quedar bastante claro cuál es el ámbito de tratamiento y las finalidades perseguidas, así como las prohibiciones. Es especialmente necesario determinar de forma clara las comunicaciones a terceros que el "Responsable" encomienda al "Encargado" o que se derivan del servicio prestado. La sujeción a las instrucciones del "Responsable" deberá producirse igualmente en el caso de las transferencias internacionales de datos que puedan producirse como consecuencia de la prestación del servicio.

La transferencia a un tercer país en ningún caso puede suponer una reducción del nivel de protección de las personas que establece la LPDP. Para la transferencia de datos a países que no garantizan un nivel de protección adecuado, el responsable deberá acreditar que el encargado del tratamiento está en disposición de ofrecer garantías adecuadas y, en todo caso, garantizar que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas.

- b) Deber de Confidencialidad:** Hay que establecer la forma en que el encargado del tratamiento garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se han comprometido, de forma expresa, a respetar la confidencialidad o, en su caso, si están sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria. El cumplimiento de esta obligación debe quedar documentado y a disposición del “Responsable del Tratamiento”.
- c) Medidas de Seguridad:** El acuerdo debe establecer la obligación del encargado de adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales. Corresponde al “Responsable del Tratamiento” realizar la evaluación de riesgos para determinar las medidas de seguridad apropiadas para garantizar la seguridad de la información tratada y los derechos de las personas afectadas. Asimismo, el “Encargado” también debe evaluar los posibles riesgos derivados del tratamiento, teniendo en cuenta los medios utilizados (tecnologías, recursos etc.) y otras circunstancias que puedan incidir en la seguridad.

Así, teniendo en cuenta el estado de la técnica, los costes de aplicación y la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de probabilidad y gravedad para los derechos y las libertades de los titulares de datos personales, tanto el “Responsable” como el “Encargado del tratamiento” establecerán las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar el nivel de seguridad adecuado al riesgo existente que, en su caso, incluyan, entre otros:

- i. Anonimizar y cifrar los datos personales.
- ii. Garantizar la confidencialidad, integridad, disponibilidad, así como contar con medidas de ciberseguridad.
- iii. Contar con la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida, en caso de incidente físico o técnico.
- iv. Informar con transparencia las subcontrataciones que involucren el tratamiento de los datos personales.
- v. Garantizar la supresión de los datos personales una vez que haya concluido el servicio prestado al responsable y que este último los haya podido recuperar.
- vi. Impedir el acceso a los datos personales a quienes no cuenten con privilegios de acceso, o bien en caso sea solicitada por la autoridad competente informar de ese hecho al responsable.
- vii. Tener sistemas de respaldos de información.
- viii. Contar con un plan de acción en caso se produzca un incidente de seguridad.
- ix. Generar y mantener registros que provean evidencia sobre las interacciones con los datos lógicos, incluyendo para los fines de la trazabilidad, la

información de cuentas de usuario con acceso al sistema, horas de inicio y cierre de sesión y acciones relevantes.

- x. Limitar el acceso a la información exclusivamente al personal autorizado.

d) Régimen de Subcontratación: El acuerdo debe establecer el régimen de subcontratación. El RLPDP exige la autorización previa por escrito del “Responsable del Tratamiento” para que el Encargado del Tratamiento pueda recurrir a otro encargado (tercero subcontratado) para desarrollar el servicio encomendado, cuando esto conlleve el tratamiento de los datos personales por parte de un tercero. En caso ya se tenga determinado al subcontratista, se recomienda señalar quién es en el acuerdo que se firme.

El subcontratista debe estar sujeto a las mismas condiciones (instrucciones, obligaciones, medidas de seguridad) y en la misma forma (acuerdo por escrito o acto jurídico vinculante) que el Encargado del Tratamiento en lo referente al adecuado tratamiento de los datos personales y a la garantía de los derechos de las personas afectadas. En caso de incumplimiento por el subcontratista, el “Encargado del Tratamiento” seguirá siendo plenamente responsable ante el “Responsable del Tratamiento” en lo referente al cumplimiento de las obligaciones del subcontratista.

e) Derechos de los titulares de datos personales: Hay que establecer la forma en la que el “Encargado del Tratamiento” asistirá al “Responsable” en el cumplimiento de la obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

El acuerdo deberá establecer de forma clara si corresponde al “Encargado del Tratamiento” atender y dar respuesta a las solicitudes de estos derechos o bien establecer expresamente que su única obligación es comunicar al “Responsable del Tratamiento” que se ha ejercido un derecho. En el primer supuesto, el acuerdo debe establecer la forma y los plazos para atender o, en su caso, dar respuesta a las solicitudes de ejercicio de derechos. En el segundo supuesto, debe establecerse la forma y el plazo en que la solicitud y, en su caso, la información correspondiente al ejercicio del derecho se debe comunicar al responsable del tratamiento.

f) La colaboración en el cumplimiento de las obligaciones del “Responsable del Tratamiento”: Se debe establecer la forma en que el “Encargado” ayudará al “Responsable” a garantizar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la aplicación de las medidas de seguridad que correspondan, la notificación de violaciones de datos a la Autoridad Nacional de Protección de Datos, la comunicación de violaciones de datos a los titulares de datos personales, la realización de las evaluaciones de impacto relativa a la protección de datos y la ayuda para brindar información o aclarar algún suceso ante cualquier fiscalización realizada por parte de la Autoridad.

g) El destino de los datos al finalizar la relación contractual: Hay que prever si, una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, el “Encargado del Tratamiento” debe proceder a la supresión o a la devolución de los datos personales y de cualquier copia existente, ya sea al responsable o a otro encargado designado por el responsable. El acuerdo debe establecer de forma clara cuál de las dos

opciones es la elegida por el “Responsable”, así como la forma y el plazo en que debe cumplirse.

III. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La LPDP contiene un conjunto de principios rectores que deben ser observados y cumplidos por los “Responsables” y “Encargados del Tratamiento”. En tal sentido, a fin de implementar un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales, es indispensable que se identifique cómo es que un determinado tratamiento puede vulnerar alguno de los principios esbozados a continuación:

3.1 Principio de Legalidad

El artículo 4° de la LPDP establece que: *“El tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”*. En ese sentido, el principio de legalidad implica que el tratamiento de datos personales debe contar con una base legítima que justifique dicho tratamiento, ya sea a través del consentimiento del titular de datos personales (artículo 13° LPDP) o sobre otra base legítima establecida conforme a Derecho (artículo 14° LPDP). Es decir, todo tratamiento de datos personales, para ser lícito, requiere de una base o condición de legitimación del tratamiento.

Este principio significa que los datos deben tratarse de una manera que respete el Estado de derecho y que satisfaga un fundamento legal. Es decir, que cuente con una justificación para tratar los datos personales. Por tanto, el tratamiento de datos personales no podrá realizarse por medios que sean contrarios a la LPDP, su reglamento, así como al ordenamiento jurídico en general, ya sean normas legales o reglamentarias escritas, principios generales del derecho, y cualquier otra fuente normativa vigente en el Perú en el que se establezcan disposiciones especiales respecto del tratamiento de datos personales.

En nuestra legislación existen las siguientes bases legales para llevar a cabo el tratamiento de datos personales:

- a) Consentimiento del titular.
- b) Cuando sean tratados por entidades públicas en el ámbito de sus funciones.
- c) Cuando se traten datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público.
- d) Cuando una Central Privada de Información de Riesgos trate de datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito, conforme a la Ley N° 27489.
- e) Cuando sea necesario para llevar a cabo una relación contractual.
- f) Cuando por cuestiones de salud, un centro autorizado trate datos en una circunstancia de riesgo para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular.
- g) Cuando medien razones de interés público o por razones de salud pública que deben ser calificadas como tal por el Ministerio de Salud.
- h) Cuando se hubiese aplicado un procedimiento de anonimización o disociación.
- i) Cuando el tratamiento sea efectuado por organismos sin fines de lucro cuya finalidad sea política, religiosa o sindical y se refiera a los datos personales

recopilados de sus respectivos miembros, los que deben guardar relación con el propósito a que se circunscriben sus actividades, no pudiendo ser transferidos sin consentimiento de aquellos.

- j) Cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para salvaguardar intereses legítimos del titular de datos personales.
- k) Cuando el tratamiento sea para fines vinculados al sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo u otros que respondan a un mandato legal.
- l) Cuando el tratamiento se realiza en ejercicio constitucionalmente válido del derecho fundamental a la libertad de información.
- m) Cuando se derive de un mandato legal.

De otro lado, este principio exige que el “Responsable del Tratamiento” sea diligente al momento de contratar terceros que proporcionen datos personales, pues se prohíbe la obtención de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. Esto significa que cuando un “Responsable del Tratamiento” recopile datos a través de terceros debe asegurarse que estos cuenten con una base legal para tratar dichos datos personales.

Una de las disposiciones generales sobre el tratamiento de datos personales del artículo 13° de la LPDP, hace referencia al tratamiento que se realiza sobre la información relativa a infracciones penales, administrativas, así como los antecedentes al respecto, según se cita a continuación:

Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

(...)

13.8 El tratamiento de datos personales relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas solo puede ser efectuado por las entidades públicas competentes, salvo convenio de encargo de gestión conforme a la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces. Cuando se haya producido la cancelación de los antecedentes penales, judiciales, policiales y administrativos, estos datos no pueden ser suministrados salvo que sean requeridos por el Poder Judicial o el Ministerio Público, conforme a ley.

No cabe duda que esta disposición se encuentra alineada con el principio de legalidad, pues esta prohibición busca evitar que a través del tratamiento de los datos personales de tal índole, realizado por entidades que no desempeñen ninguna función pública que los requiera, se configure una situación perjudicial para los titulares que está prohibida por el ordenamiento jurídico: Ser tratados como reos o culpables cuando no haya una decisión judicial que determine tal culpabilidad o ni siquiera una investigación penal en curso para dilucidar tal carácter; situación que, sin conllevar la restricción de libertad del titular de tales datos, le puede producir efectos perniciosos, como por ejemplo, actos de discriminación, el recorte de oportunidades de trabajo o la difusión de información inexacta sobre sus antecedentes.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogado como una infracción muy grave tipificada en el literal b) del numeral 3 del artículo 132 del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 3 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 50 UIT hasta las 100 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de legalidad haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿He identificado la base legal que justifique cada tratamiento de datos personales?
- ¿Cuento con el medio probatorio para acreditar que estoy realizando el tratamiento de datos personales con una base legal?
- ¿He seleccionado de forma diligente a mi proveedor? ¿He verificado que haya registrado sus bancos de datos personales ante la Autoridad? ¿He constatado si ha sido sancionado?
- En caso me proporcione los datos personales de un tercero, ¿he constatado que cuenta con una base legal?

3.2 Principio de Consentimiento

El artículo 5° de la LPDP establece que para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular. Este principio implica que para el tratamiento de los datos personales debe mediar la autorización otorgada por su titular. En ese mismo sentido, el numeral quinto del artículo 13° de la LPDP establece:

Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

(...)

13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco.

Por su parte, el artículo 12° del RLPDP establece los presupuestos bajo los cuales se otorga válidamente el consentimiento para el tratamiento de los datos personales:

Artículo 12.- Características del consentimiento.

Además de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley y en el artículo precedente del presente reglamento, la obtención del consentimiento debe ser:

- 1. Libre:** *Sin que medie error, mala fe, violencia o dolo que puedan afectar la manifestación de voluntad del titular de los datos personales.*

La entrega de obsequios o el otorgamiento de beneficios al titular de los datos personales con ocasión de su consentimiento no afectan la condición de libertad que tiene para otorgarlo, salvo en el caso de menores de edad, en los supuestos en que se admite su consentimiento, en que no se considerará libre el consentimiento otorgado mediando obsequios o beneficios.

El condicionamiento de la prestación de un servicio, o la advertencia o amenaza de denegar el acceso a beneficios o servicios que normalmente son de acceso no restringido, sí afecta la libertad de quien otorga consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, si los datos solicitados no son indispensables para la prestación de los beneficios o servicios.

2. **Previo:** *Con anterioridad a la recopilación de los datos o en su caso, anterior al tratamiento distinto a aquel por el cual ya se recopilaron.*
3. **Expreso e Inequívoco:** *Cuando el consentimiento haya sido manifestado en condiciones que no admitan dudas de su otorgamiento.*

Se considera que el consentimiento expreso se otorgó verbalmente cuando el titular lo exterioriza oralmente de manera presencial o mediante el uso de cualquier tecnología que permita la interlocución oral.

Se considera consentimiento escrito a aquél que otorga el titular mediante un documento con su firma autógrafa, huella dactilar o cualquier otro mecanismo autorizado por el ordenamiento jurídico que queda o pueda ser impreso en una superficie de papel o similar.

La condición de expreso no se limita a la manifestación verbal o escrita.

En sentido restrictivo y siempre de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7 del presente reglamento, se considerará consentimiento expreso a aquel que se manifieste mediante la conducta del titular que evidencie que ha consentido inequívocamente, dado que de lo contrario su conducta, necesariamente, hubiera sido otra.

Tratándose del entorno digital, también se considera expresa la manifestación consistente en “hacer clic”, “clickear” o “pinchar”, “dar un toque”, “touch” o “pad” u otros similares.

En este contexto el consentimiento escrito podrá otorgarse mediante firma electrónica, mediante escritura que quede grabada, de forma tal que pueda ser leída e impresa, o que por cualquier otro mecanismo o procedimiento establecido permita identificar al titular y recabar su consentimiento, a través de texto escrito. También podrá otorgarse mediante texto preestablecido, fácilmente visible, legible y en lenguaje sencillo, que el titular pueda hacer suyo, o no, mediante una respuesta escrita, gráfica o mediante clic o pinchado.

La sola conducta de expresar voluntad en cualquiera de las formas reguladas en el presente numeral no elimina, ni da por cumplidos,

los otros requisitos del consentimiento referidos a la libertad, oportunidad e información.

4. Informado: *Cuando al titular de los datos personales se le comunique clara, expresa e indubitadamente, con lenguaje sencillo, cuando menos de lo siguiente:*

- a) La identidad y domicilio o dirección del titular del banco de datos personales o del responsable del tratamiento al que puede dirigirse para revocar el consentimiento o ejercer sus derechos.*
- b) La finalidad o finalidades del tratamiento a las que sus datos serán sometidos.*
- c) La identidad de los que son o pueden ser sus destinatarios, de ser el caso.*
- d) La existencia del banco de datos personales en que se almacenarán, cuando corresponda.*
- e) El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, cuando sea el caso.*
- f) Las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo.*
- g) En su caso, la transferencia nacional e internacional de datos que se efectúen.*

En consecuencia, la regla general contenida en la LPDP es que para el tratamiento de los datos personales se deberá contar con el consentimiento y la autorización previa y expresa del titular de los mismos. El RLPDP, en su artículo 16°, contempla la posibilidad de que el titular de los datos personales pueda revocar el consentimiento que otorgó para el tratamiento de sus datos, sin que para ello requiera expresión de causa. Esta revocación no surtirá efectos retroactivos.

Tratándose de datos personales sensibles, el RLPDP precisa, en su artículo 14°, que el consentimiento deberá ser otorgado por escrito a través de la firma manuscrita, firma digital o cualquier otro mecanismo de autenticación que garantice la voluntad inequívoca del titular. Cabe indicar que en todos los casos la carga de la prueba recaerá en el “Responsable del Tratamiento”.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogado como una infracción grave tipificada en el literal b) del numeral 2 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 5 UIT hasta las 50 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de consentimiento haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿He identificado los tratamientos de datos personales que requieren recabar el consentimiento del titular?

- ¿Los formularios que empleo para recabar el consentimiento no condicionan de modo alguno la libertad para consentir con el tratamiento?
- ¿Los consentimientos cumplen con el carácter de informado?
- ¿Qué mecanismos he implementado dentro de la organización para poder diferenciar a aquellos clientes que otorgaron el consentimiento y aquellos que no?
- ¿Ante una fiscalización podría acreditar que he recabado el consentimiento de los titulares de forma válida?

3.3 Principio de Finalidad

El artículo 6° de la LPDP establece que: *"Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización"*.

En tal sentido, los datos personales sometidos a tratamiento deben ser recopilados para fines explícitos, especificados y legítimos, y no deben ser tratados de alguna manera incompatible con dichos fines. Por tanto, todo tratamiento ulterior debe ser compatible con los fines iniciales (es decir, el punto de recogida). En esencia, esto significa que no es aceptable declarar que se necesitan los datos de una persona para una finalidad, y luego utilizarlos para otra sin notificarlo ni contar con una justificación.

La finalidad del tratamiento y el uso propuesto de los datos deben definirse y explicarse claramente a los titulares de datos personales. Si los datos van a utilizarse para una finalidad diferente a la original, entonces se deberá informar de ello adecuadamente al titular, junto con identificar una condición jurídica para dicho tratamiento. Es posible que esto requiera obtener un consentimiento adicional. Es particularmente importante que los datos personales sensibles no sean tratados para fines diferentes a los establecidos originalmente.

Este principio es importante pues si no se establecen limitaciones claras en el punto de recogida en lo relativo a los usos de los datos, estos podrían usarse para otros objetivos a lo largo de su ciclo de vida, lo que tendría consecuencias perjudiciales para las personas y daría lugar a abusos.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogada como una infracción grave tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 5 UIT hasta las 50 UIT.

Por consiguiente, un "Responsable del Tratamiento" que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de finalidad haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿Qué procedimientos tengo para evitar que mis colaboradores/proveedores utilicen los datos de mis clientes/trabajadores para otros fines ulteriores?
- ¿Cuento con tecnología que me permite claramente establecer para qué fines mis clientes me han dado su consentimiento?

3.4 Principio de Proporcionalidad

El artículo 7° de la LPDP establece que: *“Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados”*. Esto significa que los datos personales sometidos a tratamiento deberán ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Es decir, la finalidad o finalidades del tratamiento determina si los datos personales que se traten son los estrictamente necesarios, debiendo asegurarse el “Responsable” de que así sea.

La minimización de datos, tal como se conoce este principio en Europa, es un concepto clave en la protección de datos, tanto desde la perspectiva de los derechos de una persona como de la seguridad de la información. La legislación debe estipular con claridad que únicamente se tratarán los datos necesarios y pertinentes al fin declarado. Cualquier excepción a esta estipulación debe ser muy limitada y definirse con suma claridad.

Para respetar este principio, el “Responsable del Tratamiento” debe observar la necesidad del tratamiento. En tal sentido, el “Responsable” debe garantizar que el alcance de la recogida de datos no sea mayor al necesario, en función de los fines para los que se usarán dichos datos. La prueba debe ser la utilización del método menos intrusivo para alcanzar una meta legítima. Asimismo, debe verificar la relevancia en el tratamiento, es decir, todos los datos tratados deben ser pertinentes a los fines establecidos.

Este principio requiere que quienes estén a cargo del tratamiento de los datos consideren cuál sería la cantidad mínima de datos necesarios para lograr un fin. Los encargados del tratamiento deberán conservar dicha cantidad y no una cantidad mayor: no es aceptable recoger información adicional alegando que podría ser útil posteriormente, o porque no se ha considerado si será necesaria en un escenario específico.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogado como una infracción leve, para el caso de datos generales, tipificado en el literal b del numeral 1 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 0.5 UIT hasta las 5 UIT. Sin embargo, para el caso de datos sensibles, infringir con este principio está catalogado como una infracción grave tipificada en el literal d) del numeral 2 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 5 UIT hasta las 50 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de proporcionalidad haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el procedimiento para utilizar la menor cantidad de datos personales posible?
- ¿Qué mecanismos cuento para eliminar aquellos datos personales que son desproporcionales a las finalidades?
- ¿Ante una fiscalización, cómo acreditarías que el tratamiento de datos no excede la finalidad para la que fueron recopilados?

3.5 Principio de Calidad

El artículo 8° de la LPDP establece que: *"Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento"*.

Los datos personales deben ser exactos durante todo el proceso de tratamiento, y se deben tomar medidas razonables para garantizar que así sea. Esto incluye los siguientes elementos:

- Exactitud: Todos los datos tratados deben ser exactos durante todo su ciclo de vida.
- Integridad: Todas las categorías de datos deben ser lo más completas que sea posible, para que la omisión de datos relevantes no lleve a inferir información diferente a la que pueda ser obtenida si los datos estuviesen completos.
- Actualización: Se deberán actualizar todos los datos conservados que puedan ser sometidos a un tratamiento adicional, en conformidad con las disposiciones contempladas en la legislación de protección de datos.
- Limitación: Los datos personales podrán ser tratados (y conservados) únicamente durante el periodo requerido para el fin por el que se recogieron y conservaron.

Por tanto, este principio dicta que los datos personales deben ser exactos y, si es necesario, actualizados. Han de adoptarse todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan. Este principio está vinculado con el derecho de rectificación del interesado y es también parte esencial del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, ya que toda persona tiene derecho a obtener la rectificación de sus datos personales.

La importancia de este principio radica en que, con mayor frecuencia, los procesos de toma de decisiones y elaboración de políticas dependen de los datos. Sin embargo, si los datos no son exactos y no están actualizados, existe un alto riesgo de que el resultado del proceso de toma de decisiones también sea inexacto. En los casos más graves, esto podría dar lugar a la decisión de no otorgar a una persona el acceso a servicios públicos o programas de bienestar, o que no se le permita acceder a préstamos.

Asimismo, es importante señalar que el principio de calidad engloba lo que en Europa se conoce como "limitación de conservación", que implica que los datos personales deben conservarse únicamente durante el periodo requerido por el fin para el que se recogieron y almacenaron. Esto reforzará y clarificará la obligación de eliminar los datos al final de su tratamiento. El hecho de que el responsable del tratamiento de los datos podría encontrar otro uso para ellos no justifica una conservación indefinida o generalizada. El tiempo necesario que se deben conservar los datos dependerá del contexto. Sin embargo, deben existir al respecto otras obligaciones legislativas y orientaciones regulatorias. Para que las personas sean informadas de manera leal sobre el tratamiento de sus datos, es obligatorio comunicarles también cuánto tiempo se conservarán dichos datos. Por lo tanto, es

imperativo que la legislación incentive a los “Responsables del Tratamiento” a implementar el principio de calidad, reduciendo así la recogida de información y evitando su conservación por más tiempo del necesario.

Por tanto, los “Responsables del Tratamiento” deben establecer cronogramas de conservación que especifiquen los periodos que deben retenerse todos los datos que poseen. Estos cronogramas deben revisarse de manera periódica. Después del tiempo necesario, los datos personales deben eliminarse de manera segura. Si se retienen los datos de forma anonimizada por un tiempo mayor al periodo de conservación, se deben considerar atentamente las implicancias y consecuencias para la privacidad de los titulares.

Incluso si los datos han sido tratados de manera leal, lícita y transparente, y respetando los principios de limitación de finalidad, minimización y exactitud, es esencial garantizar que no se conservarán durante más tiempo del requerido por el fin para el que se han recogido.

Es importante señalar que, infringir este principio está catalogado como una infracción leve, y se encuentra tipificado tanto en el literal c (respecto a la exactitud) y d (respecto al plazo de conservación) del numeral 1 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 0.5 UIT hasta las 5 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de calidad haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿Qué procedimientos he implementado para asegurar que los datos recopilados son exactos?
- ¿Cada cuánto realizo campañas de actualización de datos?
- ¿He identificado los plazos de conservación de los datos personales para cada tratamiento?

3.6 Principio de Seguridad

El artículo 9° de la LPDP establece que: *“El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate”*.

El principio de seguridad establece dos tipos de objetivos de la adopción de medidas técnicas, organizativas y legales de seguridad: El objetivo general, que es la garantía de la seguridad de los datos personales, y el objetivo específico, que es la adopción de medidas a través de las cuales se concreta tal garantía, dirigidas a evitar la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado a la información custodiada.

Los datos personales deben estar protegidos mediante salvaguardas de seguridad razonables contra riesgos como pérdidas o acceso no autorizado, destrucción, uso, modificación o divulgación. Cada parte deberá garantizar que el responsable del tratamiento y, si correspondiera, el encargado, adopte las medidas de seguridad adecuadas para

salvaguardar la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales objeto de tratamiento.

Para ello es importante implementar medidas técnicas, organizativas y legales de seguridad:

- **Medidas Técnicas:** Son aquellas que aplicamos sobre los propios sistemas de información, las más habituales suelen ser: (i) Instalación de antivirus, sistemas EDR, seguridad Endpoint, firewalls o cualquier solución de seguridad que proteja los equipos y dispositivos y la red interna de la empresa; (ii) Actualización constante del sistema operativo; (iii) Cifrado de bases de datos, discos duros y memorias USB; (iv) Realizar copias de seguridad de forma periódica; (v) Gestión del borrado y destrucción de archivos y unidades externas de memoria; (vi) Gestión centralizada de controles de acceso y contraseñas.
- **Medidas Organizativas:** Son aquellas que engloban las políticas y procedimientos aprobados por la dirección de la empresa para concientizar y formar a los empleados en materia de seguridad de la información. Las más habituales son: (i) Política de Gestión de Acceso; (ii) Política de Gestión de Privilegios; (iii) Política de Backups; (iv) Política de Contraseñas; (v) Política de Gestión de Incidencias; (vi) Política de Traslado de información; (vii) Política de Eliminación de Información.
- **Medidas Legales:** Son aquellas que a través de cláusulas contractuales buscan salvaguardar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos personales. Las cláusulas más habituales son las de confidencialidad y tratamiento de datos personales.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogado como una infracción leve, para el caso de datos generales, tipificado en el literal a del numeral 1 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 0.5 UIT hasta las 5 UIT. Sin embargo, para el caso de datos sensibles, infringir con este principio está catalogado como una infracción grave tipificada en el literal c) del numeral 2 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 5 UIT hasta las 50 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de seguridad haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿Qué medidas técnicas, legales y organizativas ha implementado la organización?
- ¿Los contratos cuentan con cláusulas de confidencialidad y de protección de datos personales? ¿Se delimita los tratamientos que se pueden realizar?
- ¿Se cuentan con políticas de backup, de control de accesos, gestión de privilegios, gestión de incidencias, contraseñas, transferencia de información, eliminación de información?
- ¿Cómo acreditas que tu sistema garantiza la disponibilidad, confidencialidad e integridad de los datos personales?

3.7 Principio de Nivel de Protección Adecuado

El artículo 11° de la LPDP establece que: *"Para el flujo transfronterizo de datos personales, se debe garantizar un nivel suficiente de protección para los datos personales que se vayan a tratar o, por lo menos, equiparable a lo previsto por esta Ley o por los estándares internacionales en la materia"*. Tanto la LPDP y el RLPDP definen al flujo transfronterizo como a la transferencia internacional de datos personales a un destinatario situado en un país distinto al país de origen de los datos personales, sin importar el soporte en que estos se encuentren, los medios por los que se efectuó la transferencia ni el tratamiento que reciban.

Al respecto, para garantizar el derecho a la protección de los datos personales, la normativa en mención establece que los sujetos que realizan tratamiento de datos personales deben cumplir con diversas obligaciones. En tal sentido, el artículo 15° señala que el "Responsable" y el "Encargado" deben realizar el flujo transfronterizo de datos personales solo si el país destinatario mantiene niveles de protección adecuados conforme a la presente Ley.

Cabe preguntarse, entonces, qué se entiende por país con un nivel de protección adecuado. La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales a través de la Opinión Consultiva N° 43-2021-JUS/DGPDP considera que un país cuenta con un nivel adecuado de protección de datos cuando, a título enunciativo, mas no limitativo, cuando un país cuenta con: (i) regulación en materia de derecho de protección de datos personales y, especialmente, sobre transferencia internacional de datos o flujo transfronterizo; (ii) procedimientos y medios mediante los cuales el titular de datos pueda ejercer sus derechos «ARCO» (acceso, rectificación, cancelación y oposición); (iii) un régimen de responsabilidades, obligaciones y deberes para los responsables de datos, así como el tratamiento de datos a través de un tercero o mandatario en representación o por encargo del responsable; (iv) un régimen sancionador a efectos de garantizar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de datos personales; y, (v) una agencia de protección de datos personales, con independencia técnica y que cuente con potestad sancionadora y de tutela del derecho, cuya misión es velar por el cumplimiento de las disposiciones de la materia.

En caso se transfiera datos personales a países con un nivel país destinatario no cuente con un nivel de protección adecuado, el emisor del flujo transfronterizo de datos personales debe garantizar que el tratamiento de los datos personales se efectúe conforme a lo dispuesto por la LPDP.

De igual manera, el artículo 24° del RLPDP establece que los flujos transfronterizos de datos personales serán posibles cuando el receptor o importador de los datos personales asuma las mismas obligaciones que corresponden al titular del banco de datos personales o responsable del tratamiento que como emisor o exportador transfirió los datos personales. Asimismo, el artículo 25° del RLPDP indica que el emisor o exportador podrá valerse de cláusulas contractuales u otros instrumentos jurídicos en los que se establezcan cuando menos las mismas obligaciones a las que se encuentra sujeto, así como las condiciones en las que el titular consintió el tratamiento de sus datos personales.

De otro lado, ¿es necesario el consentimiento para el flujo transfronterizo de datos personales? La transferencia internacional de datos, denominada flujo transfronterizo, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 2° de la LPDP es un tratamiento de datos personales,

por lo que se requiere contar con una base legal para el tratamiento. Esto significa que se debe analizar si existe una base legal que legitime dicha transferencia (artículo 14° LPDP). En caso no exista esa base legal, será necesario contar con el consentimiento del titular de datos.

Es importante señalar que, infringir con este principio está catalogado como una infracción leve, para el caso de datos generales, tipificado en el literal e del numeral 1 del artículo 132° del Reglamento de la LPDP, a la cual, de acuerdo con lo establecido en el inciso 1 del artículo 39° de la LPDP, corresponde una multa desde más de 0.5 UIT hasta las 5 UIT.

Por consiguiente, un “Responsable del Tratamiento” que busca implementar un programa de Compliance deberá respetar el principio de nivel de protección adecuado haciéndose las siguientes preguntas:

- ¿El país destinatario de los datos personales transfronterizos mantiene niveles de protección adecuados?
- Si la respuesta fue NO, ¿Cómo garantizas que el tratamiento de datos personales se efectúe con medidas de protección adecuadas?
- ¿Ante una fiscalización cómo acreditarías que has implementado medidas de protección suficientes para el flujo transfronterizo de datos personales? ¿Se cuenta con algún contrato?

3.8 Principio de *Privacy by Design*

El principio de “*privacy by design*” o “privacidad desde el diseño” es un principio que es recogido en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea el cual se puede aplicar a nuestro ordenamiento en virtud de lo señalado en el artículo 12° de la LPDP que establece que la relación de principios rectores contenidos en dicha norma es de carácter enunciativa. El principio de “*privacy by design*” determina que antes de poner en marcha un producto o servicio se debe tener en cuenta el impacto de este, respecto a la privacidad de las personas. Esto supone una reflexión con carácter preventivo en relación a la finalidad de lo que se va a construir y las consecuencias posibles que pudiera tener para la privacidad del usuario. Se basa en medidas proactivas, es decir, previene y anticipa problemas de privacidad antes de que ocurran⁴.

En otros términos, el “*privacy by design*” no espera a que los riesgos se materialicen. La clave de este principio es que un producto o servicio desarrollado bajo este concepto, no requiere ninguna acción por parte del usuario para proteger su privacidad. Aunque la persona no realice ninguna acción la privacidad se mantiene intacta, ya que se encuentra predeterminada. Los datos personales deben estar automáticamente protegidos en cualquier sistema tecnológico. Esto supone una reflexión con carácter preventivo en

⁴ MORALES CÁCERES, Alejandro. “El Uso de Drones: Un verdadero reto para la protección de datos personales”. Recuperado de: <https://thecryptolegal.com/el-uso-de-drones-un-verdadero-reto-a-la-proteccion-de-datos-personales/>

relación a la finalidad de lo que se va a construir y las consecuencias posibles que pudiera tener para la privacidad del usuario.

Este principio se basa en una serie de directrices⁵:

- **La visión de la privacidad es proactiva y no reactiva:** Las actuaciones en materia de privacidad o protección de datos por parte de las empresas no deben responder a fallos o errores, ni tener un carácter correctivo. Al contrario, las medidas se deben aplicar de forma proactiva, de manera que se puedan prever y anticipar aquellos eventos que podrían poner en riesgo la privacidad de los usuarios. Para ello es necesario llevar a cabo una monitorización constante, analizar los riesgos, implementar medidas correctivas y tomar precauciones para que las situaciones de riesgo no se vuelvan a producir.
- **La privacidad es la configuración determinada y por defecto:** La privacidad ha de formar parte de la estructura básica de los productos o servicios ofrecidos. Es decir, se trata de considerar la protección de datos de los usuarios como una parte fundamental desde la creación de dichos productos o servicios, y no como un agregado o un elemento secundario.
- **Seguridad a lo largo del ciclo de vida del dato personal:** Se basa en el concepto de la seguridad de punto a punto. Esto significa que la protección a la privacidad del usuario ha de extenderse durante todo el período de tratamiento de datos, desde su recogida hasta su destrucción. Los datos nunca han de mantenerse en bases de datos no usadas o en dispositivos antiguos, ni tampoco se permitirá el acceso de terceros a dicha información sin consentimiento.
- **Transparencia:** El usuario tiene derecho a ser informado en todo momento acerca de la información que se recoge sobre él, durante cuanto tiempo se va a conservar, la finalidad del tratamiento o si la información se va a ceder a terceros. En este sentido, el usuario también tiene derecho a recurrir a entidades independientes para la elaboración de auditorías que confirmen que sus datos están siendo tratados de acuerdo a la normativa y que su información está debidamente protegida.

En consecuencia, cualquier organización que cuente con un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales y cuenta o piensa desarrollar un programa tecnológico, deberá tomar en consideración este principio.

3.9 Principio de Responsabilidad Proactiva

El principio de *accountability* o responsabilidad proactiva es un concepto nuevo que introdujo el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales. Hace referencia a que el responsable del tratamiento de datos debe cumplir con lo establecido en dicho reglamento y, además, ser capaz de demostrarlo. En buena cuenta significa que la entidad

⁵ Agencia Española de Protección de Datos Personales. "Guía de Privacidad desde el Diseño". Recuperado de: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/guia-privacidad-desde-diseno.pdf>

que realiza el tratamiento de los datos personales, ya sea en su calidad de “Responsable” o de “Encargado”, debe dar cuenta del cumplimiento de los estándares y de tomar las medidas necesarias para dar efecto a las disposiciones previstas en la legislación de protección de datos. En otros términos, deben ser capaces de demostrar cómo cumplen con la legislación de protección de datos, incluidos los principios, sus obligaciones y los derechos de las personas⁶.

No cabe duda de que este principio es la columna vertebral en la implementación de un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales, pues engloba todos los principios anteriormente explicados y exige a quienes realizan el tratamiento de datos de personas asumir la responsabilidad de demostrar el cumplimiento de sus obligaciones. En la práctica, esto significa que quienes están a cargo del tratamiento deben demostrar más transparencia y proactividad en la manera en que manipulan los datos, de conformidad con sus obligaciones. Deben ser capaces de explicar, demostrar y probar que respetan la privacidad de las personas, tanto ante las entidades reguladoras como ante las personas⁷.

A fin de que este principio no quede como una palabra carente de valor es importante que exista un compromiso real dentro de la organización de implementar un programa de cumplimiento, ya que no es suficiente demostrar la adopción de políticas y procedimientos tendientes a cumplir con las normas de protección de datos personales. Poco o nada sirve contar con una política de protección de datos personales que nadie lea o peor aún que nadie sepa que existe. Por tanto, la primera medida para que este principio se cumpla es que se requiere contar con el compromiso de la alta dirección y/o gerencia a fin de generar una cultura organizacional de respeto a la protección de datos personales.

Para lograr estos objetivos, la alta dirección debe designar a la persona o al área que asumirá la función de oficial de cumplimiento; aprobar y monitorear las políticas de protección de datos personales dentro de la organización; informar de manera periódica al Directorio o los órganos ejecutivos sobre los avances en la implementación de estas políticas. Por último, se deberán establecer responsabilidades específicas para las tareas de recopilación, almacenamiento, uso, circulación, transferencia y eliminación de los datos que se tratan.

Si bien no existe una obligación por parte de la LPDP, una buena práctica es designar dentro de la organización a un Oficial de Cumplimiento en materia de protección de datos personales o *Data Protection Officer*. Sus funciones consisten en (i) supervisar la implementación y aplicación de las políticas internas; (ii) realizar formación al personal; (iii) organizar y coordinar auditorías; (iv) gestionar la información de los interesados y las solicitudes presentadas en el ejercicio de sus derechos; (v) velar por la seguridad y protección de los documentos que contengan datos personales; (vi) supervisar la realización de la evaluación de impacto del tratamiento de datos personales; y, (vi) actuar como punto

⁶ Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsable de Tratamiento”. Recuperado de: <https://www.aepd.es/es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>

⁷ Privacy International. “Principios de Protección de Datos. Guía para involucrarse en Políticas Públicas de Protección de Datos”. Recuperado de: www.privacyinternational.org

de contacto para la entidad pública competente en materia de protección de datos personales⁸.

El *Data Protection Officer* deberá instar a los responsables de seguridad de cada banco de datos dentro de la organización a establecer mecanismos de información internos para reportar dentro de la organización acerca del seguimiento y la ejecución del Programa de Cumplimiento. Igualmente, deben implementar planes de auditoría interna para verifiquen el cumplimiento de sus políticas y señalar el procedimiento a seguir en caso se presenten violaciones a sus protocolos de seguridad o se detecten riesgos en la administración de los datos personales de los titulares.

Finalmente, un componente esencial a efectos de cumplir con el principio de responsabilidad proactiva está el de capacitar a los colaboradores de la organización en materia de protección de datos personales. Poco o nada sirve contar con excelentes políticas de datos personales si es que los empleados ni siquiera comprenden el concepto de “dato personal” o no son conscientes de la importancia en su tratamiento. Para ello, se deben impartir una formación de carácter general sobre la materia y, para el personal que maneje datos personales directamente, deberá existir una capacitación complementaria, adaptada específicamente a sus funciones. Esta formación debe ser permanente y periódica.

IV. LA GESTIÓN DEL RIESGO Y LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La gestión del riesgo es un elemento capital en los procesos de cualquier organización y es una parte inherente de la gestión de toda entidad, proyecto o actividad humana. La gestión de riesgo está formada por un conjunto de acciones ordenadas y sistematizadas con el propósito de controlar las posibles (probabilidad) consecuencias (impactos) que una actividad puede tener sobre un conjunto de bienes o elementos (activos) que han de ser protegidos. La gestión del riesgo precisa de un análisis, es decir, una reflexión crítica y objetiva de un tratamiento, requiere tomar decisiones que se han de plasmar en hechos concretos (controles) que minimicen el impacto sobre los activos hasta unos niveles tolerables⁹.

En efecto, la gestión del riesgo implica actividades como contextualizar, identificar, analizar, evaluar, actuar y revisar. Hay que abordar la gestión del riesgo como un proceso transversal a toda la organización y conectarlo con el resto de los procesos existentes de cara a lograr un marco de gestión del riesgo global, integral, eficaz y eficiente que abarque a la organización en su conjunto y en todas sus dimensiones.

Si bien nuestra LPDP no hace referencia a la forma en que el “Responsable del Tratamiento” debe gestionar el riesgo, podemos tomar como referencia el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales (RGPD) que demanda al Responsable la identificación,

⁸ MORALES CÁCERES, Alejandro. “El Nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”. Recuperado de: <https://agnitio.pe/articulo/el-nuevo-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-union-europea/>

⁹ Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales”. Junio 2021. España. P.21.

evaluación y mitigación, realizadas de una forma objetiva, del riesgo para los derechos y libertades de las personas en los tratamientos de datos personales. La mitigación ha de realizarse mediante la adopción de medidas técnicas y organizativas que garanticen y, además, permitan demostrar la protección de dichos derechos. Estas deberán determinarse con referencia a la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento. Además, dichas medidas deberán ser revisadas y actualizadas cuando sea necesario. Debido a que el “Responsable del Tratamiento” tiene la carga de la prueba, se recomienda que la gestión del riesgo quede documentada.

A fin de cumplir con el principio de seguridad, el “Responsable del Tratamiento” tiene la obligación de gestionar el riesgo que para los derechos y libertades de las personas supone un tratamiento. Este riesgo surge tanto por la propia existencia del tratamiento, como por las dimensiones técnicas y organizativas del mismo. El riesgo surge tanto por el tratamiento automatizado de datos como por su procesamiento manual, por los elementos humanos y por los recursos implicados. El riesgo surge por los fines del tratamiento y su naturaleza, y también por su alcance y el contexto en el que se desenvuelve.

La gestión del riesgo ha de estar integrada con el resto de los procesos de la empresa, en particular en la política, planificación y revisión del tratamiento, para que sea relevante, eficaz y eficiente. Es decir, la gestión del riesgo no puede realizarse de forma aislada, independientemente o después del diseño y/o implementación de un tratamiento.

En este contexto, el RGPD introduce el concepto de Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos (EIPD). La Agencia Española de Protección de Datos Personales, citando al Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), señala que la EIPD está definida como un proceso concebido para describir el tratamiento, evaluar su necesidad y proporcionalidad y ayudar a gestionar los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas derivados del tratamiento de datos personales evaluándolos y determinando las medidas para abordarlos¹⁰.

La EIPD es un proceso de análisis de un tratamiento que se extiende en el tiempo, a lo largo de todo el ciclo de vida de un tratamiento de datos personales, y que se ha de revisar de forma continua al menos cuando exista un cambio del riesgo que representen las operaciones de tratamiento. Por tanto, la EIPD ayuda al “Responsable del Tratamiento” o al “Encargado del Tratamiento” a identificar, analizar y minimizar los riesgos que se pueden presentar durante el tratamiento de datos personales en una organización. Permite implementar soluciones innovadoras y evaluar la viabilidad del plan a una edad temprana¹¹.

Una EIPD debe contener como mínimo¹²:

- a) **Identificar y definir el ciclo de vida de los datos personales objeto de tratamiento:** Se debe definir e inventariar el ciclo de vida de los datos personales y también, el flujo de datos en el proceso de tratamiento. En este punto se deben de

¹⁰ Ibídem, p.25

¹¹ GÓMEZ MORALES, Gianncarlo. “¿Cómo realizar una evaluación de impacto en la protección de datos personales?” Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/como-realizar-una-evaluacion-de-impacto-en-la-proteccion-de-datos-personales>

¹² Agencia Española de Protección de Datos Personales. Recuperado de: <https://www.aepd.es/es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/10-evaluacion-de-impacto/FAQ-0229-que-debe-incluir-una-evaluacion-de-impacto-de-proteccion-de-datos>

identificar los datos tratados, intervinientes, terceros, sistemas implicados y cualquier elemento relevante que participe en la actividad de tratamiento.

- b) **Analizar la necesidad y proporcionalidad del tratamiento:** Se debe realizar un análisis de la base de legitimación, la finalidad, la necesidad y proporcionalidad del tratamiento que se pretenden llevar a cabo.
- c) **Evaluar el riesgo inherente a lo largo del ciclo de vida de los datos personales objeto de tratamiento:** Se deben identificar los factores de riesgo o amenazas para los derechos fundamentales y libertades de los titulares de datos personales. Se deben analizar los factores de riesgos, su impacto y la probabilidad de que este ocurra, para poder llevar a cabo la evaluación del nivel de riesgo inherente que se deriva de cada uno de los factores de riesgo. Dentro de la evaluación de riesgo, se debe analizar cuál es el riesgo de que se afecte la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales.
- d) **Determinar el riesgo inherente y el riesgo residual:** El **riesgo inherente** es el **riesgo resultante de evaluar el nivel de riesgo previamente a la implantación de medidas y garantías para reducir el riesgo** derivado de cada uno de los factores de riesgo. Esto supone considerar el efecto conjunto de todos los posibles factores de riesgo en los posibles escenarios en los cuales éstos podrían materializarse con una determinada probabilidad produciendo un determinado impacto. Todos ellos han de ser evaluados de forma conjunta, teniendo en cuenta su acción acumulativa y su efecto combinado. De otro lado, el **riesgo residual** es el resultante de evaluar el nivel de **riesgo resultante después de tomar las medidas y garantías orientadas a reducir el riesgo** derivado de cada una de las fuentes de riesgo. El objetivo es que el riesgo residual se reduzca a un nivel de riesgo aceptable.
- e) **Identificar los factores de riesgo:** Identificar un factor riesgo consiste en detectar la fuente que puede propiciar un evento capaz de ocasionar impacto en los derechos y libertades de los titulares de datos personales.
- f) **Identificar medidas para mitigar el riesgo:** El tratamiento del riesgo supone tomar medidas e implementar garantías que disminuyan específicamente el nivel de riesgo para los derechos y libertades de los titulares de datos personales. Esta tarea supone ir más allá de meras declaraciones o compromisos aparentes. Supone ejecutar acciones para reducir, eliminar o asumir de forma controlada los riesgos identificados. Tratar los riesgos se traduce en reducir el potencial perjuicio disminuyendo, bien la probabilidad de que estos se materialicen, bien el impacto que representan. Esta tarea, como parte de la gestión del riesgo, se ha de realizar con independencia de que se trate de un tratamiento de alto riesgo o no. Es importante considerar que cada riesgo documentado deberá tener una solución específica y explicada. Entre las medidas que se pueden poner en práctica, se encuentran: (i) No recabar determinados tipos de datos; (ii) implementar procesos de anonimización y cifrado de datos; (iii) tener un adecuado control de acceso y gestión de privilegios; (iv) desarrollar o adquirir software que garantice la

confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos personales; (v) capacitar al personal de la organización.

- g) **Elaborar un plan de acción y un informe de conclusiones:** La EIPD debe contar con un informe de conclusiones donde se documente el plan de acción que el “Responsable del Tratamiento” ha tomado para dar respuesta a los riesgos identificados con el objetivo de minimizar la probabilidad y el impacto de que estos se materialicen hasta un nivel de riesgo aceptable que permita garantizar los derechos y libertades de los titulares de datos personales.

¿Es obligatorio contar con una EIPD? Al respecto, debemos manifestar que nuestra LPDP ni el RLPDP establecen la obligación de contar con una EIPD. Sin embargo, consideramos que es una buena práctica y un elemento sumamente importante a la hora de implementar un programa de cumplimiento en materia de datos personales de forma integral con los demás procesos existentes dentro de una organización. Un aspecto importante de la EIPD es su carácter *a priori*, es decir, se recomienda realizarla antes de dar inicio al tratamiento de datos personales, pues su finalidad es evitar que los derechos y libertades de los titulares de datos personales se afecten cuando el tratamiento se ejecute de forma efectiva.

Finalmente, es necesario precisar que la EIPD forma parte del proceso de gestión de riesgos para los derechos y libertades de las personas naturales en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales. La EIPD y la gestión del riesgo son actividades integradas. Una vez que se toma la decisión de llevar a cabo una EIPD, esta forma parte indivisible de la gestión de riesgos para los derechos y libertades de los titulares de datos personales. De esta forma, no es posible ejecutar una EIPD si no existe una gestión de riesgos para los derechos y libertades y no se realiza en el marco de la misma. La EIPD debe entenderse como un proceso de mejora continua, de forma que esta se revise siempre que se modifique o actualice cualquier aspecto relevante de las actividades de tratamiento. Ante cambios en la descripción del tratamiento o en la experiencia que muestre amenazas o riesgos desconocidos hasta entonces (los fines y medios), se debe realizar una nueva evaluación de impacto, generar un nuevo informe y un plan de acción con las nuevas medidas de control.

V. EXIMENTES Y ATENUANTES DE RESPONSABILIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES

Una de las principales ventajas de contar con un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales es que esto permite a los “Responsables de Tratamiento” identificar oportunamente los riesgos a los cuales se encuentra expuesto por infracciones en materia de datos personales y contar con una estructura organizativa para subsanar de forma inmediata cualquier infracción que pudiese cometerse, dado que ningún programa de *compliance* es capaz de eliminar el riesgo residual.

Ante este escenario, contar con un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales puede contribuir al “Responsable de Tratamiento” -en su calidad de administrado- a atenuar la responsabilidad o incluso eximir de responsabilidad ante la comisión de una infracción que pudiese detectarse ya sea en un procedimiento de fiscalización o un procedimiento administrativo sancionador.

Ya en su configuración legal, el artículo 257° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General ha introducido seis (6) causales de eximencia de responsabilidad y dos (2) atenuantes de responsabilidad, conforme se puede apreciar a continuación:

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1. *Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*
 - a) *El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.*
 - b) *Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.*
 - c) *La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.*
 - d) *La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*
 - e) *El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.*
 - f) **La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.**
2. *Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*
 - a) **Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.**
En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
 - b) *Otros que se establezcan por norma especial'* (énfasis agregado)

Cabe precisar que el artículo 126° del RLPDP establece que: "*La colaboración con las acciones de la autoridad y el reconocimiento espontáneo de las infracciones acompañado de acciones de enmienda se considerarán atenuantes. Atendiendo a la oportunidad del reconocimiento y a las fórmulas de enmienda, la atenuación permitirá incluso la reducción motivada de la sanción por debajo del rango previsto en la Ley*".

Por tanto, no cabe duda de que tener un programa de Compliance en materia de protección de datos personales puede ser una buena forma de evitar multas de carácter administrativo. En primer término, si se logra tener una cultura de cumplimiento, en caso se logre filtrar una

conducta infractora, esta será más fácil de ser detectada a tiempo y subsanada de forma voluntaria.

De otro lado, también puede servir para atenuar infracciones en caso esas conductas sean insubsanables. La Resolución Ministerial N° 0326-2020-JUS, mediante la cual se aprueba la Metodología para el Cálculo de las Multas en materia de Protección de Datos Personales, establece que existen “Factores Atenuantes” que se definen como aquellos hechos o circunstancias que se incluyen al momento de calcular la multa a fin de disminuir el monto base de la misma. Entre estos “Factores Atenuantes” encontramos a la intencionalidad, reincidencia y circunstancias como criterios agravantes o atenuantes. Contar con un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales es una muestra clara de que no existe la voluntad de cometer la conducta infractora. Asimismo, es más fácil enmendar la conducta infractora y colaborar con la Autoridad a través de un Oficial de Cumplimiento o Responsable de Seguridad. El hecho de acreditar que se ha concluido con la conducta infractora tan pronto se tuvo conocimiento de esta y adoptar las medidas para revertir los efectos es una forma de reducir la multa y esto se simplifica cuando la organización cuenta con procesos claros en lo que respecta el tratamiento de datos personales.

VI. CONCLUSIONES

1. Es importante manifestar que el objetivo más importante de un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales es proteger, defender, garantizar y promover los denominados derechos de protección de datos personales o, como se les conoce también en doctrina, el derecho a la autodeterminación informativa. Esta perspectiva es fundamental, pues si bien puede servir para reducir multas, el fin ulterior es garantizar que las personas tengan el control sobre sus datos personales y que los tratamientos realizados no afecten de ninguna forma los derechos fundamentales o libertades del titular de datos personales.
2. Es fundamental que el “Responsable del Tratamiento” cuando contrate a un tercero para que desempeñe las funciones de “Encargado del Tratamiento” delimite su ámbito de actuación de forma clara y precisa. Asimismo, se deben establecer con claridad las finalidades y responsabilidades de cada una de las partes.
3. Es esencial que, al momento de implementar un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales, se revisen todos los principios que la ley establece e incorporen principios como el de *privacy by design* o el de *accountability* a efectos de demostrar que la protección de datos se encuentra en el subconsciente de la organización. El programa de *compliance* no será adecuado si no se puede demostrar de forma efectiva que al momento de tratar los datos personales se cumplieron con todos los principios.

4. Es recomendable que, para la implementación de un programa de cumplimiento en materia de protección de datos personales, el “Responsable de Tratamiento” identifique aquellos tratamientos que podrían afectar gravemente los derechos y libertades de los titulares. Para esos casos, se recomienda realizar una adecuada gestión del riesgo y elaborar una Evaluación de Impacto en la Protección de Datos Personales.
5. Un Programa de Cumplimiento, debidamente implementado, puede ayudar a las organizaciones a subsanar sus infracciones antes del procedimiento administrativo sancionador o en su defecto atenuar las multas impuestas por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

A modo de reflexión, sería recomendable que el legislador cree incentivos formales para la implementación de los programas de cumplimiento en materia de protección de datos personales. Inclusive dando la posibilidad a los “Responsables” o Encargados” de registrar sus programas de *compliance* ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Gestión del riesgo y evaluación de impacto en tratamientos de datos personales”. Junio 2021.
- Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Directrices para la elaboración de contratos entre Responsables y Encargados del Tratamiento”. Recuperado de: <https://www.aepd.es/es/media/guias/guia-directrices-contratos.pdf>
- Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsable de Tratamiento”. Recuperado de: <https://www.aepd.es/es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>
- Agencia Española de Protección de Datos Personales. “Guía de Privacidad desde el Diseño”. Recuperado de: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-11/guia-privacidad-desde-diseno.pdf>
- Comité Europeo de Protección de Datos Personales. Dictamen 19/2018 sobre el proyecto de lista de la autoridad de control competente de Rumanía en lo que respecta a las operaciones de tratamiento que requieran una evaluación de impacto relativa a la protección de datos. Adoptado el 25 de setiembre de 2018.
- European Data Protection Board. Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR. Recuperado de: https://edpb.europa.eu/system/files/2021-07/eppb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_en.pdf
- LEFEBVRE, Francis. Memento Práctico Protección de Datos Personales. Lefebvre – El Derecho S.A. Madrid, Mayo 2019.
- GÓMEZ MORALES, Gianncarlo. “¿Cómo realizar una evaluación de impacto en la protección de datos personales?” Recuperado de: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/como-realizar-una-evaluacion-de-impacto-en-la-proteccion-de-datos-personales>

- MORALES CÁCERES, Alejandro. "El Uso de Drones: Un verdadero reto para la protección de datos personales". Recuperado de: <https://thecryptolegal.com/el-uso-de-drones-un-verdadero-reto-a-la-proteccion-de-datos-personales/>
- MORALES CÁCERES, Alejandro. "El Nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea". Recuperado de: <https://agnitio.pe/articulo/el-nuevo-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-la-union-europea/>
- Privacy International. "Principios de Protección de Datos. Guía para involucrarse en Políticas Públicas de Protección de Datos". Recuperado de: www.privacyinternational.org



EL COMPLIANCE Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

**Autor: Fernando Nakaya
Vargas Machuca**

EL COMPLIANCE Y EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Compliance and institutional arbitration

Fernando Nakaya Vargas Machuca¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Compliance: Finalidad e importancia
- III. El Arbitraje institucional: características, ventajas y requisitos
- IV. Ventajas de la implementación del Compliance para los arbitrajes institucionales vs ISO
- V. Consideraciones finales

Resumen

El sistema de Compliance ha adquirido un rol muy importante en la mayoría de actividades comerciales y legales que se presentan en la sociedad moderna; en algunos casos con mayor relevancia que en otros. Es en este escenario, en donde el presente artículo pretende analizar la importancia de la implementación de estos sistemas de prevención en el arbitraje institucional, considerando para ello, diversos ejes básicos que se presentan, como son: (i) el rol que cumplen las instituciones o centros de arbitraje como organizadores de las actuaciones arbitrales bajo su administración, (ii) las personas que directa o indirectamente intervienen en el arbitraje institucional, (iii) los requisitos establecidos en la normatividad vigente para constituirse como institución o centro de arbitraje y (iv) las ventajas de la implementación del Compliance frente a los ISO (Internacional Organization for Standardization) existentes sobre la materia, mostrados desde la problemática actual.

Palabras clave: *compliance, arbitraje Institucional, ISO, centros de arbitraje.*

Abstract

The Compliance system has acquired a very important role in most commercial and legal activities that occur in modern society, in some cases more relevant than others. In this situation, this article aims to analyze the importance of the implementation of this prevention system in institutional arbitration. Considering for that, various basic axes that are presented, such as: (i) the role played by institutions or arbitration centers as organizers of arbitration proceedings under their administration, (ii) the persons who directly or indirectly interfere in institutional arbitration, (iii) the requirements established in current regulations to establish themselves as an arbitration institution or center and (iv) the

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral y Contrataciones con el Estado. Jefe del Área Arbitral de Torres y Torres Lara Abogados. Email: fnakaya@tytl.com.pe.

advantages of the implementation of Compliance compared to the existing ISO (International Organization for Standardization) on the subject, shown from the current problem.

Key words: *compliance, institutional arbitration, ISO, arbitration centers.*

I. INTRODUCCION

Resulta innegable el importante rol que tiene el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC) dentro de nuestra sociedad y economía, lo cual ha permitido, además, lograr un gran desarrollo de dicha institución, respaldado por un marco legal moderno (elogiado y reconocido a nivel internacional).

Este sistema se ha sabido erguir y poco a poco, ha ganado inclusive, mayor relevancia (en algunas materias), frente a un Poder Judicial con una serie de problemas y limitaciones que arrastra desde hace décadas. Dentro de este importante desarrollo, el arbitraje institucional (que es un tipo de arbitraje) cobra especial relevancia, pues al estar su administración a cargo de un centro o institución constituida especialmente con una organización, estructura y disposiciones específicas establecidas previamente para cumplir con dicho objetivo (como son los reglamentos, códigos de ética, nóminas de árbitros, tarifarios y etc.), pareciera ser un mecanismo inquebrantable; sin embargo, resulta fundamental analizar las condiciones actuales y requisitos para desarrollar dicha función; más aún, en un contexto como el actual, en donde por un uso indebido del arbitraje por parte de sus actores y por preferencias políticas, se presentan propuestas legislativas que buscan retroceder lo logrado en muchos años.

II. COMPLIANCE: FINALIDAD E IMPORTANCIA

Es en el escenario descrito precedentemente, donde nace la necesidad de que las personas jurídicas y organizaciones, cuenten con un mecanismo de protección que sea efectivo, tanto al interior como hacia el exterior de la misma, que prevenga la posibilidad que las personas naturales que actúan en su nombre incurran en algún tipo de infracciones, faltas y delitos, y refuerce el cumplimiento de las normas y leyes vigentes en el ejercicio de sus actividades.

De este modo, el Compliance adquiere una significativa importancia en lo que representa el arbitraje institucional como tal, ya que, la complejidad que las relaciones comerciales y jurídicas han adquirido, complementado con el gran desarrollo de la tecnología y la competencia cada vez más despiadada por obtener un contrato o una posición favorable con el fin de lograr los objetivos trazados, sin importar cómo, pone al sistema en general en situaciones reales, donde, lamentablemente se contravienen principios éticos y disposiciones legales. Esta realidad, ha originado que sea necesario implementar procedimientos y medidas organizativas y preventivas al interior de las personas jurídicas, orientadas fundamentalmente a garantizar el cumplimiento del marco legal, pero que, además, buscan evitar se incurran en malas prácticas o actos tipificados como delitos por parte de quienes representan a la persona jurídica en sus relaciones con terceros y principalmente frente al Estado.

Este conjunto de procedimientos y disposiciones, que cada vez adquiere mayor importancia y acogida por parte de los ordenamientos legales modernos, es a lo que se conoce como “*Compliance*”. Es precisamente, en la finalidad concreta del Compliance, donde encontramos la relevancia de su implementación, que aunque no es sencilla conlleva una serie de beneficios para quienes lo acojan dentro de su organización; sin embargo, pese a esta innegable ventaja, podemos apreciar que estadísticamente son pocas las empresas que vienen implementando este sistema. La explicación es que existen en la actualidad una serie de factores que afectan nuestra sociedad como son la informalidad, la situación económica a consecuencia de la pandemia del Covid-19 que aún sigue causando estragos a nivel mundial, los conflictos internacionales y la falta de una cultura preventiva a todo nivel; todo ello frena su desarrollo.

Encontramos que, a nivel de estudios legales y de doctrina, existe una posición prácticamente unánime, respecto a la importancia del Compliance; así pues, en palabras de Yasmina Virú y Hubert Chirinos² señalan:

Es decir, la figura del Compliance surgió para asegurar que la empresa se ajuste y cumpla con el ordenamiento jurídico; pero también para asegurarse y verificar que en la empresa se cumpla con sus propias normas internas. Lo que representa un esfuerzo por devolver la confianza en el sistema, y sobre todo en las compañías que a lo largo de los años habían adquirido una mala reputación embestida, producto de las acciones de comisión de actos delictivos.

[...] ¿por qué implantar este sistema? Pues, en teoría lo novedoso siempre es difícil de adquirir; sin embargo, los altos niveles de informalidad, ilegalidad e incluso corrupción han orillado a las grandes empresas, grupos empresariales y corporaciones a adherirse a este mecanismo, ya que tales actos atentaban contra ese activo intangible del cual goza una empresa y ello las ligaba a responder penalmente frente a determinadas situaciones.

De igual manera, Camilo Clavijo³, en su artículo “Criminal Compliance en el derecho penal peruano”, señala que:

Como se ha señalado, el Compliance tiene como finalidad que las actividades de la empresa se enmarquen dentro del ámbito legal, es decir, que se garantice el cumplimiento normativo y no se infrinja.

En este punto, resulta importante señalar la doble función que se le asigna a los programas de Compliance. Por un lado, tenemos la función preventiva. Esta consiste en un conjunto de medidas organizativas y de vigilancia interna de la empresa, cuya finalidad es que la empresa no incurra en infracciones normativas. Lo que se busca es impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa. Por otro lado, se tiene la función de confirmación

² Hubert Chirinos y Yasmina Virú, “Importancia del Criminal Compliance en la micro y pequeña empresa en el Perú”. Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas 24 (2019): 179-196.

³ Camilo Clavijo, “Criminal compliance en el derecho penal peruano”, Derecho PUCP 73 (2014): 625-647.

del derecho. Esta función consiste en establecer mecanismos para detectar las irregularidades que se cometan dentro de la empresa, así como para reparar las infracciones que se generen e, incluso, ponerlas en conocimiento de la autoridad correspondiente.

Por lo tanto, cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Es necesario para el arbitraje institucional implementar el Compliance como mecanismo que le permita desempeñar sus funciones y lograr sus objetivos de manera adecuada? Consideramos que la respuesta es afirmativa, más aún, si tenemos en consideración dos situaciones actuales. Por un lado, las prácticas indebidas e ilegales que se han presentado en algunos casos arbitrales y que han conllevado a que algunos actores políticos cuestionen la eficacia e importancia de esta institución. Por el otro lado, el marco normativo y requisitos que deben cumplir las organizaciones y personas jurídicas para desempeñar este importante rol, como es resolver un conflicto entre las partes que voluntariamente o por mandato de la ley, deben acudir al arbitraje.

III. EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS, VENTAJAS Y REQUISITOS PARA LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

Unos de los temas de mayor importancia referidos al arbitraje, lo constituye la eficiencia, independencia, transparencia de las actuaciones arbitrales y las decisiones que se emiten en el marco de las mismas, pudiéndose recurrir ya sea a un arbitraje Ad Hoc o a uno Institucional para que un tercero o varios, denominados árbitros, resuelva en única instancia las pretensiones que son sometidas a su competencia.

A diferencia del arbitraje Ad Hoc, en el que el árbitro único o el tribunal arbitral se constituyen, fijan las reglas aplicables al arbitraje y administran directamente las actuaciones de manera independiente; en el arbitraje institucional, existe toda una organización preestablecida para la administración del proceso, la que además, cuenta con un conjunto de normas como lo son los reglamentos, códigos de ética, tarifarios, etc., que permiten a las partes conocer cuáles son las reglas y el marco general aplicable en la resolución de sus controversias.

Otra ventaja que brindan las instituciones arbitrales consiste en que cuentan con una nómina de árbitros registrados ante dicha institución, la misma que está sujeta a una evaluación para su incorporación o para su permanencia en dicha lista, además de requerir otros aspectos logísticos para las partes, como son el contar con una infraestructura (local), domicilio y horario conocido, archivo de actuaciones arbitrales, y algo, no menos importante, el respaldo que le pueda brindar una organización o persona jurídica que la constituya de ser el caso.

3.1. Sujetos que participan en un arbitraje institucional

El arbitraje contempla dentro de su estructura básica la existencia de un convenio arbitral por el cual las partes acuerdan que las posibles controversias entre ellas sean resueltas por un tercero/s (árbitro o tribunal arbitral colegiado), quien es asistido por un secretario arbitral. Conforme lo hemos indicado anteriormente, en el arbitraje institucional, existe

además una estructura y organización que sirve de apoyo a los árbitros para la administración de las actuaciones arbitrales, la cual está conformada por lo general, por:

- Un consejo superior o corte de arbitraje o cualquier otra denominación similar que se le dé: Un cuerpo colegiado encargado de dirigir y establecer las normas y directrices que regirán para el Centro, siendo de su competencia llevar adelante actos como nombramiento de árbitros, resolver recusaciones, oposiciones, incorporación de parte no signataria, determinación de gastos arbitrales, etc.
- Una secretaría general: encargada de dar cuenta al Consejo o Corte sobre los asuntos de su competencia y ejecutar las decisiones que se adopten; asimismo, el coordinar al equipo de secretarios técnicos, así como, las demás funciones detalladas en el reglamento del centro que le son asignadas.
- Un equipo de secretarios técnicos: encargados de brindar apoyo y asistencia a los árbitros en el desarrollo de las actuaciones arbitrales en la que son designados, teniendo como funciones, entre otras: dar cuenta de los escritos presentados, proyectar resoluciones según las instrucciones de los árbitros, notificar a las partes, emitir razones, velar por el desarrollo del proceso, etc.
- Un área administrativa: encargada de recepcionar documentos, gestionar pagos y efectuar cobranzas.

En adición de los sujetos señalados anteriormente, también participan en las actuaciones arbitrales, como resulta evidente, las partes, sus representantes, apoderados y abogados, pudiéndose dar de ser el caso, también la intervención de terceros para aspectos específicos, como es la actuación de peritos, testigos, etc.

Como podemos apreciar existen un conjunto de relaciones profesionales y personales que se dan a lo largo de las actuaciones arbitrales entre los diferentes sujetos que intervienen en ellas, las cuales se deberían limitar al rol que cada uno desempeña dentro del proceso; sin embargo, existen algunos casos aislados que han demostrado que potencialmente pueden darse actos indebidos e ilegales entre alguno de estos sujetos que se contradicen con lo que es el objetivo del arbitraje. Así pues, para lo que es materia del presente artículo, corresponde analizar el nivel de intervención de las instituciones y centros que administran procesos arbitrales.

Llegados a este punto, podemos apreciar que, en el caso de un arbitraje institucional, se presenta la intervención de diversas personas desde su nacimiento y otras, que pueden integrarse a lo largo de las actuaciones que se dan de acuerdo a la complejidad del caso o las actividades que cada parte despliegue en su defensa. Sin embargo, dentro de este conjunto de personas, solo dos grupos presentan elementos comunes y son ajenos a las posiciones que llevan las partes al proceso.

Este conjunto de personas con elementos comunes, son, por un lado las que actúan como parte de la organización de la institución arbitral que administra el proceso, como por ejemplo: miembros del consejo superior o corte de arbitraje, secretario general, secretarios técnicos, personal de apoyo administrativo, árbitros pertenecientes a la nomina del centro,

y por otro lado, y de manera más específica, los árbitros (en caso de Tribunal Arbitral) y el secretario técnico designados para cada caso, que si bien son independientes y autónomos en el desempeño de su función, mantienen una relación constante con el primer grupo, que se aprecia, por ejemplo en: las notificaciones a las partes de las decisiones que adopten los árbitros, la realización de audiencias, el cobro de honorarios, entre otros.

Por lo tanto, tenemos que son las instituciones arbitrales las únicas que, como conjunto de personas que actúan bajo una determinada organización intervienen durante todo el tiempo que dure el proceso arbitral, por ello la importancia de establecer estándares y medidas que garanticen esta intervención.

3.2. Requisitos para desempeñarse como institución arbitral

Un aspecto esencial para analizar la importancia de la implementación del sistema de Compliance en los arbitrajes institucionales, lo constituye la normatividad y requisitos que se aplican a aquellas instituciones que desean desempeñar tal función, así pues, de conformidad con lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal (art. 7, numeral 2 de la Ley de Arbitraje) para poder administrar este tipo de procesos **se requiere solamente que las instituciones arbitrales sean personas jurídicas constituidas en el país**, es decir, que se cumplan con los requisitos y disposiciones generales para constituirse como tales, sin que se observe algún requerimiento especial; solo en la caso de instituciones públicas con funciones arbitrales previstas en sus normas, se exige que se inscriban ante el Ministerio de Justicia.⁴

Como se puede apreciar, no hay una exigencia especial en la norma para que las personas jurídicas que se constituyan con dicho fin puedan desarrollar la actividad de administrar procesos arbitrales, lo cual consideramos que resulta muy preocupante, sobre todo por la importancia de la naturaleza y objetivos que cumple el arbitraje, el cual, como jurisdicción especial, debe resolver de manera definitiva las controversias que son sometidas a su conocimiento y que son de su competencia.

Es imposible no reconocer la importancia del rol que desempeñan las instituciones y centros arbitrales, tanto en la administración de los procesos como en el desarrollo y difusión del arbitraje, así pues, existen varios centros cuya solidez, capacidad y seriedad en sus actividades fortalece la institución arbitral, encontrando como común denominador entre todos ellos que se encuentren respaldados por instituciones con amplia trayectoria como son las cámaras de comercio y universidades. Asimismo, resulta rescatable el surgimiento de nuevos centros de arbitraje privados resultado del emprendimiento serio de grupos de profesionales que permiten ampliar la oferta respecto a este servicio, no obstante, así como son muchos los casos que destacar; la poca regulación y falta de supervisión, también ha permitido el surgimiento de centros de arbitrajes sin las condiciones mínimas para ejercer

⁴ Cabe señalar que de acuerdo a un proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, se propone modificar este numeral, disponiendo lo siguiente "En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encargará de su acreditación, registro, renovación y supervisión", es decir, de aprobarse esta modificación, las instituciones arbitrales privadas que administren procesos donde participa el Estado deberán estar acreditadas y registradas ante el Ministerio de Justicia, situación que se no da en la actualidad.

dicha actividad y que no solo perjudican la imagen del arbitraje en general, sino que, sobre todo perjudica a las partes, y el fin supremo que persigue un MASC pues en algunos casos no se llegan a resolver las controversias o las decisiones son anuladas por defectos en el proceso o lo que es más grave aún, tramitando procesos incumpliendo disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje.

Es precisamente la existencia de estos últimos casos, en los cuales se dan centros de arbitrajes que no atienden en los horarios establecidos o que no cumplen con el deber de confidencialidad o llevan las actuaciones arbitrales de manera inapropiada, los que nos llevan a la conclusión de que, sin importar ante qué clase de centro o institución arbitral nos encontremos, resulta necesario que se regulen de manera más adecuada los requisitos que debe cumplir éstos, pues no nos encontramos ante cualquier tipo de actividad privada.

La administración de procesos arbitrales conlleva una gran responsabilidad, pues por decirlo de alguna manera, los Centros desde la designaciones que realizan o la resolución de recusaciones contra los árbitros, por citar dos de los actos más comunes que realizan, ejercen una jurisdicción delegada por mandato de la Constitución y el acuerdo de las partes, por lo tanto, resulta fundamental garantizar y supervisar que las personas jurídicas constituidas con la finalidad de operar como Centros de Arbitraje cumplan con las medidas que garanticen el cumplimiento de la finalidad principal del arbitraje que consiste en solucionar conflictos, eliminar incertidumbres jurídicas y de ese modo, alcanzar el fin deseado de la justicia que buscan las partes.

3.3. Ventajas de tener un sistema arbitral consolidado y confiable

Habiendo señalado los sujetos y los requisitos, corresponde aterrizar la idea de lo que significaría el Compliance implementado en el arbitraje; por ejemplo, Juan Carlos González⁵, en su libro “El Compliance en el sector público y su desarrollo en el sistema jurídico peruano” desarrolla las ventajas de un buen sistema de arbitraje en la Contratación Pública:

En ese sentido, se podría señalar que el arbitraje en materia de contratación pública dota de tres ventajas significativas:

- *El arbitraje otorga a los inversionistas nacionales y extranjeros seguridad jurídica, puesto que tener un tribunal neutral que solucione una controversia ofrece garantía y confianza en la inversión privada. En ella, el Estado renuncia a someter el litis en la vía ordinaria y se incluye en el arbitraje, donde se constituye una parte más, con igualdad de condiciones y prerrogativas que el privado.*
- *La rapidez o celeridad con que se resuelve la controversia, en comparación con el Poder Judicial, beneficia a los contratistas y al Estado. Este medio especializado otorga seguridad jurídica por la certeza de una respuesta pronta y oportuna.*
- *Al ser un método heterocompositivo, en el cual decide un tercero, dota al proceso de una característica adversarial, en donde las partes pueden*

⁵ Juan Carlos González, “Compliance en el arbitraje y prácticas corruptas en el extranjero”, en El Compliance en el sector público y su desarrollo en el sistema jurídico peruano, (Lima: Instituto Pacífico, 2022) 95-166.

desplegar sus argumentos con la finalidad de ganar el proceso, teniendo cada uno de ellos una igualdad de armas o prerrogativas del mismo.

Partiendo desde este ejemplo, se entiende que el Compliance será la herramienta para que las instituciones arbitrales puedan desenvolverse de manera correcta bajo todos los parámetros que la ley estipula, evitando así que las partes, por sus relaciones personales que se han ido presentado en el proceso, cometan faltas, infracciones e, incluso, algún delito.

IV. VENTAJAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL COMPLIANCE PARA LOS ARBITRAJES INSTITUCIONALES VS ISO

Para abarcar el Compliance en las instituciones arbitrales en la actualidad, se debe tener en consideración que surge la interrogante de si ¿es lo mismo una Certificación ISO (ya sea el 37001: Antisoborno o el 37301: Compliance), que la implementación del Compliance según la Ley N° 30424?

La respuesta a la interrogante anterior, bajo la perspectiva del presente artículo, es que, no es lo mismo la adecuación a un ISO que la implementación del Compliance previsto en nuestro ordenamiento legal, considerando los siguientes aspectos: quién emite la certificación o la comprueba, la eficacia que se tiene en nuestro ordenamiento jurídico, las consecuencias de una buena implementación, requisitos y proceso, entre otros.

Como es conocido, el Compliance tiene una doble función: preventiva y eximente de responsabilidad para la persona jurídica ante ciertos supuestos en donde corresponda aplicar una sanción. Para ejemplificar la diferencia y una ventaja que tiene la implementación del sistema de prevención – Compliance comparado con un ISO, tenemos que la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, dispone en su artículo 18⁶ cómo puede usarse este sistema en un proceso penal, ya que siendo el ente supervisor la Superintendencia de Mercado de Valores – SMV, a través del informe que emita este organismo respecto a la implementación y el funcionamiento del modelo dentro de la Persona Jurídica, el fiscal puede disponer el archivo de lo actuado respecto a ésta.

Por mencionar algunos ejemplos y medidas implementadas por ciertas instituciones arbitrales, tenemos que el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP cuenta con la CERTIFICACIÓN ISO 37001, la cual regula la implementación de un sistema de gestión del riesgo de antisoborno. Bajo este ISO, el Centro cuenta con una Política Integrada al Sistema de Gestión, por el cual se comprometieron entre otros a: prohibir el soborno e implementar mecanismos para prevenir, detectar y sancionarlo, cumplir con las normas y

⁶ " **Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración**

El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional.

Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada."

leyes antisoborno aplicables a los servicios del Centro, y designar a un Oficial de Cumplimiento con independencia y autoridad.

Otro ejemplo de implementación de medidas, lo tenemos en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en donde, se ha empezado a solicitar a las partes que la Persona Jurídica presente una "Declaración Jurada - Ley 30424", que tiene como finalidad que el representante legal declare que ni la empresa ni sus accionistas ni los representantes legales estén involucrados en los delitos que se señalan en la respectiva Ley.

Cabe resaltar, además, que con miras al panorama del Compliance en el futuro cercano, tenemos que ya existen propuestas legislativas que tienen como finalidad la ampliación de la lista de delitos que establece el artículo 1⁷ de la Ley 30424, los cuales pretenden incluir hasta treinta tipos penales más, siguiendo la corriente latinoamericana, en los cuales se puede incluir los delitos de contabilidad paralela, atentados contra monumentos arqueológicos, extracción ilegal de bienes culturales, omisión de comunicación de operaciones, rehusamiento retardado y falsedad en el suministro de información, delitos aduaneros y tributarios.

Estando a las características de cada alternativa (ISO vs COMPLIANCE) tenemos que nos existe una exclusión u oposición entre dichos sistemas, pues ambos persiguen objetivos similares, sin embargo, sí encontramos una diferencia importante entre lo que es el alcance del ISO, que se limita estrictamente a la organización al interior de la persona jurídica y el Compliance que, además, de contar con este alcance interno, también cuenta con amparo legal para servir de respaldo de la persona jurídica ante un proceso penal para deslindar la responsabilidad respecto de la persona natural que cometió el delito, en aquellos ilícitos señalados en la ley.

Finalmente, se entiende que las instituciones arbitrales que implementen el sistema de prevención o Compliance, no sólo estarán previniendo la comisión de los distintos delitos que pueden conllevar a responsabilidad de la persona jurídica, sino que, además, cuentan con una herramienta importante para eximir su responsabilidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. La complejidad de las relaciones comerciales y personales, conjuntamente con el avance de la tecnología y la alta competitividad del mercado, en donde, en muchas situaciones se sobrepone como políticas comerciales, el cumplimiento de metas sobre los medios para lograrlos, ha originado que, poco a poco, muchos de los principios y valores que deberían estar presentes permanentemente, sean dejados de lado. Esto ha originado los altos niveles de corrupción que existen a todo nivel, por lo que, el Compliance resulta una herramienta importante para cortar -o por lo menos- reducir este riesgo en el arbitraje institucional.

⁷ " **Artículo 1. Objeto de la Ley**

La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, 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 el 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."

2. La importancia de la actividad jurisdiccional que desarrollan los árbitros en general, y sobre todo, en el caso del arbitraje institucional, en donde existe una organización que participa activamente en la administración de las actuaciones que se den a lo largo del proceso, hace que sea necesario evaluar o por lo menos, poner sobre la mesa las ventajas que podría brindar que las instituciones arbitrales adecuen de manera voluntaria sistemas de Compliance para el desarrollo de sus actividades.
3. La experiencia y la poca regulación y requisitos que se exigen en nuestro ordenamiento legal para que las personas jurídicas se constituyan como instituciones arbitrales, ha demostrado que, sin perjuicio de que existan centros de arbitrajes con trayectoria y respaldo, así como, emprendimientos valiosos, también se abra la posibilidad de que se presente “centros” en donde su organización y procedimientos ni siquiera estén cerca de cumplir con las características y condiciones que garanticen la confidencialidad y transparencia de las actuaciones arbitrales, por lo cual, consideramos que una modificación de la ley en ese sentido resulta urgente, si queremos que el arbitraje se siga consolidando en nuestro país como un mecanismo importante de solución de controversias para las partes.
4. Actualmente, tenemos que algunas instituciones arbitrales, las más importantes, han optado dentro de sus políticas de prevención, por adecuar sus procedimientos a diferentes ISOs como, por ejemplo, el ISO 37001: Antisoborno o al ISO 37301: Compliance. Esto que, resulta una medida importante, pues se reconoce la importancia de este tipo de medidas para su organización, no resulta del todo completo frente a los que representa el sistema de Compliance, ya que dada la naturaleza de los ISO, estos tienen como principal objetivo el ordenamiento y regulación al interior de la persona jurídica, no teniendo alcances ni efectos hacia el exterior de la misma, es decir, que a diferencia del sistema de Compliance, que sí permite exonerar de responsabilidad a las personas jurídicas frente a la comisión de determinados ilícitos penales señalados en la ley cometidos por parte de las personas que actúan en su nombre, los ISO no tienen ese alcance.
5. El sistema de Compliance no sólo es necesario para fortalecer la independencia y transparencia de las actuaciones arbitrales y las decisiones que se emitan como consecuencia de ello, sino que además, garantizan a las instituciones que no sólo el proceso que administra cuenta con elementos y reglas que reduzcan el riesgo de que se presenten actos ilícitos durante su tramitación, sino que además, les asegura que en el caso de darse esto, puedan quedar excluidos de toda responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Chirinos, Hubert, y Virú, Yasmina. "Importancia del Criminal Compliance en la micro y pequeña empresa en el Perú". *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17, No.24 (2019), 179-196.
- Clavijo, Camilo. "Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano". *Derecho PUCP*, No. 73 (2014), 625-647.
- González, Juan Carlos. "Compliance en el arbitraje y prácticas corruptas en el extranjero". *En El Compliance en el sector público y su desarrollo en el sistema jurídico peruano*. 95-166. Lima: Instituto Pacífico, 2022.



ALGUNAS APROXIMACIONES AL “CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO” EN EL PERÚ

**Autores: Indira Navarro Palacios
y Carlos Saúl García Donayre**

ALGUNAS APROXIMACIONES AL “CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO” EN EL PERÚ

Some approaches to “tax compliance” in Peru

Indira Navarro Palacios¹
Carlos Saúl García Donayre²

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Principales aspectos del marco legal tributario que deben ser cumplidos y consecuencias positivas de su observancia en la actualidad
- III. Pautas generales que podrían implementarse para contar con un adecuado cumplimiento tributario
- IV. Principales conclusiones y recomendaciones

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer los efectos positivos de implementar un adecuado “cumplimiento tributario” en las personas jurídicas aun cuando no exista alguna normativa específica aplicable en Perú en términos más deseables. Así, entre otros temas a considerar, permitirá prevenir, detectar, gestionar y/o mitigar las contingencias tributarias que se podrían generar en las personas jurídicas, derivadas de la realización de sus actividades económicas diarias, aun cuando con estas buenas prácticas no lleguen necesariamente a evitar la responsabilidad administrativa o penal en el ámbito tributario. Asimismo, el presente trabajo tiene por objeto proporcionar pautas generales a implementar para contar con un adecuado control tributario interno.

Palabras clave: Cumplimiento tributario, adecuado control tributario, responsabilidad solidaria, mitigación de riesgos.

Abstract

The purpose of this paper is to remark the positive effects of implementing an adequate “tax compliance” programme in legal entities even when there is no specific regulation applicable in Peru. Thus, among other issues to consider, they will be able to prevent, detect, manage and/or reduce the tax contingencies that could be generated in legal entities, derived from the performance of their daily economic activities, even when these good practices do not completely avoid administrative or criminal liability in the tax field. Likewise, this paper aims to provide general guidelines to implement in order to have adequate internal tax control.

Keywords: Tax compliance, adequate tax control, joint and several liability, risk mitigation.

¹ Socia y Jefa del Área Tributaria del Estudio Torres y Torres Lara & Asociados Abogados. Máster en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima. Email: inavarro@tytl.com.pe.

² Abogado Asociado Senior del Área Tributaria del Estudio Torres y Torres Lara & Asociados Abogados. Especialista en Derecho Tributario. Email: cgarcia@tytl.com.pe.

I. INTRODUCCIÓN

El “*compliance*” (o cumplimiento) es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y, establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.³

El compliance en términos generales, como es concebido, no solo incentiva a cumplir con la normatividad legal vigente, sino que sirve además, como una suerte de “escudo de protección” frente a sanciones administrativas y/o penales, de ser el caso.

No obstante, en el Perú, específicamente en el ámbito tributario que es la materia que nos convoca en esta ocasión, no observamos con claridad que exista un programa de cumplimiento tributario que los contribuyentes se encuentren obligados a implementar o seguir y que les permita llegar a atenuar, limitar o evitar la responsabilidad administrativa o penal en el ámbito tributario.⁴

Como bien se sabe, los contribuyentes día a día deben tomar decisiones en materia tributaria y considerando que la normativa tributaria peruana resulta en algunos casos ambigua o sujeta a diversas interpretaciones, además de ser abundante, podrían llegar a generarse contingencias tributarias, más aún cuando es notoriamente cambiante en el tiempo y permite que los criterios aplicados en un determinado momento por los contribuyentes puedan diferir en el contexto actual.

En razón a ello, el presente artículo tiene por objeto dar a conocer los efectos positivos de implementar un adecuado “cumplimiento tributario” aun cuando no exista alguna normativa específica aplicable en Perú en términos más deseables. Asimismo, tiene por objeto proporcionar pautas generales a implementar para contar con un adecuado control tributario interno.

Como se podrá observar a lo largo del presente trabajo, el “cumplimiento tributario” por lo menos, permitirá prevenir, detectar, gestionar y/o mitigar las contingencias tributarias que se podrían generar en los contribuyentes, derivadas de la realización de sus actividades económicas diarias, aun cuando con estas buenas prácticas no lleguen necesariamente a evitar la responsabilidad administrativa o penal en el ámbito tributario, entre otros temas.

³ Fuente: <https://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>.

⁴ En efecto, hemos realizado una revisión de nuestra regulación tributaria en esa línea del compliance en estricto, y hemos podido identificar (hasta la fecha de elaboración del presente artículo, julio 2022), un supuesto que podría calificar como tal, donde el cumplimiento de determinados dispositivos tributarios permite evitar responsabilidad administrativa y es el caso en que los Directores de la sociedad limitan la imputación de responsabilidad solidaria en el marco de planificaciones fiscales, tema que mencionaremos más adelante. Estimamos que bajo el mismo razonamiento se podría considerar eventualmente que las personas jurídicas podrían celebrar acuerdos anticipados de precios para efectos de que la Administración Tributaria valide el precio de las operaciones que se realizarán con partes vinculadas a fin de evitar futuras contingencias tributarias. En el ámbito penal también se podrá apreciar con más detalle en el apartado correspondiente, que el pago de la totalidad de la deuda tributaria permitiría al contribuyente, o a su representante, la posibilidad de no verse sometido a la pena privativa de libertad si es que se cumplen determinados requisitos normativos.

II. PRINCIPALES ASPECTOS DEL MARCO LEGAL TRIBUTARIO QUE DEBEN SER CUMPLIDOS Y CONSECUENCIAS POSITIVAS DE SU OBSERVANCIA EN LA ACTUALIDAD

2.1 Marco legal tributario

2.1.1 La regulación tributaria peruana

Como es de conocimiento general, las personas jurídicas domiciliadas en el Perú (para efectos del presente trabajo nos centraremos en estos contribuyentes), se encuentran sujetas al cumplimiento de obligaciones sustanciales y formales, que se derivan de la realización de sus actividades económicas:

- (i) Se entiende por obligaciones sustanciales, fundamentalmente a las obligaciones vinculadas al pago de los tributos.

Son tributos: las tasas, las contribuciones y los impuestos.

- a) Las tasas representan el pago por la prestación efectiva de un servicio público por parte del Estado individualizado en el contribuyente.

Las tasas pueden ser:

- Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
 - Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
 - Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.
- b) Las contribuciones representan el pago por los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
 - c) Los impuestos representan pagos que no originan una contraprestación directa por parte del Estado en favor del contribuyente. Los principales impuestos aplicables en el Perú, desde la perspectiva de la recaudación a decir de la Administración Tributaria peruana, son el Impuesto a la Renta y el Impuesto General a las Ventas (IGV), entre otros.⁵

El incumplimiento de las obligaciones sustanciales, genera el cobro del tributo dejado de determinar y pagar, más intereses moratorios (sin perjuicio de multas más intereses moratorios).

⁵ SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT). NOTA DE PRENSA N° 004-2002: IGV Y RENTA REFLEJAN MEJOR DESEMPEÑO DE LA ECONOMÍA, POR ENCIMA DE NIVELES PRE-PANDEMIA: Ver en: <https://www.sunat.gob.pe/salaprensa/2022/enero/NotaPrensaN0042022.docx>

(ii) Se entiende por obligaciones formales, en términos generales, los procedimientos y trámites que el contribuyente debe realizar a fin de cumplir adecuadamente con sus obligaciones sustanciales. Por ejemplo, para cumplir con el pago del Impuesto a la Renta (es decir, con la obligación sustancial), se deberá proceder, entre otras, con la presentación de la declaración jurada anual (esta declaración sería la obligación formal).

Las personas jurídicas domiciliadas en el Perú deben cumplir, principalmente, con las siguientes obligaciones formales:

- Inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) a cargo de la SUNAT.
- Emitir comprobantes de pago por las ventas o servicios que realicen.
- Llevar libros y registros contables.
- Presentar declaraciones juradas determinativas e informativas.

El incumplimiento de las obligaciones formales, genera la imposición de multas más intereses moratorios, de corresponder.

En general, según lo expresado, las personas jurídicas domiciliadas en el Perú, cuyos principales aspectos tributarios son materia de este trabajo, se encontrarán obligadas a la determinación y pago de los tributos, multas e intereses moratorios (es decir, a la determinación y pago de la deuda tributaria⁶) en calidad de contribuyentes. Sus representantes legales son designados por la misma normativa tributaria como responsables para la ejecución de ello.

Es entonces contribuyente quien realiza el hecho generador de la obligación tributaria (la persona jurídica domiciliada). Por el contrario, es responsable, quien no siendo contribuyente, debe cumplir con la obligación tributaria que se le atribuye (representantes legales).⁷

El incumplimiento de las obligaciones tributarias, en pocas palabras, conlleva a la cobranza del tributo omitido más intereses moratorios si no se pagó oportunamente, a la imposición de multas más intereses moratorios, y de ser el caso, si correspondiera según las circunstancias, con efectos en los representantes legales, lo que hasta potencialmente

⁶ En efecto, en el artículo 28° del Código Tributario se establece que la deuda tributaria está compuesta por los siguientes conceptos:

ARTÍCULO 28°.- COMPONENTES DE LA DEUDA TRIBUTARIA

La Administración Tributaria exigirá el pago de la deuda tributaria que está constituida por el tributo, las multas y los intereses.

⁷ De conformidad con lo establecido en los artículos 8 y 9 del Código Tributario:

ARTÍCULO 8°.- CONTRIBUYENTE

Contribuyente es aquél que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria.

ARTÍCULO 9°.- RESPONSABLE

Responsable es aquél que, sin tener la condición de contribuyente, debe cumplir la obligación atribuida a éste.

podría llegar a generar la comisión de un delito tributario con el consecuente inicio de la acción penal.⁸

Es en este contexto es que nos permitimos sugerir que, las personas jurídicas domiciliadas implementen una debida diligencia que permita llevar un adecuado control tributario, a fin de verificar el cumplimiento correcto de las obligaciones tributarias de manera permanente y sostenida en el tiempo.

La deuda tributaria (tributo, multas e intereses, de corresponder) en el ordenamiento tributario peruano, podrá ser exigida al contribuyente o, incluso, a quien llegue a calificar legalmente como responsable tributario de manera solidaria si es que se le atribuye tal condición al representante legal, es decir, un inadecuado control tributario, podría llegar a generar una mayor deuda tributaria pendiente de pago en la persona jurídica domiciliada que es la contribuyente, la que podría llegar a ser incluso exigida a los representantes legales si, como responsables la Administración Tributaria, les llegase a atribuir la responsabilidad de manera solidaria, a fin de que cualquiera de ellos cumpla con el pago de esta deuda tributaria (inclusive con su propio patrimonio).

Es bajo estas consideraciones que sugerimos que se verifiquen periódicamente las políticas de cumplimiento tributario implementadas en dichas personas jurídicas contribuyentes, pues la normativa tributaria es cambiante en el tiempo, generando que los criterios aplicados en un determinado momento, difieran con el contexto actual.

Debe tenerse presente que la responsabilidad de los representantes legales no solo se limita al ámbito administrativo, sino que también en algunos supuestos podría trascender la responsabilidad al ámbito penal por la comisión de un delito tributario, conforme se podrá apreciar con mayor detalle en los siguientes puntos del presente artículo donde profundizaremos en todos estos aspectos.

2.1.2 Responsabilidad tributaria de los representantes legales y posible “solidaridad”

Conforme lo hemos indicado, el cumplimiento tributario en el Perú no solo previene contingencias tributarias a nivel de la persona jurídica domiciliada contribuyente, sino que también permite otorgar cierto nivel de seguridad a sus representantes legales.

Es oportuno recordar que, en el artículo 16° del Código Tributario se establece que los representantes legales son responsables por el cumplimiento tributario de sus representados con los recursos que administren o que dispongan.

*Artículo 16.- REPRESENTANTES - RESPONSABLES SOLIDARIOS
Están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o que dispongan, las personas siguientes:*

⁸ De conformidad con lo establecido en el artículo 192° del Código Tributario:
ARTÍCULO 192°.- COMUNICACIÓN DE INDICIOS DE DELITO TRIBUTARIO Y/O ADUANERO
(...)

La Administración Tributaria, cuando en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de delito tributario y/o aduanero, o estén encaminados a dicho propósito, lo comunicará al Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela los procedimientos penal y administrativo.

(...)

2. Los representantes legales y los designados por las personas jurídicas.

(...)

Asimismo, se establece en dicho artículo que la responsabilidad de los representantes legales podrá llegar a ser incluso solidaria, cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades, se dejen de pagar las deudas tributarias de sus representadas.

*Artículo 16.- REPRESENTANTES - RESPONSABLES SOLIDARIOS
Están obligados a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de representantes, con los recursos que administren o que dispongan, las personas siguientes:*

(...)

2. Los representantes legales y los designados por las personas jurídicas.

(...)

En los casos de los numerales 2, 3 y 4 existe responsabilidad solidaria cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las deudas tributarias (...)

Al respecto, el Código Tributario no contiene una definición de lo que se debe entender por dolo, negligencia grave o abuso de facultades, conceptos que podrían derivar la responsabilidad de un representante legal en solidaria.

No obstante, el Tribunal Fiscal en reiterada jurisprudencia ha precisado los alcances de estos conceptos:

- Dolo: (...) *se entiende que actúa con dolo quien con conciencia, voluntad e intención deja de pagar la deuda tributaria (...)*.⁹
- Negligencia grave: "(...) *actúa con negligencia grave quien omite el pago de dicha deuda debido a un comportamiento carente de toda diligencia sin que exista justificación alguna, teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso en particular (...)*".¹⁰
- Abuso de facultades: (...) *el abuso de facultades se configura cuando los representantes realizan actos para los cuales no han sido facultados o exceden tales atribuciones en provecho propio o de terceros, como ocurre cuando usan los recursos de la sociedad en beneficio propio, directo o indirecto, o cuando usan indebidamente el cargo en perjuicio de la sociedad, en su provecho, (...)*.¹¹

Como ya ha sido mencionado previamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20°-A del Código Tributario, la responsabilidad solidaria implica que los representantes legales deban cumplir con el pago de la deuda tributaria de su representado, con su propio patrimonio.

⁹ RTF N 10693-10-2016.

¹⁰ RTF N° 02232-3-2017.

¹¹ RTF N° 10693-10-2016.

Artículo 20-A.- EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Los efectos de la responsabilidad solidaria son:

1. La deuda tributaria puede ser exigida total o parcialmente a cualquiera de los deudores tributarios o a todos ellos simultáneamente (...)."

Artículo 7.- DEUDOR TRIBUTARIO

Deudor tributario es la persona obligada al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable.

Cabe señalar que, salvo prueba en contrario, se presume que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades de los representantes legales -para efectos de la atribución de responsabilidad solidaria- cuando la persona jurídica:

- No lleva contabilidad o lleva dos o más juegos de libros o registros para una misma contabilidad, con distintos asientos.¹²
- Tenga la condición de no habido.
- Emite y/u otorga más de un comprobante de pago así como notas de débito y/o crédito, con la misma serie y/o numeración, según corresponda.
- No se ha inscrito en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) ante la Administración Tributaria.
- Anota en sus libros y registros los comprobantes de pago que recibe u otorga por montos distintos a los consignados en dichos comprobantes u omite anotarlos, siempre que no se trate de errores materiales.
- Obtiene, por hecho propio, indebidamente Notas de Crédito Negociables, órdenes de pago del sistema financiero y/o abono en cuenta corriente o de ahorros u otros similares.
- Emplea bienes o productos que gocen de exoneraciones o beneficios en actividades distintas de las que corresponden.
- Elabora o comercializa clandestinamente bienes gravados mediante la sustracción a los controles fiscales; la utilización indebida de sellos, timbres, precintos y demás medios de control; la destrucción o adulteración de los mismos; la alteración de las características de los bienes; la ocultación, cambio de destino o falsa indicación de la procedencia de los mismos.
- No ha declarado ni determinado su obligación en el plazo para la emisión de la orden de pago presuntiva.

¹² Se entiende que el deudor no lleva contabilidad, cuando los libros o registros que se encuentra obligado a llevar no son exhibidos o presentados a requerimiento de la Administración Tributaria, dentro de un plazo máximo de 10 días hábiles, por causas imputables al deudor tributario.

- Omite a uno o más trabajadores al presentar las declaraciones relativas a los tributos que graven las remuneraciones de éstos.
- Se acoge al Nuevo Régimen Único Simplificado (RUS) o se incluye en el Régimen Especial del Impuesto a la Renta (RER) o en el Régimen MYPE Tributario (RMT) siendo un sujeto no comprendido en dichos regímenes en virtud a las normas pertinentes.
- Omite presentar la declaración jurada informativa relativa al beneficiario final.
- Sea sujeto de la aplicación de la Cláusula Antielusiva General (CAG) del Código Tributario. La responsabilidad se atribuye a los representantes legales siempre que hayan colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución de actos, situaciones o relaciones económicas por las que resulte aplicable la Cláusula Antielusiva General (CAG) del Código Tributario.¹³ En este caso, corresponderá a la SUNAT probar la colaboración de los representantes legales.

En los demás casos, corresponderá que la Administración Tributaria pruebe la existencia de dolo, negligencia grave o abuso de facultades por parte de los representantes legales para poder atribuirles responsabilidad solidaria.

Sin perjuicio de lo comentado, debe tenerse presente también que, mediante la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1422 y la Séptima Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 145-2019- EF, se ha establecido que los miembros del Directorio de la sociedad serán responsables solidarios cuando aprueben actos, situaciones o relaciones económicas a realizarse en el marco de la planificación fiscal, salvo que manifiesten su disconformidad.¹⁴

Es importante mencionar que la responsabilidad solidaria no necesariamente se atribuiría a los representantes legales que estuvieran en ejercicio de su cargo actualmente en la persona jurídica. La Administración Tributaria, para poder atribuir responsabilidad solidaria, deberá verificar previamente:¹⁵

- (i) Si la persona tiene o tuvo la calidad de representante legal en el periodo o los periodos en que se generó el incumplimiento tributario.
- (ii) Si la persona se encuentra o se encontraba encargada y/o participaba en la determinación y pago de los tributos; y

¹³ Conforme se podrá observar del artículo 16 del Código Tributario:

Artículo 16. REPRESENTANTES - RESPONSABLES SOLIDARIOS

(...)

Se considera que existe dolo, negligencia grave o abuso de facultades, salvo prueba en contrario, cuando el deudor tributario:

(...)

13. Sea sujeto de la aplicación de los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI del Título Preliminar. La responsabilidad se atribuye a los representantes legales siempre que hayan colaborado con el diseño o la aprobación o la ejecución de actos, situaciones o relaciones económicas previstas en los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI.

¹⁴ El director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de este, haya manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que tal disconformidad la consigne en acta o conste por carta notarial. En el supuesto de carta notarial, esta debe ser anterior a la notificación del documento que inicia el procedimiento de fiscalización.

¹⁵ RTF N° 09707-4-2017.

- (iii) Si el incumplimiento tributario ocurrió por dolo, negligencia grave o abuso de facultades del representante legal.

En base a lo expuesto, se recomienda que los representantes legales realicen una debida diligencia para el cumplimiento oportuno de las obligaciones tributarias de la persona jurídica a fin de que a futuro la Administración Tributaria no les exija el pago de las deudas tributarias pendientes en base a un presunto incumplimiento tributario por dolo, negligencia grave o abuso de facultades durante su gestión.

Cabe señalar que la Administración Tributaria podrá atribuir responsabilidad solidaria a los representantes legales durante el plazo de prescripción de la deuda tributaria, por lo que resulta de vital importancia contar internamente con un adecuado control tributario (por ejemplo, realizar revisiones periódicas de los criterios tributarios aplicados por la persona jurídica contribuyente, entre otras medidas).

2.1.3 Cláusula Antielusiva General del Código Tributario

La Cláusula Antielusiva General (CAG) se encuentra regulada en los párrafos segundo al quinto de la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario. La referida cláusula establece los supuestos para que la SUNAT persiga las operaciones que configuran elusión no permitida desde una perspectiva tributaria.

Así, se aplicará la CAG¹⁶ cuando el contribuyente evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o reduzca la base imponible o la deuda tributaria, u obtenga saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

¹⁶ NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN
(...)

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

- a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventajas tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso. (...)

- b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

Teniendo en cuenta ello, la SUNAT, en ejercicio de sus facultades y con el propósito de “ejemplificar” lo expuesto, ha publicado en su página web¹⁷ la segunda versión del “Catálogo de Esquemas de Alto Riesgo Fiscal” que contiene trece esquemas¹⁸ que a su criterio evidenciarían una incorrecta determinación de las obligaciones tributarias en los contribuyentes o la obtención de ventajas tributarias indebidas que, de ocurrir, la SUNAT evaluará la aplicación de la CAG. Se trata de una relación abierta, es decir, que seguirá siendo ampliada por la SUNAT en el marco de la CAG, pues presenta estos casos de manera referencial.

Cabe señalar que, a grandes rasgos, las consecuencias de la aplicación de la CAG serían las siguientes:

- **Para la persona jurídica fiscalizada**

En caso la SUNAT determine que es aplicable la CAG, procederá a recalificar la operación (aplicando los efectos tributarios que estime conveniente debían ser de aplicación al caso concreto); ello podría conllevar a que la persona jurídica asuma:

- Tributos por pagar omitidos e intereses.
- Multa por determinar una menor deuda tributaria o un mayor o inexistente saldo o crédito a favor, pérdida tributaria o crédito por tributos, u obtener una devolución indebida o en exceso¹⁹, sancionada con el 50% del tributo omitido, o 50% del saldo, crédito u otro concepto similar determinado indebidamente o el 15% de la pérdida tributaria indebida, o el 100% del monto devuelto indebidamente o en exceso, más intereses.
- Obligaciones formales vinculadas a la rectificación de la declaración jurada del ejercicio respectivo y declaraciones mensuales de corresponder.

Asimismo, se encontrará obligada a presentar dentro del procedimiento de fiscalización el Formato “Declaración de datos” mediante el cual deberá informar los datos de todos los involucrados en el diseño, aprobación y ejecución de los actos, situaciones, o relaciones económicas objeto de fiscalización (tales como del: gerente, director, socio, asesor,

¹⁷ Con fecha 11.10.2022.

¹⁸ Entre los trece esquemas tenemos: a) Deducción de regalías por cesión en uso de marca; b) Enajenación de compañía peruana a través de un patrimonio autónomo; c) Redomicilio de una empresa y uso de Convenio para Evitar la Doble Imposición (CDI); d) Cesión de marcas y capitalización de créditos; e) Contrato de gerenciamiento; f) Contrato de cesión de concesión de una industria extractiva con pagos encubiertos en una compraventa resuelta de acciones; g) Venta y posterior recompra de vehículo bajo la apariencia de anulación de dicha venta; h) Enajenación directa de acciones de sociedad peruana encubierta por un aporte de capital y posterior reducción de este; i) Transferencia de beneficios a régimen fiscal preferencial; j) Préstamo con apariencia de arrendamiento financiero; k) Intermediación en la venta de minerales a través de una sociedad sin sustancia económica; l) Distribución indirecta de rentas de una entidad sin fines de lucro bajo la apariencia de pagos a un proveedor del exterior; m) Transferencias de inmuebles al accionista y su posterior arrendamiento por este a la misma empresa.

¹⁹ Tipificada en el numeral 9 del artículo 178 del Código Tributario.

administrador, administrador de hecho, contador, abogado, cónyuge, titular, representante legal, entre otros)²⁰.

- **Para los representantes legales y el Directorio de la sociedad fiscalizada.**

Conforme hemos indicado en el punto anterior, los representantes legales y los directores de la sociedad fiscalizada podrían llegar a ser considerados responsables solidarios por las deudas pendientes de pago de la persona jurídica si se determina la aplicación de la CAG, lo que implica que deban responder por la deuda tributaria de la persona jurídica inclusive con su propio patrimonio.

- **Para el abogado o asesor tributario.**

Se deberá comunicar a la SUNAT los datos de los abogados o asesores tributarios que participaron en la ejecución de los actos, situaciones y relaciones económicas, en el marco de estrategias o planificaciones tributarias.

Por lo expuesto, cualquier alternativa tributaria que sea presentada e implementada en la persona jurídica se deberá ajustar al marco legal tributario vigente y las decisiones empresariales deberán adecuarse a las disposiciones comentadas, a fin de realizar un adecuado cumplimiento tributario.

2.1.4 La ley penal tributaria

A través del Decreto Legislativo N° 813, se regula, entre otros, el delito de “Defraudación Tributaria y el “Delito Contable”.²¹

- **Defraudación tributaria.**

El delito de Defraudación tributaria exige una conducta consistente en el engaño u otro acto fraudulento con la finalidad de dejar de pagar los tributos.

Artículo 1.- El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730 (setecientos treinta) días-multa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 813, la defraudación tributaria se presenta bajo las siguientes modalidades:

- a) Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos, rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos, para anular o reducir el tributo a pagar.

²⁰ De lo contrario, el contribuyente podría incurrir en la infracción tipificada en el numeral 5 del artículo 177 del Código Tributario, sancionada con el 0.3% de los Ingresos Netos.

²¹ Sin perjuicio de los delitos aduaneros.

Bajo esta modalidad, se comete el delito tributario de defraudación tributaria cuando con intención (dolo): (i) se ocultan bienes, ingresos o rentas para reducir el tributo a pagar y (ii) se consignan pasivos (gastos) falsos para reducir el tributo a pagar. Por ejemplo, cuando se compran facturas con la única finalidad de reducir indebidamente la base imponible del Impuesto a la Renta.

- b) No entregar al acreedor tributario el monto de las retenciones o percepciones de tributos que se hubieren efectuado, dentro del plazo que para hacerlo, fijen las leyes y reglamentos pertinentes.

Este supuesto se configura cuando el impuesto se recauda a través de la modalidad de retención o percepción y el agente (de retención o percepción) no cumple con entregar el impuesto al Estado dentro de los plazos previstos.

Sin perjuicio de lo comentado, en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 813 se han establecido dos tipos agravados de defraudación tributaria:

Artículo 4.- La defraudación tributaria será reprimida con pena privativa de libertad no menor de 8 (ocho) ni mayor de 12 (doce) años y con 730 (setecientos treinta) a 1460 (mil cuatrocientos sesenta) días-multa cuando:

a) Se obtenga exoneraciones o inafectaciones, reintegros, saldos a favor, crédito fiscal, compensaciones, devoluciones, beneficios o incentivos tributarios, simulando la existencia de hechos que permitan gozar de los mismos.

b) Se simule o provoque estados de insolvencia patrimonial que imposibiliten el cobro de tributos.

Como se observa, en este artículo se establece una pena mayor para dos supuestos concretos, el primero, consistente en la obtención fraudulenta de ventajas tributarias, y el segundo, vinculado a la simulación o provocación de una situación de insolvencia patrimonial, en donde se aparenta el estado de insolvencia con el objeto de hacer imposible el pago de los tributos correspondientes, por ejemplo, transfiriendo todos los bienes de la persona jurídica y declarándose en quiebra para no cumplir con las obligaciones tributarias.

- **Delito contable**

El proceso de ingresos y egresos es un bien jurídico dinámico que está presente desde el momento en que se realizan hechos gravados y por ende no es necesario esperar a que exista un perjuicio económico para sostener que existe el delito de defraudación tributaria, sino basta con cualquier alteración que se produzca sobre este bien jurídico para cometer el delito.

Artículo 5.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 2 (dos) ni mayor de 5 (cinco) años y con 180 (ciento ochenta) a 365 (trescientos sesenta y cinco) días-multa, el que estando obligado por las normas tributarias a llevar libros y registros contables:

- a) Incumpla totalmente dicha obligación.*
- b) No hubiera anotado actos, operaciones, ingresos en los libros y registros contables.*
- c) Realice anotaciones de cuentas, asientos, cantidades, nombres y datos falsos en los libros y registros contables.*
- d) Destruya u oculte total o parcialmente los libros y/o registros contables o los documentos relacionados con la tributación.*

Cabe señalar que, en el caso de las personas jurídicas, se considera penalmente como responsable a su representante legal, debido a que las personas jurídicas no delinquen (y no son pasibles de sanción penal como tales), por tanto, son sus representantes legales quienes pueden ser encausados penalmente, en tanto se pruebe su condición de tales en los periodos materia de análisis. Sin perjuicio de que las personas jurídicas sean pasibles de medidas de seguridad tales como: cierre temporal o definitivo de establecimiento; cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas; disolución de la persona jurídica.

Ahora bien, no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte de la Administración Tributaria cuando se regularice la situación tributaria de la persona jurídica, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas de delito tributario, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de esta, la Administración Tributaria inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.²²

Para estos efectos, se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente.²³

Por lo expuesto, la implementación de una debida diligencia para el cumplimiento oportuno de las obligaciones tributarias de la persona jurídica permitirá evitar la comisión de algún delito tributario que repercuta negativamente en ella misma y en sus representantes legales.

²² Conforme se observa del artículo 189 del Código Tributario:

Artículo 189.- JUSTICIA PENAL

Corresponde a la justicia penal ordinaria la instrucción, juzgamiento y aplicación de las penas en los delitos tributarios, de conformidad a la legislación sobre la materia.

No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia. (...)

²³ Conforme se observa del artículo 189 del Código Tributario:

Artículo 189.- JUSTICIA PENAL

(...)

Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas. (...)

2.2 Consecuencias positivas de la observancia del marco legal tributario

Según todo lo expuesto hasta ahora, la debida observancia de la normativa tributaria peruana no solo permitiría que las personas jurídicas domiciliadas eviten la generación de futuras contingencias que conlleven al pago de tributos omitidos, multas e intereses moratorios, sino que además, podría llegar a facilitar en algunos casos, la obtención de determinados incentivos tributarios, y que disminuya la posibilidad de que resulte aplicable: (i) la atribución de responsabilidad solidaria en los representantes legales, (iii) la Cláusula Antielusiva General (CAG) sobre las operaciones realizadas por la persona jurídica contribuyente, y (iv) el ejercicio de la acción penal por delitos tributarios, conforme se podrá observar a continuación:

2.2.1. Incentivos por el cumplimiento tributario

Como es de conocimiento general, la Administración Tributaria cuenta con recursos limitados para efectos de poder fiscalizar la correcta determinación de los tributos de todos los contribuyentes que tiene a su cargo.

En razón a ello, el Estado incentiva el correcto cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias en los contribuyentes, entre otras acciones, a través del otorgamiento de determinadas facilidades o incentivos (por ejemplo, mayor plazo para la presentación de las declaraciones mensuales, entre otros).

Actualmente, se vienen otorgando los siguientes incentivos a los contribuyentes que de manera voluntaria cumplan con sus obligaciones tributarias:

a) Tratamiento preferencial a determinados contribuyentes

Como se recordará, mediante el Decreto Legislativo N° 912 se creó el Régimen de Buenos Contribuyentes para los contribuyentes y/o responsables que cuenten con una adecuada trayectoria de cumplimiento de sus obligaciones tributarias vinculadas a tributos recaudados y/o administrados por la SUNAT.

- Este Régimen, establecía los siguientes beneficios para los designados por la SUNAT como Buenos Contribuyentes:
- Cronograma especial para declarar y pagar los tributos (cronograma con mayor plazo para cumplir adecuadamente con las obligaciones tributarias).
- Atención preferente en los centros de servicios al contribuyente de la SUNAT.
- No aplicación del Régimen de Retenciones del IGV.²⁴
- Atención preferente para las solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento de la deuda tributaria, para la que no se pide garantía.

²⁴ El Régimen de Retenciones del IGV implica que el deudor no paga el 100% del monto de la operación a su acreedor, sino que le resta parte de dicho monto (3%) para ser entregado a la SUNAT. En este caso, no procedía realizar la retención del IGV a los que fueron designados por la SUNAT como Buenos Contribuyentes.

- Atención preferente (plazo de 5 días hábiles) para las solicitudes de devolución por Régimen General de Recuperación Anticipada del IGV e ISC.
- Atención preferente (plazo de 5 días hábiles) para las solicitudes de devolución de Saldos a Favor del Exportador.
- Atención preferente (plazo de 1 día hábil) para las solicitudes de devolución de pagos indebidos o en exceso de tributos administrados o recaudados por la Sunat sin necesidad de garantías.²⁵
- Atención preferente (plazo de 10 días hábiles) para las solicitudes de Reintegro tributario Región Selva.

Nótese que para incorporar a algún contribuyente en el Régimen de Buenos Contribuyentes, la SUNAT se basaba, entre otros, en los siguientes criterios:

- Haber presentado oportunamente sus declaraciones y efectuado el pago del íntegro de las obligaciones tributarias vencidas durante los últimos 12 meses.
- Tratándose de empresas o entidades, que por su intermedio no se hayan realizado hechos que:
 - ✓ Sean denunciados o comunicados como indicios de delito tributario y/o aduanero, por parte de la SUNAT, o
 - ✓ Sean materia de procesos en trámite por delito tributario y/o aduanero, siempre que las personas involucradas tengan o hubieran tenido poder de decisión sobre aquellas; u,
 - ✓ Originaron la emisión de una sentencia condenatoria que esté vigente por delito tributario y/o aduanero, siempre que las personas involucradas tengan o hubieran tenido poder de decisión sobre aquellas.
- No tener la condición de no habido en el RUC durante los últimos 3 meses.
- No tener deuda tributaria, que haya ameritado trabar medidas cautelares previas o que se encuentre dentro de un procedimiento de cobranza coactiva o en un procedimiento concursal.
- No contar con resoluciones de determinación con monto mayor a “0” notificadas durante los 12 últimos meses.
- No contar con órdenes de pago, resoluciones de multa por determinadas infracciones, comiso, cierre o internamiento temporal de vehículos notificadas durante los últimos 12 meses.

Como se observa, solo los contribuyentes con un adecuado historial de cumplimiento tributario podían acceder a estos beneficios.

²⁵ No estaban comprendidos en este beneficio los tributos vinculados al ESSALUD y a la ONP.

Cabe señalar que el Régimen de Buenos Contribuyentes quedó derogado por el Decreto Legislativo N° 1535²⁶ que inicia el establecimiento de un nuevo sistema de evaluación de los contribuyentes y que será reglamentado. Sin embargo, quienes hubieran sido designados como Buenos Contribuyentes, seguirán gozando de los beneficios de este Régimen hasta que se les asigne un nuevo perfil de cumplimiento.

En efecto, este Decreto Legislativo N° 1535 crea el perfil de cumplimiento que se asigna a los sujetos que deben cumplir con las obligaciones tributarias administradas por la SUNAT.

La finalidad de este Decreto Legislativo en teoría sería incentivar, a través de la creación del perfil, el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, para lo cual se podrán establecer facilidades o limitaciones según nivel de cumplimiento tributario (los cuales serán como mínimo 5 niveles de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento).

Obsérvese que con la creación de estos perfiles tributarios, la SUNAT si bien podrá establecer facilidades (o por el contrario restricciones) también pondrá mayor énfasis en fiscalizar a los contribuyentes con un bajo nivel de cumplimiento tributario, por lo que se recomienda también por lo expuesto, que las personas jurídicas implementen una debida diligencia que permita llevar un adecuado control tributario a fin de verificar el cumplimiento correcto y oportuno de sus obligaciones tributarias, lo que les permitirán obtener un alto nivel de cumplimiento tributario y el goce de determinados incentivos o facilidades tributarias en el marco de este nuevo mecanismo.

b) Descuentos en la aplicación de multas

Sabemos bien que, los contribuyentes que incumplan con sus obligaciones tributarias, entre otras medidas, serán sancionados con la aplicación de multas e intereses moratorios, de corresponder.

Dependiendo del tipo de infracción, la multa podría calcularse en base a los ingresos netos del ejercicio anterior, o en base al tributo por pagar omitido, o en base a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) del ejercicio de la comisión o detección de la infracción.

Pensemos en un ejemplo que haya cobrado notoria relevancia durante este 2022. Como sabemos, las personas jurídicas domiciliadas en el país que no presenten dentro del plazo establecido la declaración jurada del beneficiario final²⁷, se encontrarán sujetas a una multa equivalente al 0.6% de los ingresos netos del ejercicio anterior, la cual no podrá ser menor a 5 UIT (S/ 23,000 para el 2022) ni mayor a S/ 50 UIT (S/ 230,000 para el 2022).²⁸

Nótese que, nos parezca o no correcto (lo que no es materia del presente trabajo) las multas en materia tributaria se aplican de manera objetiva²⁹, por lo que el incumplimiento de la

²⁶ Decreto Legislativo publicado con fecha 19 de marzo de 2022.

²⁷ Los beneficiarios finales son las personas naturales que efectiva y finalmente posean o controlan personas jurídicas. A través de esta declaración, la SUNAT tiene acceso a la información de los verdaderos dueños, propietarios o titulares de las personas jurídicas a fin de fortalecer la lucha contra la evasión y elusión tributaria.

²⁸ Infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 176° del Código Tributario.

²⁹ RTF N° 03545-5-2005

Para determinar una infracción de manera objetiva, tal como lo señala el artículo 165° del Código Tributario, es irrelevante el dolo o la culpa, por lo que en el presente caso, a pesar de que la recurrente no pudo presentar la

mencionada obligación genera que se deba pagar la multa (en nuestro ejemplo anterior cometida desde que se venció el plazo para presentar la declaración), aun cuando la SUNAT no notifique de tal hecho al presunto infractor.

Para tales efectos, a fin de que los contribuyentes regularicen su situación tributaria, la SUNAT a través de la Resolución de Superintendencia N° 063-2007/SUNAT ha establecido un Régimen de Gradualidad para las multas tributarias.

Este Régimen de Gradualidad promueve en los contribuyentes a regularizar de manera voluntaria los incumplimientos tributarios en que hubieran incurrido con el beneficiario de obtener una rebaja en el monto de la multa a pagar (por ejemplo, rebajas del 100%, 95%, 90%, entre otros).³⁰

Siguiendo con el ejemplo anterior, conforme hemos comentado anteriormente, la persona jurídica que no hubiera presentado dentro del plazo previsto la declaración del beneficiario final, se encontrará sujeta a una multa del 0.6% de los ingresos netos del ejercicio anterior, la cual no podrá ser menor a 5 UIT (S/ 23,000 para el 2022) ni mayor a S/ 50 UIT (S/ 230,000 para el 2022).³¹

No obstante, si dicha persona jurídica regulariza su situación tributaria de manera voluntaria³², es decir, presenta la declaración del beneficiario final de manera extemporánea, podrá acogerse a una gradualidad del 100% sobre la multa a pagar; en otras palabras, no deberá pagar la multa por no haber presentado la declaración dentro del plazo previsto en aplicación del Régimen de Gradualidad.

Por otro lado, nuestro Código Tributario en su artículo 179°, también recoge un Régimen de incentivos tributarios que permite la reducción del monto de determinadas sanciones impuestas por Administraciones Tributarias distintas a la SUNAT.

Considerando lo anterior, se recomienda que las personas jurídicas implementen una debida diligencia que permita llevar un adecuado control tributario a fin de verificar que no existan omisiones tributarias y, en caso existan, poder aprovechar las rebajas máximas establecidas por el Régimen de Gradualidad y por el Régimen de incentivos tributarios, para las subsanaciones voluntarias a fin de reducir el costo tributario de los incumplimientos que ya se hubiesen generado.

2.2.2 Disminución de la posibilidad de atribución de responsabilidad solidaria en los representantes legales

Conforme hemos indicado anteriormente, los representantes legales podrán ser designados como responsables solidarios para el pago de las deudas tributarias de la persona jurídica domiciliada (inclusive con su propio patrimonio en el marco de la solidaridad), cuando por dolo, negligencia grave o abuso de facultades se dejen de pagar las referidas deudas.

declaración por agotarse los formularios en el Banco de la Nación, esta habría cometido la infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 176°, al no presentar la declaración jurada dentro de los plazos establecidos.

³⁰ Cabe señalar que el Régimen de Gradualidad también se podrá aplicar de manera inducida por la SUNAT, sin embargo, en estos casos, las rebajas suelen ser con menores porcentajes.

³¹ Infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 176° del Código Tributario.

³² Antes de que surta efecto la notificación de la SUNAT en que se comunica al infractor que ha incurrido en infracción.

Al respecto, debe considerarse que existen determinados supuestos comentados anteriormente, donde se presume que los representantes legales actúan con dolo, negligencia grave o abuso de facultades, situaciones que determinan que la responsabilidad del representante legal llegue incluso a ser solidaria.

Siguiendo la línea de recoger situaciones con mayor notoriedad en la actualidad, retomemos que se presume que los representantes legales actúan con dolo, negligencia grave o abuso de facultades, cuando la persona jurídica representada omite presentar la declaración del beneficiario final.

Recordemos como lo hemos mencionado anteriormente, que la no presentación de dicha declaración desde ya, genera una multa del 0.6% de los ingresos netos del ejercicio anterior, la cual no podrá ser menor a 5 UIT (S/ 23,000 para el 2022) ni mayor a S/ 50 UIT (S/ 230,000 para el 2022).³³

En base a la posible atribución de responsabilidad solidaria, la SUNAT podrá exigir el pago de multa a cada uno de los representantes legales que estuvieron a cargo en el periodo que correspondía presentar la declaración, sin perjuicio de exigir paralelamente la exigencia de pago de la deuda tributaria a la persona jurídica.

Nótese que si la persona jurídica que es el contribuyente en este caso, hubiera implementado un procedimiento para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias, no nos encontraríamos en la situación de que se apliquen las normas de atribución de responsabilidad solidaria a los representantes legales, debido a que la declaración se hubiera presentado oportunamente, o en su defecto, luego de una revisión de control interno, se hubiera subsanado oportunamente la infracción para acogerse al Régimen de Gradualidad por ejemplo, comentado en el punto anterior. En cualquiera de los casos, no existiría deuda tributaria que pudiera ser exigida a los representantes legales de manera solidaria pues bajo un adecuado control tributario, ya se habría cumplido con la obligación tributaria de manera oportuna y debida.

2.2.3 Disminución en la posibilidad de la aplicación de la Cláusula Antielusiva General

Conforme hemos indicado anteriormente, la Cláusula Antielusiva General (CAG)³⁴ resultaría aplicable en actos, situaciones o esquemas que puedan implicar incumplimiento tributario

³³ Infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 176° del Código Tributario.

³⁴ NORMA XVI: CALIFICACIÓN, ELUSIÓN DE NORMAS TRIBUTARIAS Y SIMULACIÓN.

(...)

En caso que se detecten supuestos de elusión de normas tributarias, la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT se encuentra facultada para exigir la deuda tributaria o disminuir el importe de los saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias, créditos por tributos o eliminar la ventaja tributaria, sin perjuicio de la restitución de los montos que hubieran sido devueltos indebidamente.

Cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se reduzca la base imponible o la deuda tributaria, o se obtengan saldos o créditos a favor, pérdidas tributarias o créditos por tributos mediante actos respecto de los que se presenten en forma concurrente las siguientes circunstancias, sustentadas por la SUNAT:

a) Que individualmente o de forma conjunta sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
b) Que de su utilización resulten efectos jurídicos o económicos, distintos del ahorro o ventaja tributarios, que sean iguales o similares a los que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios.

en el marco de un escenario de elusión tributaria en los términos señalados por la norma tributaria.

En este orden de ideas, los contribuyentes deberán permanentemente verificar si es que están realizando actos, situaciones o esquemas que resultan artificiosos o impropios, con la finalidad de obtener un ahorro o ventaja tributaria.

Ya hemos abordado este tema en el punto 2.1.3 del presente trabajo con mayor amplitud, pero para efectos de referirnos al tema de manera concreta y evidenciar cómo es que el cumplimiento tributario puede disminuir situaciones de riesgo para el contribuyente y para el representante legal en este contexto, es oportuno mencionar nuevamente que la SUNAT mediante el Catálogo de Esquemas de Alto Riesgo Fiscal ha señalado, de manera enunciativa que serán materia de evaluación para efectos de la aplicación la CAG, cuando en una fiscalización encuentre, entre otras, las siguientes situaciones:

a) Deducción de regalías por cesión en uso de marca

(i) Descripción del esquema:

- “A” es una sociedad domiciliada en el Perú y tiene como accionista mayoritario a una persona natural domiciliada en el mismo país.
- “A” es propietaria de una marca inscrita en INDECOPI.
- “A” decide no renovar el registro de su marca en INDECOPI, para que su accionista mayoritario inscriba a su nombre la referida marca.
- Luego, el accionista cede en uso la marca (ahora de su titularidad) a favor de “A” a cambio del pago de regalías.

(ii) Efecto tributario:

- “A” genera un gasto por regalías. Este gasto implica que “A” determine un menor Impuesto a la Renta (29.5%) a pagar.
- El accionista de “A” obtiene una renta por regalías gravada con la tasa reducida del 5% por Impuesto a la Renta.
- Como consecuencia de este esquema, se estaría dejando de pagar indebidamente un 24.5% (29.5% - 5%) por Impuesto a la Renta.

(iii) Principales consecuencias económicas de la aplicación de la CAG:

La SUNAT, de ser el caso, podría exigir:

La SUNAT, aplicará la norma que hubiera correspondido a los actos usuales o propios, ejecutando lo señalado en el segundo párrafo, según sea el caso.

Para tal efecto, se entiende por créditos por tributos el saldo a favor del exportador, el reintegro tributario, recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, devolución definitiva del Impuesto General a las Ventas e Impuesto de Promoción Municipal, restitución de derechos arancelarios y cualquier otro concepto similar establecido en las normas tributarias que no constituyan pagos indebidos o en exceso. (...)

- A la sociedad ("A"):
 - ✓ El pago del Impuesto a la Renta omitido, más intereses moratorios, por cada uno de los ejercicios no prescritos en los cuales se hubieran deducido indebidamente como gasto las regalías pagadas al accionista.
 - ✓ El pago de la multa del 50% del tributo por pagar omitido, más intereses moratorios, por cada uno de los ejercicios no prescritos, de corresponder.
- A los representantes legales (ej. Gerente General) de "A" que colaboraron con el diseño, la aprobación o la ejecución de este esquema, el pago de las omisiones tributarias que se hubieran generado en la sociedad a través de la imputación de responsabilidad solidaria. Como venimos señalando, esta responsabilidad solidaria implica que estas personas deberán pagar la deuda tributaria de la sociedad, inclusive con su propio patrimonio.
- A los miembros del Directorio de la sociedad "A" que aprobaron el esquema en el marco de la planificación fiscal, el pago de las omisiones tributarias que se hubieran generado en la sociedad a través de la imputación de responsabilidad solidaria.

El esquema reseñado hará que la SUNAT en el marco de un procedimiento de fiscalización decida realizar su análisis en el marco de la aplicación de la CAG, pero no implica de plano que todas las cesiones de marcas realizadas por los accionistas a favor de sus sociedades se encontrarán sujetas a la aplicación de la CAG, desconociéndose de manera generalizada el gasto por regalías pagadas en la sociedad y generando el pago de un mayor IR. Ello no será necesariamente así.

Efectivamente, en base a una adecuada política de cumplimiento tributario, la sociedad podría llegar a deducir válidamente las regalías pagadas a favor de un accionista por la cesión de la marca, generando un ahorro tributario válido y ajustado al marco legal tributario vigente. Así pues, en la medida que, mediante la implementación de correctos lineamientos de cumplimiento tributario se establezca que solo se pagarán regalías por la cesión en uso de la marca cuando se pueda sustentar fehacientemente que el accionista (y no la sociedad) es quien creó la marca y quién le generó valor económico a dicha marca, no resultaría aplicable la CAG pues no estaríamos ante un acto artificioso o impropio.

Cabe evidenciar que, tomando las previsiones ya comentadas, se revisarían periódicamente los actos aprobados y ejecutados en la persona jurídica, por lo que de haberse dado el esquema anteriormente comentado (o algún caso similar), se procedería a corregir voluntariamente este supuesto a fin de evitar mayores contingencias tributarias y gozar, de ser el caso, de una mayor gradualidad en el pago de las multas tributarias.

b) Deducción de gasto por servicio de gerenciamiento

(i) Descripción del esquema:

- "A" y "B" son sociedades domiciliadas en el Perú que se encuentran vinculadas entre sí.

- “B” viene arrastrando pérdidas tributarias de ejercicios anteriores.
- En razón a ello, “A” y “B” suscriben un contrato donde “B” brindará el servicio de gerenciamiento a favor de “A” a cambio de una retribución.
- No obstante, para que “B” pueda brindar este servicio, los gerentes de “A” (personas naturales) pasan a formar parte de la planilla de “B” pero seguirán realizando las mismas funciones que desempeñaban en “A”. Es decir, con la contratación de “B” no se genera ningún beneficiario para “A” pues se trataría del mismo servicio que le brindaban las personas naturales (gerentes).
- “A” pagará una retribución a “B” a valor de mercado, la cual resulta ser mucho mayor a las remuneraciones que “A” pagaba directamente a sus gerentes (personas naturales).

(ii) Efecto tributario:

- “A” genera un mayor gasto por el servicio de gerenciamiento en comparación con las remuneraciones que pagaba directamente a los gerentes (personas naturales). Este gasto implica que “A” determine un menor Impuesto a la Renta (29.5%) a pagar.
- “B” obtiene un mayor ingreso gravado con el Impuesto a la Renta por el servicio de gerenciamiento. Sin embargo, “B” no pagará Impuesto a la Renta debido a que este ingreso se compensará con las pérdidas tributarias que “B” viene arrastrando.
- Como consecuencia de este esquema, “A” estaría pagando un menor Impuesto a la Renta (29.5%) del que le correspondería.

(iii) Principales consecuencias económicas de la aplicación de la CAG:

La SUNAT, de ser el caso, podría exigir:

- A la sociedad (“A”):
 - ✓ El pago del Impuesto a la Renta omitido, más intereses moratorios, por cada uno de los ejercicios no prescritos en los cuales se hubieran deducido indebidamente como gasto los servicios de gerenciamiento.
 - ✓ El pago de la multa del 50% del tributo por pagar omitido, más intereses moratorios, por cada uno de los ejercicios no prescritos.
 - ✓ El pago del IGV omitido, más intereses moratorios, en cada uno de los periodos no prescritos en que se hubiera aplicado el crédito fiscal indebido por el servicio de gerenciamiento.
 - ✓ El pago de multas del 50% del tributo por pagar omitido, más intereses moratorios, por cada uno de los periodos no prescritos en que se hubiera aplicado el crédito fiscal indebido por el servicio de gerenciamiento.

- ✓ A los representantes legales (ej. Gerente General) de "A" que colaboraron con el diseño, la aprobación o la ejecución de este esquema, el pago de las omisiones tributarias que se hubieran generado en la sociedad a través de la imputación de responsabilidad solidaria.
- ✓ A los miembros del Directorio de la sociedad "A" que aprobaron el esquema en el marco de la planificación fiscal, el pago de las omisiones tributarias que se hubieran generado en la sociedad a través de la imputación de responsabilidad solidaria.

Al igual que en el caso anterior, en base a una adecuada política de cumplimiento tributario, la sociedad se podría encontrar en un escenario adecuado que le permita deducir válidamente los pagos por servicios de gerenciamiento, generando un ahorro tributario válido dentro del marco legal vigente.

Pensemos más bien en la contratación legítima y veraz de un servicio de gerenciamiento cuando este servicio otorgue un beneficio real y tangible para la sociedad, distinto al brindado por su Gerente, y en la medida que la sociedad necesite de dicho servicio especializado, podrían existir argumentos para sostener que no sería aplicable la CAG.

De igual manera, la existencia de lineamientos adecuados para un cumplimiento tributario en la sociedad, permitirá adicionalmente revertir oportunamente cualquier actuación realizada en la sociedad que no se encuentre acorde con la normativa tributaria vigente o que resulte potencialmente riesgosa o contingente desde el punto de vista tributario.

Por lo expuesto, la implementación de políticas de cumplimiento tributario en la persona jurídica permitirá evitar que las decisiones adoptadas, dentro de la persona jurídica, puedan llegar a generar contingencias tributarias futuras ante una eventual fiscalización de la SUNAT donde se evalúe la aplicación de la CAG.

2.2.4. Disminución en la posibilidad del ejercicio de la acción penal por delitos tributarios

Conforme hemos indicado anteriormente, en los delitos tributarios, el representante legal es quien sería considerado penalmente como responsable, por lo que el cumplimiento adecuado de las obligaciones tributarias resultan sumamente importante para dicho representante legal, pues su inobservancia, podría llegar a generar potencialmente algún delito tributario sancionado con pena privativa de libertad.

En razón a ello, se debe tener en cuenta que no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte de la Administración Tributaria cuando se regularice la situación tributaria de la persona jurídica, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas de delito tributario, antes de que la Administración Tributaria inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

Para estos efectos, la implementación de una política de cumplimiento tributario en la sociedad, no solo evitará que se incumplan las obligaciones tributarias o que se incurra en algún supuesto de delito tributario, sino que además, en el peor de los casos, permitirá

regularizar la situación tributaria de la persona jurídica de manera oportuna, evitando que se inicie el ejercicio de la acción penal, protegiendo al representante legal de que pueda ser privado de su libertad.

2.2.5. Cumplimiento tributario como parte de las políticas de responsabilidad social empresarial o corporativa

Actualmente las personas jurídicas son cada vez más conscientes respecto a que existe una necesidad de contribuir con el desarrollo sostenible del país. Así, uno de los flancos para contribuir con dicho fin es a través de la adopción de políticas de Responsabilidad Social Empresarial – RSE (o Responsabilidad Social Corporativa - RSC).

Es bien sabido que una persona jurídica socialmente responsable es aquella que asume o se hace cargo de gestionar las consecuencias de los impactos de sus acciones al realizar sus actividades económicas. La RSE (o RSC) debe incorporarse en la visión del negocio, en la cultura organizacional, basada en el respeto, los valores, la ética, la tolerancia, el cuidado del medio ambiente y la sostenibilidad.

Adoptar políticas de RSE (o RSC) involucra que las personas jurídicas participen activamente en beneficio de los grupos de interés que los rodean, entre los cuales se encuentra el Estado y la comunidad.

Como se observa, contribuir y sumar para este objetivo, no solo involucra cuidar y proteger el medio ambiente, entre otras correctas acciones concretas que son manifestadas mayormente en la actualidad, sino que claramente involucra que las personas jurídicas cumplan con todo el ordenamiento jurídico tributario y que contribuyan directamente en el desarrollo social del país, esto es en buena cuenta, que participen activamente con el sostenimiento del Estado a través del pago de los tributos y en general se sometan a las obligaciones tributarias dentro de lo que corresponda por ley

En ese sentido, formará parte de las políticas de RSE (o RSC), entre otros aspectos, los más resaltantes:

- El cumplimiento normativo en general y, en especial, el cumplimiento de las obligaciones tributarias de una persona jurídica, pues a través de estas obligaciones tributarias, la persona jurídica cumple con el pago de sus tributos de manera correcta, lo que permite contribuir con el sostenimiento del Estado en beneficio del país.
- La limitación para implementar esquemas de planificación tributaria agresiva o desleal que conlleven indebidamente la evasión en el pago de los tributos, pues disminuiría injustificadamente la recaudación del Estado.

Cabe precisar que adoptar políticas de RSE (o RSC) permitirá adicionalmente a las personas jurídicas obtener una mejor reputación en el mercado, una mejor captación de clientes y un mejor desarrollo operativo, lo cual es fundamental para cualquier negocio, solo por mencionar algunos aspectos positivos del “cumplimiento tributario” en el marco de la RSE (o RSC).

Por lo expuesto, la implementación de políticas de RSE enfocadas en el adecuado cumplimiento tributario permitirá que la persona jurídica obtenga mayores beneficios derivados de su propio desarrollo económico y actuar diligente.

III. PAUTAS GENERALES QUE PODRÍAN IMPLEMENTARSE PARA CONTAR CON UN ADECUADO CUMPLIMIENTO TRIBUTARIO³⁵

Visto todo lo expresado, para efectos de contar con un adecuado sistema de gestión de cumplimiento tributario, por lo menos se requiere lo siguiente:

- (i) Identificar correctamente las obligaciones tributarias a las que se encuentra sometida la persona jurídica en su calidad de contribuyente por sus actividades económicas y realizar una evaluación de los riesgos que se derivarían del incumplimiento de estas obligaciones tributarias.
- (ii) Fomentar la cultura de cumplimiento tributario, potenciando la formación del personal en materia tributaria.
- (iii) Evidenciar el compromiso de las personas a cargo de la organización y proporcionarles, a la vez, mecanismos de control para una adecuada verificación de las políticas de cumplimiento tributario en la persona jurídica.
- (iv) Reforzar la política de "cumplimiento tributario" como una de las políticas relevantes dentro de la persona jurídica.
- (v) Poder evidenciar ante terceros (en específico, frente a la Administración Tributaria), el compromiso con el cumplimiento tributario.

Estas medidas buscan prevenir, detectar, gestionar y/o mitigar los potenciales riesgos en materia tributaria:

- La prevención implica contar con conocimientos adecuados para poder tomar decisiones acordes con el marco normativo tributario vigente. Estos conocimientos pueden ser suministrados por terceros (por ejemplo, a través de asesorías externas) o por la misma área encargada al interior de la persona jurídica.

Por ejemplo, se requiere contar con personal calificado en materia tributaria que permita conocer y aplicar los criterios tributarios vigentes.

- La detección implica que se trate de verificar en determinados lapsos de tiempo si se han cumplido debidamente con las obligaciones tributarias.

Por ejemplo, se requiere contar con revisiones periódicas de los criterios tributarios que se vienen aplicando en la persona jurídica a fin de validarlos o corregirlos oportunamente.

³⁵ En base a la Guía de implementación de compliance para pymes. "Manual práctico de implementación" de la World Compliance Association.

- La gestión y/o mitigación implica que se den soluciones a las contingencias detectadas, procurando aprovechar incentivos o regímenes de gradualidad aplicables.

Por ejemplo, se requiere corregir oportunamente las políticas que pudieran ocasionar contingencias tributarias en la persona jurídica.

Ahora bien, respecto a las acciones concretas para la implementación de un adecuado control tributario, estimamos que se deberían tomar en consideración las siguientes medidas:

- Capacitar a los colaboradores de la persona jurídica en materia tributaria.
- Registrar o identificar las operaciones que podrían generar contingencias tributarias en la persona jurídica.
- Contar con revisiones periódicas sobre el manejo tributario implementado en la persona jurídica.
- Establecer directivas sobre el manejo tributario de las operaciones de la persona jurídica.
- Regularizar voluntariamente las obligaciones tributarias pendientes.

IV. PRINCIPALES CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El incumplimiento de las obligaciones tributarias en general conlleva a la cobranza del tributo omitido más intereses moratorios, la imposición de multas más intereses moratorios, y de ser el caso si correspondiera según las circunstancias, podría llegar a generar la comisión de un delito tributario con el consecuente inicio de la acción penal.
2. La deuda tributaria (tributo, multas e intereses, de corresponder) no solo podrá ser exigida al contribuyente, sino también a quienes lleguen a calificar legalmente como responsables solidarios, teniendo que afrontar el pago de la deuda incluso con su propio patrimonio.
3. La responsabilidad de los representantes legales, si es atribuida de manera solidaria, no solo se limitaría al ámbito administrativo, sino que también en algunos supuestos podría trascender la responsabilidad al ámbito penal por la comisión de un delito tributario, por lo que resulta de especial importancia que se cuente con una adecuada política de “cumplimiento tributario” en la persona jurídica.
4. La implementación de una adecuada política de “cumplimiento tributario”, no solo permite que las personas jurídicas eviten la generación de las contingencias indicadas, sino que además facilita en algunos casos, la obtención de determinados incentivos tributarios, y que disminuya la posibilidad de que resulte aplicable: (i) la atribución de responsabilidad solidaria en los representantes legales, (ii) la Cláusula

Antielusiva General (CAG) sobre las operaciones del contribuyente, y (iii) el ejercicio de la acción penal por delitos tributarios.

5. La implementación de una adecuada política de “cumplimiento tributario”, contribuirá a que el contribuyente llegue a ser considerado como una persona jurídica socialmente responsable que le permitirá obtener una mejor reputación en el mercado, una mejor captación de clientes y un mejor desarrollo operativo, lo cual es fundamental para el desarrollo económico de la persona jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- PAREJA GARCIA, BORJA. El Tax Compliance y el cumplimiento Tributario: Nuevos retos empresariales. Unixa, Derecho Penal & Compliance, 2018.
- World Compliance Association. Guía de implementación de Compliance para pymes. “Manual práctico de implementación”, 2019.
- ROSA ISOLINA CARRASCO-PAZ, JUAN CARLOS ERAZO-ÁLVAREZ. Compliance tributario como herramienta de gestión para la identificación, prevención y detección de contingencias fiscales. Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología. Edición especial II. 2021.
- TONI JUSTICIA. COMPLIANCE TRIBUTARIO. GRANT THORNTON. 2021. Consulta: 06 de julio de 2022: https://www.auditorsensors.com/uploads/20210420/2021_04_compliance_trIBUTARIO.pdf



COMPLIANCE Y PROPIEDAD INTELECTUAL

**Autor: Mauricio
Paredes Contreras**

COMPLIANCE Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Compliance and intelectual property

Mauricio Paredes Contreras¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Aspectos Generales
- III. Esquema de Propiedad Intelectual
- IV. Infracción a los derechos de Propiedad Intelectual
- V. Delitos contra los derechos intelectuales
- VI. Aplicación del compliance en temas de Propiedad Intelectual
- VII. Reflexiones Finales

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar la necesidad de que una empresa cuente con un sistema de compliance para normas de Propiedad Intelectual. Para ello se explica los principales elementos de la propiedad intelectual, infracciones y aspecto sancionador, para luego detallar algunos elementos del compliance que pudiera rescatar una empresa para evitar infracciones y sanciones.

Palabras clave: *Compliance, propiedad intelectual, derecho de autor, propiedad industrial, infracciones, sanciones, riesgos.*

Abstract

The purpose of this article is to analyze the need for a company to have a compliance system for Intellectual Property regulations. For this purpose, the main elements of intellectual property, infringements and sanctions aspects are explained, and also the main elements of a compliance system that a company could rescue to avoid infringements and sanctions.

¹ Abogado por la Universidad de Lima, LLM Business and Trade Law, Erasmus University Rotterdam, Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Cursos y Diplomado en Arbitraje de Inversiones de la Universidad Pacífico. Especialista en Mercado de Valores, Comercio Exterior y Propiedad Intelectual. Docente en el Centro de Estudios Bursátiles de la Bolsa de Valores de Lima, Jefe del Área de Propiedad Intelectual de TYTL Abogados. Email: mparedes@tytl.com.pe.

Key words: *Compliance, intellectual property, copyright, industrial property, infringement, sanctions, risks.*

I. INTRODUCCIÓN

El Estado protege la propiedad intelectual, no solo para premiar la creatividad de sus ciudadanos, sino también para reconocer el esfuerzo y todos aquellos aportes que estos brinden para el bienestar general.

En todo acto de emprendimiento, las normas de Propiedad Intelectual están presentes para proteger nuestros derechos; en algunos casos ya plasmados con la creación de obras; software, obras literarias, obras plásticas, obras audiovisuales, o con algún registro, como marcas, patentes, diseños industriales, diseño de utilidad etc. Quizá en un inicio solo sea necesario realizar un registro, pero conforme el emprendimiento vaya tomando forma, nuevas aristas de protección irán surgiendo, y por ende se evaluará proteger mejor los derechos.²

No obstante, la realidad nos enseña que el camino de desarrollar un negocio, y por tanto proteger nuestros inventos, obras y/o creaciones, puede resultar tortuoso. Por ejemplo, cada día aparecen noticias en el medio local e internacional, de denuncias sobre vulneración a derechos de autor, en obras literarias, software, plagios en tesis universitarias, obras musicales, y enfrentamiento entre grandes corporaciones debido a supuestas vulneraciones en temas de patentes, diseños industriales etc.

Estos hechos, no solo afectan a los derechos de los verdaderos titulares o desarrolladores de una patente, marca, u obra, y por ende afectar el desarrollo de un emprendimiento o negocio en marcha, sino también afectar la reputación de la empresa, o persona involucrada o relacionada en tales hechos infractores, asimismo, al pago de multas y hasta sanciones penales.

Ello nos debe hacer reflexionar, si a raíz de estos incumplimientos, resulta conveniente que una empresa u organización, cuente con un sistema o programa de compliance o de cumplimiento de normas y preceptos que eviten o minimicen cualquier infracción a derechos de propiedad intelectual, o si solo basta con incorporar algunas normas o cláusulas contractuales, en la que se prohíban conductas que atenten contra derechos intelectuales de terceros.

II. ASPECTOS GENERALES

Cuando hablamos de “compliance”, nos viene a la mente el cumplimiento corporativo de conductas, reglas y normas a efecto de prevenir, gestionar riesgos, detectar y reportar los

² PAREDES CONTRERAS, Mauricio Martín. “La Propiedad Intelectual en tiempos de Pandemia”. Artículo publicado en el Diario Expreso, el 06.11.2020.

mismos, así como dar soluciones en caso de incumplimiento, con el fin de mantener la buena reputación e imagen empresarial y cuidar la información de la empresa.

Para ello, se establece estándares de conducta y esquemas de normas de obligatorio cumplimiento, así como procedimientos internos a efecto de evitar y o reducir los efectos frente a cualquier incumplimiento.

Con la promulgación de la Ley No. 30424 y su reglamento, los sistemas de compliance adoptados por las empresas se han centrado más en normas de prevención de lavado de activos, financiamiento al terrorismo, cohecho pasivo y una serie de tipos penales, y a su vez han servido de paliativo para reducir la responsabilidad de las empresas en la comisión de dichos delitos por parte de sus funcionarios.

No obstante, en los últimos años, las empresas han ampliado el espectro en la implementación de sistema de compliance, para cumplir preceptos o establecer lineamientos no necesariamente para evitar la comisión de ilícitos penales, sino sanciones administrativas, y/o posibles demandas por daños, que pueden generar una afectación económica y sobre todo de imagen a la empresa.

La premisa actual es contar con un adecuado sistema de cumplimiento de normas, que permitan a una empresa, no solo evitar la comisión de delitos, sino la comisión de faltas y/o infracciones administrativas, que conlleve a un daño posterior afectando los derechos de terceros.

Por ejemplo, el Código de Consumo, aprobado mediante Ley 29571 contempla la posibilidad que proveedores de servicios puedan implementar un sistema de compliance en temas de protección al consumidor y de publicidad comercial, y con ello, reducir hasta cierto punto la responsabilidad de los proveedores en caso de infracciones, siendo viable hasta una reducción a la sanción a imponer.³

Tratándose de normas de propiedad intelectual, si bien la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina de Naciones, la Ley de Derecho de Autor, aprobada mediante Decreto Legislativo No. 822, y normas complementarias, no hacen mención ni fomentan la posibilidad de aplicar un sistema de compliance, cada vez más empresas incorporan dentro de un sistema de compliance corporativo, el cumplimiento de normas de propiedad intelectual.

III. ELEMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Como punto de partida hay que empezar señalando que las normas de propiedad intelectual se dividen en dos grandes rubros:

- (i) Derecho de autor, mismas que protegen creaciones como obras literarias, obras musicales, obras audiovisuales, fonogramas, obras plásticas, software y/o

³ Mediante Decreto Supremo No. 185-2019-PCM se aprobó el reglamento del Código de Consumo, que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materias de consumidor y publicidad comercial.

cualquier manifestación artística, así como sus derechos conexos, que incluyen a los ejecutantes, editores, productores etc.

- (ii) Propiedad Industrial, cuyas normas protegen la inventiva y/o signos creados por personas. Dentro de este rubro tenemos a las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, esquemas trazados de circuitos integrados, marcas, nombres comerciales, lemas comerciales, marcas colectivas, marcas de certificación, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, secretos empresariales entre otros derechos.

Se puede agregar un tercer rubro, que serían a las variedades vegetales, cuyos derechos se ven plasmados en la obtención de certificados de obtentor.

Ahora bien, para acceder a un derecho de exclusividad sobre los elementos antes mencionados, tratándose de elementos de propiedad industrial, estos derechos tienen que estar inscritos en un registro.⁴ Tratándose de elementos de derechos de autor, el registro es solo declarativo de derechos, en otras palabras, es optativo, dado que los derechos de exclusividad nacen con la creación de la obra y no con el registro.⁵

Los requisitos para poder acceder a la protección de la Propiedad Intelectual, dependerá del elemento que se desea proteger. Por ejemplo, tratándose de una obra, el requisito es la originalidad; tratándose de una patente de invención, los requisitos son, la novedad, el nivel inventivo y la aplicación industrial y; tratándose de una marca, uno de los requisitos esenciales es la distintividad.

No obstante, existen otros requisitos de fondo, no relacionados con la naturaleza del elemento que se pretende registrar, y que se relacionan con derechos de terceros.

Tratándose de marcas, el artículo 136 de la Decisión 486, enumera una serie de supuestos en los cuales una marca no podrá acceder a registro, y se dan específicamente cuando la marca afecte en su uso en el comercio, los derechos de un tercero.⁶ Estos supuestos, la

⁴ Estos derechos se inscriben en el Registro de Propiedad Industrial, manejado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), cuyos trámites se realizan a través de las distintas Direcciones. En el presente caso la Dirección de Signos Distintivos, y la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías.

⁵ Tratándose de elementos de derechos de autor, existen distintos registros dependiendo el tipo de obra que se quiere registrar, los mismos que se tramitan a través de la Dirección de Derecho de Autor.

⁶ Artículo 136 decisión 486: No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando:

- a) Sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para registro por un tercero, para los mismos productos o servicios o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca puede causar un riesgo de confusión o de asociación;
- b) Sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido, o de ser el caso a un rótulo o enseña siempre que dadas las circunstancias su uso pueda originar un riesgo de confusión o de asociación.
- c) Sean idénticos o se asemejen a un lema comercial solicitado o registrado, siempre que dadas las circunstancias, su uso podría originar un riesgo de confusión o de asociación.
- d) Sean idénticos o se asemejen a un signo distintivo de un tercero, siempre que dadas las circunstancias su uso pudiera originar un riesgo de confusión o de asociación, cuando el solicitante sea o haya sido un representante, distribuidor, o una persona expresamente autorizada por el titular del signo protegido en el país miembro o en el extranjero.
- e) Consistan en un signo que afecte la identidad o prestigio de personas jurídicas con o sin fines de lucro, o personas naturales, en especial tratándose del nombre, apellido, firma título, hipocorístico, seudónimo, imagen, retrato o caricatura de una persona distinta del solicitante, salvo que se acredite el consentimiento de esa persona o, si hubiese fallecido, el de quienes fueran declarados sus herederos.

doctrina las denomina “Prohibiciones Relativas”. Se denomina relativas, porque éstas no atañen directamente a la naturaleza del propio signo, sino a la posibilidad que un tercero se pueda sentir afectado, ante una nueva solicitud de marca.

Respecto a derechos de autor, el autor tiene por el solo hecho de la creación de una obra, un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende a su vez derechos de orden moral y patrimonial.⁷

En la actualidad muchas Convenciones, tratados y legislaciones, reconocen, que el derecho de autor tiene un doble cometido, por un lado, está integrado por facultades exclusivas de tipo personal, que componen el derecho moral y que permiten la tutela de la personalidad del autor con su obra, y las pecuniarias que integran el derecho patrimonial, y que posibilitan que el autor explote económicamente su obra o que autorice a otros a realizarla a cambio de una participación.⁸ La realidad nos enseña que muchas veces estos derechos morales como patrimoniales no necesariamente van a recaer siempre en una misma persona.

Los derechos morales, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles, y comprenden el derecho de divulgación, el derecho de paternidad, el derecho de integridad, el derecho de modificación y variación, el derecho de retiro de la obra del comercio, y el derecho de acceso.^{9 10}

-
- f) Consistan en un signo que infrinja el derecho de propiedad industrial o el derecho de autor de un tercero, salvo que medie el consentimiento de éste.
 - g) Consistan en el nombre de las comunidades indígenas, afroamericanas o locales, o las denominaciones, las palabras, letras, caracteres o signos utilizados para distinguir sus productos, servicios, o la forma de procesarlos, o que constituyan la expresión de su cultura, o práctica, salvo que la solicitud sea presentada por la propia comunidad o con su consentimiento expreso; y,
 - h) Constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración, transcripción total o parcial, de un signo distintivo notoriamente conocido cuyo titular sea un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se aplique el signo, cuando su uso sea susceptible de causar un riesgo de confusión o de asociación con ese tercero o con sus productos o servicios; un aprovechamiento injusto del prestigio del signo; o la dilución de su fuerza distintiva o de su valor comercial o publicitario.

⁷ Artículo 18 del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

⁸ KRESALJA ROSELLO, Baldo. “El Trato de Excepción a la Enseñanza en el Derecho de Autor”. Artículo publicado en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales No. 10. Palestra Editores S.A.C., Lima 2015, pg. 155

⁹ Artículo 21, Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor.

“Los derechos morales reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables, e imprescriptibles”

¹⁰ (i) Derecho de Divulgación: El autor es la única persona que tiene el derecho a divulgar su obra, solo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra es lo suficientemente satisfactoria como para comunicarla y someterla al juicio del público.

(ii) Derecho de Paternidad: El autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolverse si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima. Este derecho también comprende el de reivindicar la condición de autor en la forma y bajo la identificación que haya escogido, como también defender su autoría cuando ella es impugnada.

(iii) Derecho de Integridad: El autor, tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma.

(iv) Derecho de Modificación o Variación: El autor antes o después de su divulgación tiene la facultad de modificar su obra respetando los derechos adquiridos por terceros, a quienes deberá previamente indemnizar por los daños y perjuicios que les pudiese ocasionar.

(v) Derecho de Retiro de la obra del comercio: el autor tiene el derecho de suspender cualquier utilización de la obra, indemnizando previamente a los terceros por los daños y perjuicios que pudiese ocasionar.

(vi.) Derecho de Acceso: El autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro a fin de ejercitar sus demás derechos morales o los patrimoniales reconocidos por la ley.

En relación a los derechos patrimoniales, éstos a su vez tienen una doble manifestación jurídica: una de orden negativo, en la que el autor puede oponerse a la explotación de una obra por terceros, salvo excepciones legales; y otra de orden positivo, reflejado en el ejercicio de explotación por el mismo autor, o por parte de terceros.¹¹

En el artículo 31 del Decreto Legislativo 822, se señalan los derechos patrimoniales que le corresponden al autor de una obra, rescatando entre otros los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución, traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Cabe recalcar, que esta definición de derechos patrimoniales no es una cerrada o de *"numerus clausus"*, estos derechos pueden aumentar o variar dependiendo la forma de utilización o explotación de la obra.¹²

IV. INFRACCIÓN A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Toda vulneración a los derechos de propiedad industrial o derechos de autor y/o derechos conexos, a nombre de uno o varios titulares, constituye una infracción.

Se considera una infracción a la Ley de Derechos de Autor cualquier afectación a los derechos morales o patrimoniales que tiene el Autor sobre su obra. El artículo 37 del Decreto Legislativo 822 establece que *"Siempre que la ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor."*

Por lo anterior, toda reproducción, comunicación, distribución u otra modalidad de explotación de la obra en la medida que se trate de un acto de explotación será ilícita y, en consecuencia, deberá pagar las regalías correspondientes. Por el contrario, aquellos casos en los que el uso de la obra (reproducción, comunicación pública, distribución, etc.) no constituya una forma de explotación de la obra, no requerirán autorización previa y por escrito del titular del derecho.

Tratándose de derechos de propiedad industrial, el titular de un derecho protegido podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja

¹¹ KRESALJA ROSELLO, Baldo. Op.cit. pg. 157.

¹² Artículo 31 Decreto Legislativo 822:

"El derecho patrimonial comprende el derecho exclusivo de realizar, autorizar, o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) la comunicación pública de la obra bajo cualquier medio;
- c) la distribución al público de la obra;
- d) la traducción, adaptación arreglo, u otra transformación de la obra;
- e) la importación al territorio nacional de las copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión; y
- f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa. "

su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción.¹³

Generalmente, este tipo de infracciones se dan cuando se vulneran los derechos de exclusividad, explotación, distribución. Tratándose de patentes, el titular de una patente, también tendrá el derecho de ejercer acción judicial por daños y perjuicios por el uso no autorizado de la invención o del modelo de utilidad durante el periodo comprendido entre la fecha en que adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente.¹⁴

Por otro lado, cabe indicar que el incumplimiento de normas sobre propiedad intelectual, suele tener en algunos casos no solamente una connotación administrativa, sino penal. Por ejemplo, tenemos los delitos de piratería, falsificación, así como el plagio.

Respecto al plagio, es una figura regulada en el Código Penal. Si bien como infracción administrativa no está regulada como tal, los componentes de este delito, encajan también en un supuesto de vulneración de derechos de autor que regula el Decreto Legislativo No. 822, Ley de Derecho de Autor.

La casuística nos ha enseñado la existencia de innumerables formas de plagio y copia de obras protegidas por derechos de autor, y que resultan en infracción a derechos de autor, pero dependiendo de la gravedad de la infracción, los actores que intervienen, la intención y/o dolo del actor, la conducta ilícita puede pasar del umbral administrativo a uno penal.

Otro ejemplo, es lo señalado en el artículo 257 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, que establece que los países miembros de la Comunidad Andina, establecerán procedimientos y sanciones penales para los casos de falsificación de marcas.

Finalmente cabe señalar que cualquier infracción de los derechos de autor puede ser objeto pasible de una amonestación a una multa de hasta 180 UIT, mientras que las infracciones de derechos de propiedad industrial, el infractor puede ser objeto a multas de hasta 150 UIT.

V. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES

El Título VII del Código Penal, regula los delitos contra los Derechos Intelectuales. Es así, que encontramos, delitos contra los Derechos de Autor y conexos (Capítulo I), y los delitos contra la Propiedad Industrial (Capítulo II).

Dentro de los delitos contra el derecho de autor tenemos: (i) copia o reproducción no autorizada (ii) Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor, (iii) Plagio, (iv) elusión de medida tecnológica efectiva, (v) productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas, (vi) servicios destinados a la elusión de medidas

¹³ Artículo 238 de la Decisión 486.

¹⁴ El resarcimiento sólo procederá con respecto a la materia cubierta por la patente concedida y se calculará en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el periodo mencionado.

tecnológicas; (vii) Delitos contra la información sobre gestión de derechos; (viii) Etiquetas, carátulas, empaques; (ix) fabricación de etiquetas, carátulas, o empaques no auténticas; (x) Elaboración de manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador.¹⁵

En relación a los delitos de propiedad industrial, el Código Penal regula los siguientes delitos: (i) Fabricación o uso no autorizado de patente, diseño industrial, obtención vegetal, esquema de trazado, marca idéntica o similar a una marca registrada; (ii) clonación o adulteración de terminales de telecomunicaciones; (iii) Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial; así como sus agravantes.¹⁶

Las penas de los delitos contra la propiedad intelectual, pueden ir desde penas privativas de libertad de 2 años hasta los 8 años, según el tipo de delito.

VI. APLICACIÓN DEL COMPLIANCE EN TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El cumplimiento de normas de Propiedad Intelectual, resulta vital para conocer los derechos que tienen las personas para desarrollar un negocio y/o emprendimiento, y de paso saber los derechos que le corresponden a terceros, ya sean personas que coadyuvan en la creación o desarrollo del negocio per se, o simplemente de terceras personas ajenos al mismo, pero cuyos derechos pueden resultar afectados.

En ese sentido, un sistema de compliance de normas de propiedad intelectual, debería cumplir una doble función, la primera (i) proteger y mantener vigente los derechos de los cuales es titular una persona y/o empresa, y la segunda (ii) evitar vulnerar derechos de terceros durante la creación y/o desarrollo de cualquier emprendimiento.

Respecto al primer punto, por ejemplo, en tema de marcas, INDECOPI, hasta hace poco, en los certificados físicos que emitía, daba recomendaciones para mantener vigente los derechos inscritos¹⁷:

(...)

"Estimado Usuario,

Para cualquier registro obtenido, le recomendamos tener en cuenta, entre otros aspectos, la siguiente recomendación:

a) Uso de la marca

- ✓ *Cualquier persona interesada puede solicitar la cancelación por falta de uso del registro otorgado, si han transcurrido 3 años durante los cuales la marca no ha sido utilizada;*
- ✓ *Frente a una solicitud de cancelación de registro, usted debe demostrar que viene usando la marca, de lo contrario el registro será cancelado y perderá el derecho sobre la marca.*
- ✓ *El Uso de la marca debe ser demostrado con conformidad con lo establecido en el artículo 165 y siguientes de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.*

b) Actualización de datos del titular

¹⁵ Artículos 216 al 221 del Código Penal.

¹⁶ Artículos 222 al artículo 225 del Código Penal.

¹⁷ En la actualidad se emite Certificados electrónicos.

- ✓ *En caso exista un cambio respecto de su domicilio procesal durante el plazo de vigencia del registro otorgado, deberá informarlo a la dirección de signos distintivos.*
- ✓ *Es importante que informe respecto del cambio de su domicilio procesal, toda vez que en caso un tercero solicitara la cancelación u nulidad del registro otorgado se le notificará al último domicilio procesal consignado por usted, y esta notificación se tendrá por válida.*
- c) Renovación de registro
 - ✓ *La vigencia de registro otorgado es de 10 años renovables.*
 - ✓ *Si desea renovar su registro, debe hacerlo dentro de los 6 meses anteriores o dentro de los 6 meses posteriores al vencimiento del registro.*
 - ✓ *Si no solicita la renovación de su registro, éste caducará y usted perderá el derecho sobre el mismo.*
- d) Lemas comerciales
 - ✓ *La cancelación, nulidad o caducidad del registro de una marca a la que se vincula un lema comercial, determinará también, la cancelación, nulidad o caducidad, respectivamente, del registro de lema comercial, aún cuando no haya vencido el plazo de 10 años, de vigencia del mismo. (...)*

Bajo ese escenario, el primer objetivo que debe alcanzar una empresa para cumplir normas de propiedad intelectual es proteger los derechos sobre los que se basa el negocio y/o emprendimiento; parece un poco contradictorio, porque generalmente todo sistema o programa de compliance tiene como fin evitar cometer infracciones o delitos. En el presente caso, se debe procurar primero proteger marcas, patentes, diseños industriales, mantener vigente los registros; de lo contrario, todo esfuerzo emprendido puede perderse de un momento a otro.

Esta regla es muy importante por ejemplo para empresas de consumo que son titulares de un gran portafolio de marcas, o de empresas de tecnología que son titulares de muchas patentes. Tener muy claro, cuándo renovar las marcas con anticipación, pagar el mantenimiento anual en caso de patentes, realizar cualquier modificación al registro, en caso de variación de domicilio, cambio de representante, etc. Por ejemplo, tener una política de renovación de registro un año antes del vencimiento para determinar qué derechos sobre marcas, se van a renovar y cuáles no.

Ello parece algo sencillo, pero hay que tener en cuenta que durante la vigencia de un registro de marcas que es de 10 años renovables, muchas cosas pueden suceder dentro de una organización, cambio o renuncia de personal, nombramiento de nuevos apoderados etc. Por ejemplo, tenemos marcas que tienen más de 100 años, desde que se otorgó el primer registro; los titulares han ido variando a lo largo de los años, a través de transferencia de derechos, compras, fusiones y adquisiciones entre los distintos titulares.

6.1 Encuestas y check list

Asimismo, es importante saber con qué tipos de derecho una empresa cuenta, y aquellos que todavía no se encuentran protegidos. Existen muchas empresas que no saben o no toman conciencia de los activos intangibles de los que son poseedores.

Usualmente a las empresas se les hace encuestas en donde se les pregunta sobre los tipos de activos que tiene, como marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, y de ahí el asesor puede prever los tipos de elementos de propiedad intelectual, protegidos o que

necesitan protegerse; si existe algún gravamen sobre ellos, transferencias, etc. El cuestionario puede entrar a otros elementos como nombres de dominio, softwares, páginas webs, temas audiovisuales etc.

Un ejemplo de cuestionario es el siguiente:

SI	NO	PREGUNTA
		¿Cuenta con software propio (que es de su titularidad)?
		De ser afirmativa la pregunta anterior, ¿cuenta con un contrato de desarrollo de software?
		¿Ha registrado su software ante INDECOPI?
		En dicho contrato, ¿se le ceden todos los derechos patrimoniales a favor de su empresa?
		¿Ustedes licencian su propio software?
		¿Tienen contratos de licenciamiento de uso software a favor de terceros?
		¿Cuenta con software cuya titularidad es de un tercero?
		¿Se cuentan con contratos de licenciamiento de uso de software en donde usted es el licenciatario?
		¿En alguna oportunidad se ha hecho una auditoria máquina por máquina a fin de identificar si existe software sin que se cuente con su respectiva licencia de uso?
		¿Utiliza software de Código Abierto?
		¿Se ha asegurado de leer y gestionar los permisos del software de código abierto?
		¿Dentro de los procesos de la empresa se hace una revisión periódica para verificar que el software que se encuentra colocado en cada equipo esté debidamente licenciado?
		¿Han tenido una auditoría en materia de propiedad intelectual a fin de determinar que no se esté vulnerando ningún derecho de tercero?

Realizar este tipo de cuestionarios, resulta muy importante, porque miden la situación de una empresa en temas de Propiedad Intelectual, y sirve para poder determinar si es factible o necesario desarrollar un programa de compliance, o solo aplicar procedimientos internos, cláusulas contractuales, y/o declaraciones juradas de cumplimiento de normas de propiedad intelectual.

6.2 Matriz de Riesgos en temas de Propiedad Intelectual

El primer paso para contar con un programa de compliance es la elaboración de una matriz de riesgos. Al elaborar **una matriz de riesgos**, se evalúa propiamente la situación o vulnerabilidad de la empresa frente a posibles incumplimientos de propiedad intelectual.¹⁸

¹⁸ Usualmente la elaboración de la matriz de riesgos, en los programas de compliance, están dentro de la primera etapa de elaboración, en la que se identifica, se define y se estructura el programa,

Bajo ese contexto, es muy importante saber el rubro de negocio en que se encuentra la empresa, qué probabilidades de riesgo de incumplimiento de normas de propiedad intelectual puede existir en el desarrollo del negocio o emprendimiento de la empresa.

Asimismo, dentro de una matriz de riesgos es importante identificar las posibles infracciones legales que pueden presentarse en la actividad de la empresa en la que se centra el análisis. Podrán ser desde infracciones a derechos de propiedad industrial, de derecho de autor, hasta delitos sobre la propiedad intelectual.

Generalmente, los riesgos de infracción a temas de propiedad intelectual, están más latente en elementos de derecho de autor, donde los derechos morales o patrimoniales, no necesariamente van de la mano con un registro, como sí ocurre con las marcas, patentes, diseños industriales. Ello hace, que la verificación sobre la legitimidad de una obra sea mucho más minuciosa y tenga cierto grado de incertidumbre.

Este riesgo puede ser más alto en empresas como casas editoras, empresas de medios, productoras cinematográficas, donde constantemente reciben ofertas de compra de derechos sobre todo tipo de obras, o donde los mismos empleados están constantemente creando nuevos contenidos, sin que la empresa tenga la certeza de la originalidad de los mismos.

Identificadas las posibles infracciones en el sector o actividad, el paso siguiente es la evaluación de los mencionados riesgos. En esta etapa se decide la necesidad de actuar para prevenir los riesgos detectados, así como la intensidad de la prevención. En ese sentido, se hace una valoración de los riesgos detectados en función de su clase, frecuencia, extensión de los posibles daños. En ese sentido, lo que se trata es tener determinadas todas las particularidades relevantes de cada riesgo para elevar una escala de los mismos.¹⁹

A diferencia de temas de corrupción, lavado de activos, robos, boicots; el riesgo inherente usualmente es la comisión de infracciones administrativos; según la gravedad, estas infracciones pueden cruzar el umbral de lo delictivo. Por eso, es muy importante tomar en cuenta los delitos de propiedad intelectual tipificados a la fecha, así como los daños e indemnizaciones que pudiera generar la comisión de dichos delitos.

Mención aparte, sería la evaluación como riesgo, del robo de información confidencial, secretos empresariales, información sobre desarrollo de patentes, tanto de la empresa que fomenta tal sustracción, como de la empresa o parte afectada, porque el riesgo no solo sería la comisión de infracciones, pago de multas, o penas privativas por parte del sujeto activo del delito, sino poner en riesgo la continuidad misma de la empresa afectada.

Finalmente, el proceso de identificación y evaluación de riesgos se debe materializar en la elaboración de una matriz, mapa o inventario de riesgos en la que conste la evaluación de los riesgos detectados de infracción legal a los que está expuesta la empresa en sus actividades concretas.

¹⁹ GARCIA CAVERO, Percy. "Criminal Compliance. En especial Compliance Anticorrupción y Anti Lavados de Activos." Pacífico Editores S.A.C.. 2017.

6.3 Administración de Riesgos

Una vez realizada la matriz de riesgo, y con la información obtenida, el siguiente paso es gestionar o administrar estos riesgos. En otras palabras, la que apunta a tomar las medidas idóneas para reducir el riesgo detectado, y en caso ello no sea posible, a detectar su concreción, para poder gestionar sus efectos lesivos.

Para ello, es común la elaboración de **Códigos de Conducta**, en los que no solo se debe contemplar el cumplimiento de normas de Propiedad Intelectual, sino también fijar algunas medidas complementarias, o excepcionales, que los miembros de una organización deban cumplir, para así persuadir o reducir la posibilidad de la comisión de una infracción, incluyendo un régimen de sanciones.

Por ejemplo, tratándose de una empresa tecnológica, se podría prohibir a los funcionarios o ingenieros de planta y/o familiares presentar solicitudes de patentes de invención, modelos de utilidad, o diseños industriales, relacionados al mismo rubro de la empresa que laboran, salvo autorización. Si bien a nivel normativo, no hay una prohibición para ello, una empresa u organización podría elevar la valla, y establecer dicha disposición a efecto de evitar cualquier conflicto de interés, entre la empresa y sus trabajadores.

6.4 Guía o Directrices

Una empresa u organización también podría elaborar directrices sobre el uso derechos de propiedad intelectual de una empresa u organización, en la que se explique y se deje claro cuáles son los derechos intelectuales que le pertenecen a la empresa y guía de uso sobre ellos. Este tipo de documento estaría al alcance de cualquier persona; el documento podría descargarse en la página web de la empresa u organización.

Con este tipo de documento, no solo se puede dar directrices de cómo proteger los derechos de la empresa sin afectar a terceros, sino que al señalar cuál es la situación de la propiedad intelectual de la empresa, se pretende también disuadir a terceros de la comisión de cualquier infracción sobre tales derechos.

En la actualidad, es usual ver a grandes corporaciones, que manejan grandes portafolios de marcas, o marcas conocidas a nivel global, elaborar directrices de uso de sus marcas, límites de uso, autorizaciones, prohibiciones, protección a través de registros obtenidos, riesgos de sanción ante cualquier incumplimiento. En ese sentido, se fomenta que terceros no vulneren derechos de propiedad intelectual a nombre del titular.

Por ejemplo, a propósito de que estamos en el año del mundial de fútbol (*Copa del Mundo Qatar 2022*) la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado), organizador del torneo, ha elaborado un documento denominado **“Directrices de la FIFA sobre Propiedad Intelectual”, Junio de 2022, versión 6.0**²⁰,

²⁰Documento obtenido en el link : https://digitalhub.fifa.com/m/2f634201ac955374/original/FIFA-World-Cup-Qatar-2022-IP-Guidelines_ES.pdf



El mencionado documento, es un claro ejemplo de cómo una organización de carácter global como la FIFA establece directrices sobre los elementos de propiedad intelectual de la cual es titular; asimismo informa sobre sus socios estratégicos, sponsors, tipo de marcas, gráficas, elementos figurativos, tipo de uso autorizados, y la posibilidad de volverse sponsor de la FIFA, todo ello ad portas de la celebración de una Copa del Mundo, en donde terceros pueden verse tentados de cometer infracciones e ilícitos sobre derechos de propiedad intelectual.

Si bien estas directrices tienen un objetivo informativo, en el que se exponen algunos ejemplos, y no confirman explícitamente si una actividad infringe determinados derechos, ayudan mucho a que terceros sepan la real dimensión de la empresa frente a sus derechos de propiedad intelectual. Y quizá con ello pueda convertir a un potencial infractor en un potencial usuario autorizado.

Dentro de la gestión o administración de riesgos, los programas de compliance también contemplan puntos como la delimitación de competencias y responsabilidades, la selección de la información necesaria, la determinación de responsabilidades en relaciones de subordinación y delegación, así como las medidas de detección de irregularidades.

Respecto a la delimitación de competencias y responsabilidades, se establecen medidas orientadas a asegurar que los miembros de la empresa actúen de conformidad con la normativa vigente. De especial utilidad es el establecimiento de una estructura organizativa que determine claramente las competencias y las responsabilidades de cada miembro de la empresa en cada fase de producción, desarrollo, fabricación, control, distribución entre otras.²¹

Por ejemplo, en una empresa de contenido de medios, o una empresa productora de cine, se debería procurar que exista una persona dedicada a verificar que los guiones elaborados

²¹ GARCIA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pg. 54.

por los guionistas contratados por la empresa, tenga la originalidad suficiente para no vulnerar derechos de terceros.²²

No solo basta reducir la responsabilidad de la empresa contratante, con la firma de declaraciones juradas, o la incorporación de cláusulas de excepción de responsabilidad, en la que el autor del contenido u obra, declara que no se ha vulnerado derechos de terceros en la creación de la misma.

6.5 La estructura del Programa de cumplimiento

Finalmente como tercer punto dentro de esta primera etapa de formulación: identificar-definir-estructurar, del Programa de Compliance, tenemos la estructura del Programa de cumplimiento. Esta estructura debe asignar de manera clara las tareas que, en relación con el sistema de cumplimiento normativo, le corresponden a cada miembro de la empresa.

La existencia de una estructura organizativa que apunta específicamente al cumplimiento de normas de propiedad intelectual, debe ser perceptible al interior de la empresa. La concreta configuración de esta estructura depende evidentemente de las dimensiones de cada empresa.

Por ejemplo, si en la empresa se encuentran ya funcionando otros sistemas de control de normas, por ejemplo de fraude, lavado de activos, gestión ambiental, deberán coordinarse eficientemente para evitar un exceso de control y caer en lo que se ha venido a calificar como *"compliance fatigue"*²³

Es por ello, que algunas empresas preferirían incorporar elementos de propiedad intelectual en Programas de compliance más genéricos ya establecidos, o dentro de otros sistemas de gestión de calidad.

6.6 Implementación el Programa de Cumplimiento, Informar, incentivar-organizar

Una vez que se elabora el Programa de Compliance, este se tiene que implementar; en otras palabras, informar, incentivar y organizar el mismo. No basta con haber aprobado el programa de cumplimiento, sino que todos los miembros de la empresa deben tenerlo presente en el desarrollo de sus actividades, al punto de ir formando dentro de la empresa una cultura de compliance.²⁴

La difusión del sistema de cumplimiento normativo no es suficiente para conseguir su efectiva implementación en la empresa. A los trabajadores debe informárseles e instruirles de los diversos aspectos del programa de compliance por medio de charlas o capacitaciones.

²² A veces es una tarea complicada, pero al menos, el *controller* de contenidos debería tener un suficiente bagaje y conocimiento del medio o mercado, para determinar al menos que una obra ya sea literaria, musical, audiovisual, tenga la suficiente originalidad para ser aceptada dentro de un proyecto.

²³ GARCIA CAVERO, Percy. Op.cit. Pg. 60.

²⁴ GARCIA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pg. 65.

Asimismo, el programa debería ser informado a las partes interesadas: clientes, proveedores, socios estratégicos etc.

Por ejemplo, tratándose de empresa de medios, casas editoras, productoras de cine, comunicar el Programa de Compliance a proveedores de contenidos externos, resulta importante y hasta aleccionador; dichos proveedores no se van a arriesgar a perder un cliente, entregando una obra que infrinja derechos de propiedad intelectual de terceros.

También la empresa debe incentivar, por distintos medios la observancia del programa por parte de sus miembros individuales. La dirección de la empresa debe expresar, en sus diversas comunicaciones, lo conveniente que es ajustarse, a los parámetros establecidos en dichos programas.

Finalmente, se debe garantizar medidas organizativas que aseguren la vigencia del programa de compliance; en otras palabras, para que el programa tenga una vigencia efectiva en el tiempo. Dentro de las medidas podemos encontrar, la documentación del programa de cumplimiento, el protocolo o reglamento del funcionamiento del sistema de denuncias internas, el procedimiento de las denuncias internas etc.²⁵

6.7 Consolidación y perfeccionamiento

La última etapa sobre la que se basa el programa de compliance, es la consolidación y perfeccionamiento del mismo. Es así, que resulta importante establecer la reacción de la empresa ante la inobservancia del programa de cumplimiento, la sanciones a establecer por la inobservancia del programa de cumplimiento, y finalmente, el mejoramiento del mismo, luego de ocurridas estas situaciones.

No es extraño, que durante la vigencia del programa de compliance se den supuestos de infracción, que deben ser investigados, y luego de ello, de ser el caso, sancionar. El programa de compliance debe establecer todos estos supuestos.

Finalmente, en cuanto al mejoramiento, con base a la experiencia que muestran los casos de inobservancia del programa de compliance, se debe reevaluar la idoneidad de dicho programa y proceder a reformularlo para hacerlo más eficaz o completo. Esta reevaluación puede ser periódica o debe activarse a raíz de eventos concretos que pongan en evidencia posibles deficiencias del programa.

VII. REFLEXIONES FINALES

1. La vulneración de los derechos de propiedad intelectual es uno de los riesgos que debe prevenir un empresa, ya sea en perjuicio de terceros (clientes, proveedores, empleados, accionistas, entre otros) o a la propia empresa u organización.
2. En ese sentido, un sistema de compliance de normas de propiedad intelectual, debería cumplir una doble función, la primera (i) proteger y mantener vigente los derechos de los cuales es titular una persona y/o empresa, y la segunda (ii) evitar

²⁵ GARCIA CAVERO, Percy. Op. Cit. Pg. 67.

vulnerar derechos de terceros durante la creación y/o desarrollo de cualquier emprendimiento.

3. La aplicación de un sistema o programa de compliance o cumplimiento normativo de normas para empresas u organizaciones, se puede dar para todo tipo de empresas. No obstante, dependerá del rubro de la empresa, y del riesgo a que puede estar sujeto para determinar si resulta conveniente elaborar un programa de compliance específicamente para temas de propiedad intelectual. Obviamente, contar con un sistema de compliance se justificaría más en empresas del rubro artístico, de espectáculos, o de grandes corporaciones que manejan y son titulares de una infinidad de activos intangibles.
4. Por ello es muy importante el primer análisis que hagan los asesores, para determinar si vale la pena elaborar un sistema de compliance completo y que realmente se analice y prevenga todos los riesgos, relacionados a la vulneración de propiedad intelectual; o ya dentro de un sistema más general o corporativo, se incorpore solo algunas directrices de cumplimiento de normas de propiedad intelectual.
5. Nada impide que una empresa elabore una matriz de riesgos, un código de conducta, incorpore cláusulas contractuales de excepción de responsabilidad, y en un mediano plazo extienda o complete el programa según las necesidades de la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCIA CAVERO, Percy. "Criminal Compliance. En especial Compliance Anticorrupción y Anti Lavados de Activos." Pacífico Editores S.A.C, Lima 2017.
- KRESALJA ROSELLO, Baldo. "El Trato de Excepción a la Enseñanza en el Derecho de Autor". Artículo publicado en el Anuario Andino de Derechos Intelectuales No. 10. Palestra Editores S.A.C., Lima 2015,
- "Directrices de la FIFA sobre Propiedad Intelectual", Junio de 2022, versión 6.0 obtenido en el link : https://digitalhub.fifa.com/m/2f634201ac955374/original/FIFA-World-Cup-Qatar-2022_IP-Guidelines_ES.pdf
- PAREDES CONTRERAS, Mauricio Martín. "La Propiedad Intelectual en tiempos de Pandemia". Artículo publicado en Diario Expreso, 06.11.2020.
- Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina
- Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor.



LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Autor: **Elizabeth Rosa
Peralta Quispe**

LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y SU REFLEJO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Compliance programs and their reflection in public procurement

Elizabeth Rosa Peralta Quispe¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. Conceptos generales: la contratación pública y su enfoque macro
- III. La materialización de las medidas
- IV. ¿Son suficientes las medidas?
- V. Reflexiones finales

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar las medidas que tienen implementadas las compras que realiza el Estado peruano, en el marco de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado para prevenir delitos, evidenciando la trascendencia que ha venido cobrando el Compliance Penal en el Perú.

Palabras clave: Contratación Pública, Compliance, Corrupción, Administración Pública.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the measures that have been implemented in the purchases made by public entities, within the framework of Law 30225, Law on Contracting with the State to prevent crimes, evidencing the importance that Criminal Compliance has been gaining in Peru.

Key words: Public Procurement, Compliance, Corruption, Public Administration.

I. INTRODUCCIÓN

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Con estudios en curso de Maestría en Derecho Procesal. Con estudios de posgrado en Contrataciones con el Estado, Derecho Administrativo y Arbitraje. Especialista en Compliance. Forma parte del Área de Derecho Arbitral de Torres y Torres Lara Abogados. Email: eperalta@tytlcom.pe.

Asimismo, se contó con la colaboración de la señorita Estefany Sonia Ortiz Jinez, alumna del XII ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Como es de conocimiento general, en la última década los casos de empresas fachadas usadas como vehículos societarios para la comisión de delitos ha venido en aumento y, si bien en nuestro Código Penal existen artículos que tienen por objetivo sancionar a las personas jurídicas que cometan ilícitos específicos, ello se aplicaba en el caso que, luego de investigar y sentenciar a la persona natural que cometió el delito, se probase que la empresa detrás, se veía beneficiada con el acto lesivo; lógicamente estas acciones podían tardar años sin que las personas jurídicas se viesen afectadas.

Frente a este tipo de situaciones nace la necesidad de investigar y sancionar directamente a las empresas y, llega al Perú, el término “Compliance Penal” el cual, si bien resulta novedoso en nuestro país, es más antiguo de lo que creemos.

En efecto, la normativa vinculada a las sanciones por la comisión de ilícitos por parte de las empresas tiene su origen marcado en la década de los 70 en Estados Unidos a raíz de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Sin embargo, al transcurrir el tiempo, rápidamente se detectó la necesidad de ser más rigurosos ya que, lamentablemente, con el pasar de los años, los delitos se perfeccionan cada vez más; así, en la década de los 2000's con el famoso caso Enron se tiene un cambio de perspectiva pues pasamos de la reacción a la prevención (es decir, el Compliance).

Con el avance del tiempo la importancia de implementar medidas para prevenir delitos fue extendiéndose cada vez más; tal es así que, a la fecha, es uno de los requisitos que se exige a los países para formar parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Así pues, estamos frente a un tema que, a nivel mundial, no es reciente. En el Perú, el 1° de abril de 2016, se dictó la Ley 30424 para evitar que las personas jurídicas sean utilizadas como medios para la comisión de delitos (en adelante, la Ley), entrando en vigencia el 01 de enero de 2018; así también, con fecha 09 de enero de 2019 se publicó el Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS que aprobó el Reglamento de la citada Ley.

Las normas en comentario tienen por objetivo actual² sancionar a toda persona jurídica que se vea beneficiada de manera directa o indirecta por la comisión de un acto delictivo (vinculados particularmente a delitos de Cohecho Activo Genérico, Cohecho Activo Específico, Cohecho Transnacional, Lavado de Activos, Financiamiento del terrorismo, Colusión y Tráfico de Influencias).

Como se aprecia, el objetivo es claro: disuadir a las empresas de cometer ilícitos. En ese orden de ideas, se prevé la posibilidad de evitar la responsabilidad de la persona jurídica en

² Hacemos esta precisión pues, a la fecha de redacción del presente artículo se tiene en debate el proyecto de Ley 00676-2021-Pe que, entre otros, busca ampliar el catálogo de delitos que podrían generar responsabilidad en las personas jurídicas.

la medida que esta, previamente, haya implementado un Modelo de Prevención de Delitos (o un Sistema de Prevención de Delitos). Autores como Caro³ y Reaño⁴ coinciden en que la utilidad de los programas de prevención es que deben permitir la identificación de manera adecuada de situaciones que ponen en riesgo el desempeño, la evaluación de dichas situaciones y su monitoreo; es decir, una autorregulación que establece la empresa a sí misma para evitar que estos riesgos se conviertan en actos ilícitos.

Algunas de las interrogantes que podrían surgir en este punto son: ¿Esto aplica para todas las personas jurídicas? La respuesta es sí ¿Inclusive para las entidades públicas? Sí, pues la prevención de delitos resulta ser transversal al tipo de empresa o contexto en el cual se desarrolla, es por ello que, en todos sus ámbitos, las Entidades Públicas vienen adoptando medidas para evitar que, en sus actividades, se generen este tipo de situaciones.

II. CONCEPTOS GENERALES: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ENFOQUE MACRO

Llegados a este punto podemos inferir que, naturalmente, las compras públicas no son ajenas a las regulaciones sobre la prevención de delitos. Recordemos que, gracias a las operaciones que realiza el Estado con los privados, se satisfacen las necesidades de bienes, servicios y obras en pro de favorecer a la población.

Como resulta evidente, estas actividades son de especial importancia pero, también, de particular cuidado pues, a mayor interacción Estado - privado, mayor riesgo de ocurrencia de situaciones no deseadas.

Al hablar de compras públicas debemos entenderlas siempre de forma macro, no debe entenderse que siempre habremos de referirnos a la tan sonada Ley de Contrataciones con el Estado, ya que esta es solo una de las formas de vinculación; así pues, en el Perú existen muchas más que no se encuentran dentro del marco general; nos referimos a: las Obras por Impuestos, Asociaciones Público Privadas – APP, Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de PetroPerú S.A.⁵, las compras que ejecuta Qali Warma⁶, entre otras.

³ Carlos Caro. "Imputación objetiva y compliance penal", en Derecho penal económico y teoría del delito. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 371-410.

⁴ Reaño, José. "La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú." THEMIS Revista de Derecho 68 (2015): 141-152.

⁵ PetroPerú tiene la facultad de contar con su propio reglamento, conforme lo permite el Decreto Legislativo N° 1292, que modifica la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 – Ley de fortalecimiento y modernización de la Empresa de Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A.:

"Segunda.- Las adquisiciones y contrataciones de PETROPERÚ S.A. se rigen por su propio Reglamento, el cual es propuesto por la Gerencia General y aprobado por su Directorio en el plazo máximo de treinta (30) días calendario de presentado. El mismo procedimiento se aplicará para las modificaciones del referido Reglamento. [...]"

⁶ Ley N° 29951 – Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, publicado el 4 de diciembre de 2012: "OCTAGÉSIMA CUARTA. Autorízase, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante decreto supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas.

Sin embargo, en el caso concreto de este artículo, el objetivo es analizar las medidas que se han implementado para prevenir delitos en las compras estatales que se ejecutan en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley 30225 y sus modificaciones.

III. LA MATERIALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS

Como es de esperarse, la Ley de Contrataciones con el Estado, dentro de sus principios rectores, consagra uno particular orientado a corregir y orientar la conducta de los que participan en procesos de selección; nos referimos al principio de integridad previsto en el literal j) del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley 30225: *“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”*.

Sin embargo, las medidas de prevención no se restringen a la aparición de este pilar, así, por ejemplo, tenemos las siguientes medidas concretas:

- **Bases:** Dentro de las bases estandarizadas que publica el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE, es factible que las Entidades incorporen como requisito de calificación la integridad de los postores, otorgándole 02 puntos adicionales a aquellos que cumplan con lo siguiente:

Evaluación:

Se evaluará que el postor cuente con certificación del sistema de gestión antisoborno.

Acreditación:

Copia simple del certificado que acredita que se ha implementado un sistema de gestión antisoborno acorde con la norma ISO 37001:2016 o con la Norma Técnica Peruana equivalente (NTP-ISO 37001:2017).

El certificado debe haber sido emitido por un Organismo de Certificación acreditado para dicho sistema de gestión, ya sea ante el INACAL (antes INDECOPI) u otro organismo acreditador que cuente con reconocimiento internacional.

Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado.

La presente disposición entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley.”

El referido certificado debe corresponder a la sede, filial u oficina a cargo de la prestación, y estar vigente a la fecha de presentación de ofertas. En caso que el postor se presente en consorcio, cada uno de sus integrantes, debe acreditar que cuenta con la certificación para obtener el puntaje.

La ISO 37001 y su Norma Técnica Peruana NTP ISO 37001:2017, son normas técnicas que, luego de ser implementadas y certificadas, acreditan que una empresa tiene implementado un correcto sistema de prevención de corrupción.

Adicionalmente, como parte de los requisitos mínimos que los postores deben presentar se encuentra el Anexo N° 02 que constituye una declaración jurada en la que los postores declaran, entre otros, lo siguiente: “i.No haber incurrido y me obligo a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad”.

- **Restricciones para participar en procesos de selección:** Como parte de los impedimentos que ha establecido la normativa para evitar que ciertos proveedores participen y contraten con el Estado, se han incorporado los siguientes supuestos que se encuentran en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado:

m) En todo proceso de contratación, las personas condenadas, en el país o el extranjero, mediante sentencia consentida o ejecutoriada por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. El impedimento se extiende a las personas que, directamente o a través de sus representantes, hubiesen admitido y/o reconocido la comisión de cualquiera de los delitos antes descritos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.
(...)

o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testafierro, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.

Quizás la incorporación de estos impedimentos sea una de las medidas concretas que, a criterio personal, consideramos tienen mayor impacto y eficiencia en la normativa conforme abordaremos en el siguiente apartado de este artículo.

- **Cláusula anticorrupción:** La ley de Contrataciones con el Estado, bajo sanción de nulidad establece, en su artículo 32 que una de las cláusulas esenciales es la de anticorrupción, por lo tanto, es de menester citar el contenido mínimo que debe tener esta cláusula:

138.4. Cláusulas Anticorrupción.

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 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 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 o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.*
- c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.*

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

La presente cláusula no es, a consideración personal, el método efectivo por el cual se entiende que no habrá actos de corrupción por parte del contratista, porque resulta más que evidente la obligación de no cometer acto alguno de corrupción sea por vía directa o indirecta. Sin embargo, esta cláusula, como se puede ver en el resaltado,

otorga la facultad al Estado de poder resolver el contrato, como una causal suficiente para no continuar con una relación contractual.

La necesidad de tener esta cláusula recae en base a la premisa de que “el contrato es ley entre las partes”; si el Estado decidiera resolverlo y terminar con la relación contractual sin una causa justificada, el contratista podría solicitar una nulidad de dicha decisión o tal vez un monto indemnizatorio. Por ello, de existir un acto de corrupción, el Estado no estaría en la obligación de mantener la relación contractual, recibir los bienes, servicios o una obra que estén bajo algún o algunos actos de corrupción de por medio.

- **Infracción:** Solo el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) tiene la facultad de imponer sanciones a todo aquel que infrinja las disposiciones de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, tal y como lo señala el artículo 257 de este último cuerpo normativo.

Dentro del régimen de sanciones si bien no se encuentra prevista la comisión de algún acto de corrupción (por cuanto la persecución del mismo le corresponde a otras vías), sí se incorpora una infracción que permitiría perseguir administrativamente a quienes incumplan con las disposiciones vinculadas a la prevención de delitos; así por ejemplo tenemos la siguiente: Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley.

Por otro lado, debemos precisar que, los sistemas de prevención también son considerados al momento de aplicarse sanciones en general; en efecto, de acuerdo con la normativa las sanciones aplicadas a quien infrinja la ley dependerán, conforme al artículo 264⁷ de lo establecido en el Reglamento: naturaleza de la infracción, ausencia de intencionalidad, inexistencia o grado mínimo de daño causado, reconocimiento de la infracción, antecedentes de sanción o sanciones, conducta procesal y de la **adopción e implementación del modelo de prevención**.

Como se aprecia, a simple vista, pareciera que, en lo que respecta a las compras públicas, el Estado a través del OSCE y las entidades públicas han implementado numerosas medidas en pro de evitar la comisión de ilícitos; sin embargo, las noticias diarias sobre este tipo de

⁷ “Artículo 264. Determinación gradual de la sanción

264.1. Son criterios de gradualidad de las sanciones de multa o de inhabilitación temporal los siguientes:

[...]

g) La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.10 del artículo 50 de la Ley. Dicho modelo cuenta con los siguientes elementos mínimos: i) Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que ejerce su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración, ii) la identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal, iii) la implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflicto de intereses que garanticen el anonimato y la protección del denunciante, iv) la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, v) la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.”

eventualidades nos indican lo contrario por lo que pareciera que, no se aplican las medidas o no sirven las mismas.

IV. ¿SON SUFICIENTES LAS MEDIDAS?

Conforme a nuestra reflexión desarrollada en el párrafo anterior nos cuestionamos, ¿son estos elementos, suficientes para prevenir la comisión de actos de corrupción? Creemos que no. Consideramos insuficientes las medidas incorporadas actualmente en nuestra normativa por lo siguiente: las medidas están orientadas a que las empresas asuman compromisos de no cometer actos ilícitos; sin embargo, **no existe ninguna disposición orientada a la prevención ni a la reacción frente a un acto ilícito.**

Adicionalmente, la mayor parte de medidas se limitan a evitar un solo tipo penal, esto es, el cohecho; sin embargo, no es el único que puede generarse en el marco de una compra con el Estado. Por último, las medidas existentes están circunscritas a dos fases: proceso de selección y ejecución contractual, cuando es sabido que la mayor cantidad de ilícitos se producen en la etapa previa, es decir en los actos preparatorios.

¿Cuál sería nuestra recomendación? Que tanto los proveedores como las entidades públicas acojan la opción de implementar en su interior un modelo de prevención de delitos conforme a la Ley 30424 pues el modelo previsto que, resulta congruente con las normas técnicas modernas sobre prevención de delitos, no solo se enfoca en que se incluyan compromisos encarpados para prevenir delitos, sino que tiene una funcionalidad activa que no solo previene, sino que detecta y actúa, frente al riesgo de comisión de ilícitos.

Recordemos que, como hemos referido en el inicio de este artículo, esta ley establece que toda persona jurídica PUEDE implementar un sistema de prevención⁸. Considerando que las Entidades Públicas y las empresas estatales cuentan con una personería jurídica, ¿Por qué no implementar este sistema y solicitar que los proveedores también lo tengan?

La propuesta no resulta ser extraordinaria o imposible para los proveedores ni las entidades públicas, de hecho, a la fecha entidades como ESSALUD⁹, Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS)¹⁰ y el Ministerio de Educación (MINEDU)¹¹ ya cuentan con la certificación del

⁸ "Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta."

⁹ "ESSALUD recibe certificación internacional ISO 37001 por implementar políticas antisoborno", Andina, 16 de julio de 2021, <https://andina.pe/agencia/noticia-essalud-recibe-certificacion-internacional-iso-37001-implementar-politicas-antisoborno-853600.aspx>.

¹⁰ "Oficina de Integridad Institucional del Midis: Sistema de Gestión Antisoborno: ISO 37001", Gob.pe, 08 de mayo de 2022, <https://www.gob.pe/17009-ministerio-de-desarrollo-e-inclusion-social-sistema-de-gestion-antisoborno-iso-37001>.

¹¹ "Minedu recibe certificación ISO 37001:2016 por su sistema de gestión antisoborno", El Peruano, 23 de febrero de 2021, <https://elperuano.pe/noticia/115855-minedu-recibe-certificacion-iso-370012016-por-su-sistema-de-gestion-antisoborno>.

ISO 37001: Gestión Antisoborno, por lo que, podrían también adaptar un modelo que no solo prevenga este tipo penal, sino los demás que, por su actividad, puedan ser también riesgosos.

En el mundo jurídico, se ha empezado a difundir el *Public Compliance*, el cual viene a ser el programa de cumplimiento en el sector público. Uno de los defensores de esta posición es Villafuerte Alva¹², quien afirma que es el sector público el ejemplo a seguir por las empresas cuando se trate de modelos de prevención. Esta postura se basa en que los programas de cumplimiento buscan instaurar un modelo ético y de valores, así como lo refiere en su artículo:

*El criminal compliance para el sector público sirve como una **herramienta de fomento de cultura de cumplimiento del marco normativo jurídico anticorrupción**, generando así vías de anticipación, prevención, canalización, identificación y represión de ilícitos penales cometidos en el seno de una entidad del Estado.”*(Énfasis agregado)

La estabilidad estatal depende de la credibilidad en las instituciones públicas, pero estas son manejadas por personas naturales que llegan a defender los intereses del Estado. Son los funcionarios y servidores públicos a quienes se debe promover los valores éticos para no ser corrompidos por un tercero que busca beneficios propios en perjuicio de la administración pública. Es por ello que Caro y Naval¹³, definen al public compliance y sus alcances en la siguiente forma:

Se postula que también los gobiernos, el Estado en todos sus niveles, cuenten con sistemas de prevención de la corrupción, lo que significa que los diferentes organismos públicos, no solo las empresas estatales, sino también los hospitales, los colegios o los ministerios cuenten con oficiales o gerentes de cumplimiento que, al igual que las empresas privadas, trabajen en la creación de una cultura de cumplimiento, confeccionen un mapa o matriz de riesgos de corrupción en la concreta entidad, establezcan y monitoreen el efectivo cumplimiento de los mecanismos de mitigación de esos riesgos de corrupción, creando para esos fines canales de denuncia que tras su evaluación no solo deberán comunicarse al Ministerio Público, sino también incluso traducirse en medidas para superar los motivos del fracaso del sistema. A estos procesos se les llama compliance gubernamental, compliance público (public compliance), compliance estatal o compliance oficial.

¹² Carlos Villafuerte, “Compliance en el Sector Público”, Peruweek.pe, agosto de 2021, <https://www.peruweek.pe/compliance-en-el-sector-publico/#:~:text=El%20criminal%20compliance%20para%20el,de%20una%20entidad%20del%20Estado.>

¹³ Caro, Carlos y Naval, Virginia. “Impacto en la lucha contra la corrupción. El compliance estatal”. Jurídica El Peruano, 693 (2018), 6-7.

En base al párrafo anterior, se comprende que en la actividad empresarial que tiene el Estado, facultado por la Constitución, se habla de las empresas públicas, pero estas no son las únicas a ser materia de implementación de modelos de prevención, sino también se debe tener presente que las instituciones públicas, en todos sus niveles, deben contar con el mismo.

En la línea de la implementación de un modelo de prevención en la administración pública, existe el Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, ampliada hasta el 2022 por el Decreto Supremo N° 180-2021-PCM, la cual, en su introducción, a texto literal señala lo siguiente:

En ese marco, se requiere entonces que las empresas desarrollen buenas prácticas corporativas alineadas al Modelo de Prevención contenido en la Ley N° 30424 y, su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1352, o a otros estándares más amplios como la ISO 37001. Bajo esa misma lógica, las entidades públicas también deben implementar herramientas que incorporen la integridad pública en la gestión, a través de la educación y la promoción de valores y el aseguramiento de mecanismos de investigación y sanción de la corrupción a través del establecimiento de modelos de integridad. Para tal efecto, en el Capítulo IV del Plan “Estrategia de Implementación” se proveen lineamientos para facilitar precisamente al interior de las entidades el desarrollo uniforme de dichos mecanismos de prevención siguiendo la experiencia y desarrollo teórico de la OCDE y del G20.

El Capítulo IV del Plan tiene 9 componentes en el Modelo de Integridad para las entidades del sector público¹⁴, las cuales vienen a ser:

1. Compromiso de la Alta Dirección
2. Gestión de Riesgos
3. Políticas de Integridad
4. Transparencia, datos abierto y rendición de cuentas
5. Controles interno, externo y auditoría
6. Comunicación y capacitación
7. Canal de denuncias
8. Supervisión y Monitoreo de Integridad
9. Encargado del Modelo de Integridad

El Encargado del Modelo de Integridad y las Políticas de Integridad son los componentes que captan la atención, pues el primero, en teoría, vendría a ser al que se le conoce como el

¹⁴ Tabla N° 11. Modelo de Integridad para las entidades del sector público del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021.

Compliance Officer con facultades y atribuciones para tener autonomía y función de acompañamiento, mientras que el segundo componente (las Políticas de Integridad) involucra lo siguiente:

- Código de Ética
- Política de Conflicto de Intereses
- Política de regalos, cortesías, atenciones y otros
- Política de Diligencia Debida según cada stakeholder
- Política de incentivos y reconocimiento al personal
- Política de contratación de personal
- Plan de Integridad y Lucha Contra la Corrupción institucional

Para finalizar, nos adherimos a Caro y Naval¹⁵, en el sentido de que este sistema de prevención debe iniciarse desde mucho antes de ejercer la función pública, siendo la selección del personal que ingresa a trabajar al Estado, el primer paso. Por ello consideramos que, así como la Entidad busca conocer a la empresa privada con la que va a efectuar un contrato para una prestación, solicitándole información sobre si tiene un sistema de Compliance instaurado o no; asimismo deberá efectuar un conocimiento del personal que habrá de ingresar a ser funcionario o servidor público.

V. REFLEXIONES FINALES

1. En conclusión, en primer lugar, es innegable la injerencia del compliance en las contrataciones con el Estado, pues, desde sus pilares se aprecia que la normativa está orientada a que las actuaciones se desarrollen bajo estándares de rectitud e integridad.
2. El recuento hecho sobre las medidas existentes para prevenir delitos en las compras con el Estado y el contraste con las noticias diarias de actos delictivos destapados nos demuestran que, las herramientas no son suficientes, resultando necesario adoptar mayores acciones.
3. Si bien es cierto, la Ley N° 30424 es taxativa respecto a quiénes son sujetos dentro de su ámbito de aplicación, mostrando como uno de ellos a las empresas públicas, actualmente, hay una corriente que describe al Public Compliance como esta nueva corriente en la que no solo la empresa pública puede adoptar este modelo, sino, también, una entidad pública.
4. La norma citada en el párrafo anterior es facultativa; sin embargo, en nuestros tiempos debería ser adoptada como obligatoria por la propia autonomía no solo de las entidades públicas sino de quienes se relacionan con las mismas.

¹⁵ Caro, Carlos y Naval, Virginia. "Impacto en la lucha contra la corrupción. El compliance estatal". Jurídica El Peruano, 693 (2018), 6-7.

5. La poca eficiencia de las herramientas existentes para la prevención ha sido advertida por el gobierno central tal es así, que se cuenta con el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, en el cual se observa como una de las posibilidades para las instituciones públicas, como los Ministerios, mismos que pueden implementar estos modelos de integridad.

Esperamos que, con el pasar del tiempo la cultura del compliance se consolide en el interior de todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas y así lleguemos a una real prevención de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- Andina. <https://andina.pe/agencia/noticia-essalud-recibe-certificacion-internacional-iso-37001-implementar-politicas-antisoborno-853600.aspx>.
- Caro, Carlos. "Imputación objetiva y compliance penal." En Derecho penal económico y teoría del delito, 371-410. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Caro, Carlos y Naval, Virginia, "Impacto en la lucha contra la corrupción. El compliance estatal". Jurídica El Peruano 693 (2018): 6-7.
- El Peruano. <https://elperuano.pe/noticia/115855-minedu-recibe-certificacion-iso-370012016-por-su-sistema-de-gestion-antisoborno>.
- Gob.pe. <https://www.gob.pe/17009-ministerio-de-desarrollo-e-inclusion-social-sistema-de-gestion-antisoborno-iso-37001>.
- Reaño, José. "La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú." THEMIS Revista de Derecho, 68 (2015), 141-152.
- Villafuerte, Carlos. "Compliance en el Sector Público", Peruweek.pe, agosto de 2021, <https://www.peruweek.pe/compliance-en-el-sector-publico/#:~:text=El%20criminal%20compliance%20para%20el,de%20una%20entidad%20del%20Estado>.



COMPLIANCE: CONFIGURACIÓN DE UN CANAL DE DENUNCIAS EFICAZ EN ORGANIZACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Autora: Xaviera Pérez Benazar

COMPLIANCE: CONFIGURACIÓN DE UN CANAL DE DENUNCIAS EFICAZ EN ORGANIZACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

Compliance: setting up an effective complaints channel in public and private organizations.

Xaviera Pérez Benazar¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. El "Compliance"
- III. Elementos del "Compliance": Un canal de denuncias
- IV. Norma ISO 37002:2021
- V. Características de la Norma ISO 37002:2021
- VI. Objetivos de la Norma
- VII. ¿A qué empresas está enfocada esta norma?
- VIII. Creación de un canal eficaz de denuncias
- IX. Tips de canales de denuncias
- X. De la comunicación del Sistema de Denuncias
- XI. Características y objetivos del canal de denuncias
- XII. Recomendaciones

Resumen

El presente trabajo desarrolla, en primer lugar, los elementos y la aplicación de un Programa de Cumplimiento Normativo, el cual contribuye a prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan en organizaciones públicas y privadas. En tal sentido, se desarrolla la implementación de un canal eficaz de denuncias en organizaciones públicas y privadas, teniendo en cuenta no solo la Ley Anticorrupción del Perú y su Reglamento, sino también el marco normativo que la complementa, integrado por el Decreto Legislativo N° 1385, que sanciona la corrupción en el ámbito privado y la Norma ISO 37002:2021, relativa a la gestión de canales de denuncias ("whistleblowing management systems").

Palabras claves: corporate compliance, canal de denuncias, organizaciones públicas y privadas, medición de la eficacia, anticorrupción, Whistleblowing, sistema de gestión, norma ISO 37002:2021, ley anticorrupción.

Abstract

The present article develops, in the first place, the elements and the application of a Regulatory Compliance Program, which contributes how to prevent and detect legal infractions that occur in public and private organizations. In this sense, the implementation of an effective channel for

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con estudios de maestría en finanzas y derecho corporativo. Especialista en Derecho Empresarial. Email: xaviera.perezb@gmail.com.

complaints in public and private organizations is developed, taking into account not only the Anticorruption Law of Peru, Law N° 30424, its amendments (published by Legislative Decree N° 1352, which expands the administrative responsibility of legal entities and Law N° 30835, which modifies the name and articles 1°, 9° and 10° of Law N° 30424) and Regulation, Supreme Decree N° 002-2019-JUS, but also the regulatory framework that complements it, made up of Legislative Decree N° 1385, which sanctions corruption in the private sphere and ISO 37002:2021, regarding the management of whistleblowing management systems.

Key Words: corporate compliance, complaints channel, public and private organizations, measurement of effectiveness, anti-corruption, Whistleblowing, management system, ISO 37002:2021 standard, anti-corruption law.

I. INTRODUCCIÓN

Podemos definir el “*corporate compliance*” como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales derivados de su actividad y establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos².

Como sabemos, implementar un Plan de “*Compliance*” dentro de una organización, dadas las condiciones actuales, es una obligación sin perjuicio de la naturaleza de la institución (privada o pública), pese a que el mundo del “*compliance*” luce como algo complejo y hasta con cierto grado de exclusividad, al pensarse -habitualmente- en lo oneroso de su implementación, llegando a ser considerado un lujo.

En atención a lo expuesto, el presente artículo busca servir de guía para la implementación de un canal de denuncias eficaz que es parte fundamental del “*compliance*” en instituciones públicas o privadas.

Pero ¿Qué es un canal de denuncias?; Podríamos señalar que es un sistema implementado por la institución, que se encuentra disponible para todos los miembros internos, por ejemplo: trabajadores, socios, directores y/o externos, etc. como, por ejemplo: proveedores, clientes, terceros. Este canal tiene como objetivo que se pueda denunciar, de forma confidencial y segura, actos que contravengan las políticas de la institución, el código de ética o que incluso demuestren indicios razonables de la comisión de algún delito tipificado por la normativa vigente en el país.

En ese sentido, para determinar que un canal es eficaz; es decir, si tiene la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, debe estar diseñado de modo que se cumplan las garantías mínimas de acceso, almacenamiento de información y confidencialidad (para todas las partes), lo que -evidentemente- contribuye al cumplimiento de la Ley Anticorrupción del Perú, Ley N° 30424 y sus modificatorias, Decreto Legislativo N° 1352, Decreto Legislativo N° 1385 y la Ley N° 30835.

Asimismo, la implementación del citado mecanismo demuestra la realidad del compromiso ético asumido por las instituciones, ya que permite la detección y corrección de comportamientos anómalos antes que puedan conocerse de manera pública y así, eventualmente, afectar la

² WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, revisado el 01 de agosto de 2022. Link: <https://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php#:~:text=El%20Corporate%20Compliance%20es%20un,reacti%C3%B3n%20frente%20a%20los%20mismos>.

reputación de las mismas; en consecuencia, en el presente artículo explicaremos aquellas condiciones que propician un eficaz canal de denuncias.

II. EL “COMPLIANCE”

El “*compliance*”, como lo detalla Daniel S. Lewis, puede ser definido como el proceso de identificación y gestión de los riesgos regulatorios y de conducta a los que una compañía está expuesta; de igual manera, señala que estos riesgos provienen, tanto de la exposición externa de la empresa (las reglas creadas por los reguladores) como de los requisitos internos (los procedimientos y políticas internas autoimpuestas en cada organización)³.

Por otro lado y como sostiene M. BALLBÉ y R. MARTÍNEZ en el Libro *Global Administrative Law, “la autorregulación es la base del concepto moderno del Derecho Administrativo”*⁴, este impulso de la autorregulación, en sus distintivas vertientes permite generar normas y procedimientos básicos para el buen funcionamiento del mercado y el interés general⁵.

Actualmente, existen diversos conceptos de lo que es el “*compliance*”; sin embargo, consideramos que abarca -en líneas generales, como mínimo- los siguientes tópicos en los sectores público y privado: gestión de riesgos, cumplimiento de la normativa anticorrupción, prevención de riesgos tributarios y laborales, así como el respeto a la normativa del mercado de valores, defensa de la libre competencia, protección de datos personales y cumplimiento de la regulación sobre nuevas tecnologías, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, cuidado del medioambiente, entre otros. En todas estas áreas, al igual que otras, es necesario no sólo establecer políticas claras, sino también cumplir la legislación aplicable, disminuyendo -de esta forma- el riesgo de que algunas conductas atenten contra lo descrito anteriormente.

En virtud de lo expuesto, elaborar programas de cumplimiento dentro de las instituciones constituye algo necesario hoy en día⁶, pues los sistemas de cumplimiento son mecanismos de control social empresarial que coadyuvan con los fines de las instituciones y, de esa manera, sirven para evitar la comisión de ilícitos penales por parte de las empresas⁷.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos tener presente la importancia de una cultura empresarial ética⁸, ya que éste es un presupuesto de carácter transversal a las organizaciones, permitiendo la existencia de la responsabilidad social corporativa, lo cual no sería posible sin que exista la autorregulación mediante la gestión de riesgos, así como las revisiones periódicas y auditorías que permiten -en su conjunto- el cumplimiento normativo, ayudando a definir las tareas y competencias para lograrlo⁹.

³ LEWIS, D.S., *Compliance: A concise guide to the role of the Compliance Function in financial services firms*, edit. Create Space Independent Publishing Platform, 2016.

⁴ BALLBÉ, M. / MARTÍNEZ, R. “Law and Globalization: Between the United States and Europe”, en AA.VV., *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, dirs.. J. Robalino- Orellana / J. Rodríguez-Arana, pp. 137 y ss.

⁵ NIETO MARTIN, A., “Cumplimiento normativo”, ob. Cit., p.33.

⁶ VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR, M.A. “Compliance Programs y DPA: Una nueva etapa en el camino hacia un derecho anticorrupción sin frontera”, 2016.

⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, A., “La responsabilidad penal...”, ob. Cit., pp. 885-886.

⁸ CORTINA, A., *Ética De La Empresa. Claves Para Una Nueva Cultura Empresarial (Estructuras y Procesos. Filosofía)*, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2013.

⁹ NIETO MARTIN, A., “El cumplimiento normativo”, ob. Cit., pp. 35-36.

III. ELEMENTOS DEL “COMPLIANCE”: UN CANAL DE DENUNCIAS

Como sabemos, los programas de “*compliance*” son una pieza fundamental para velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con las partes miembros de una organización, así como para fomentar la sostenibilidad en las mismas.

En ese sentido, podríamos definir que los elementos más relevantes para implementar un programa de “*compliance*” son: liderazgo y cultura ética, formación y sensibilización, identificación y evaluación de riesgos, gestión de riesgos, diligencia debida y, no menos importante, canales de denuncia; y, es precisamente sobre este último punto que nos vamos a detener, a fin de explicarlo detalladamente.

Es posible definir un canal de denuncias como una herramienta que permite a los empleados de una organización, y a los terceros relacionados con la misma, realizar alertas confidenciales a la persona u organismo que haya sido designado para tales efectos, sobre sospechas de alguna mala conducta. En consecuencia, constituye una herramienta importante para reducir los riesgos y crear confianza hacia dentro y fuera de la organización, ya que permite a los directores detectar la mala conducta en una etapa temprana, ya que los canales de denuncias previenen que las personas cometan actos de fraude, corrupción, acoso y otras acciones indebidas¹⁰.

En atención a ello, también es posible indicar que el canal de denuncias (también llamado sistema “*whistleblowing*”) es un mecanismo interno, establecido en una organización, a partir del cual es posible comunicar -confidencialmente- actos indebidos y comportamientos contrarios a la legislación vigente¹¹. Otra definición muy utilizada es la de “revelar información acerca de las malas prácticas, ilegales o inmorales llevadas a cabo por un directivo de una empresa, o por empleados bajo el control de los directivos sobre personas físicas o jurídicas y que dichas acciones pudieran provocar consecuencias negativas”¹².

En tal sentido, es importante diferenciar dos conceptos involucrados en este apartado: el “*whistleblower*” y el informante.

El término anglosajón “*whistleblowing*” está compuesto por las palabras: “*whistle*” (*silbato*) y el verbo “*to blow*” (*soplar*); y, significa: “tocando el silbato”.

Al respecto, algunos autores afirman que este término hace referencia a los silbatos utilizados por la policía en Londres, mientras que otros que alude al silbato que utilizan los árbitros en las competencias deportivas para evidenciar una falta o jugada ilegal, por lo que sería una forma no peyorativa de nombrar al denunciante, en lugar de usar términos como: “soplón” o “delator”¹³. De ser así, es posible indicar que la persona que denuncia hechos contrarios a la ley y normativa de la institución con la finalidad de contribuir a la sociedad sería el “*whistleblower*” (el cual -evidentemente- necesita una protección en atención al calibre de la información que pueda brindar y los riesgos existentes, dada su posición; haciendo un símil con el Derecho Penal, sería una suerte de “testigo protegido”).

¹⁰ HENRIKSSON, K., Founding Partner and Senior Advisor de WhistleB, en <https://www.worldcomplianceassociation.com/1651/articulo-que-es-un-canal-de-denuncias.html>, revisado el 02 de agosto de 2022.

¹¹ ARMENTIA MORILLAS, O., “Canal de Denuncias”, ob. Cit., pp. 613-614.

¹² Ibidem, pp. 614.

¹³ KOHN, S. M., The Whistleblower Handbook. A step- by- step Guide to Doing What’s Right and Protecting yourself, edit., Lyon Press, 2011, p. 5.

Por otro lado, el informante es la persona que se encontraría directa o indirectamente relacionada con hechos ilegales y que, debido al rol que juega en los hechos, podría probar otras actuaciones llevadas a cabo por terceras personas, a efectos de atenuar o eximir responsabilidad (nuevamente, haciendo el símil con el Derecho Penal, tendríamos a una suerte de “colaborador eficaz”).

Existen varias empresas en el mercado que ofrecen entre sus servicios la implementación de estos sistemas de cumplimiento, asegurando que son el medio más efectivo de poner en evidencia a los delincuentes de cuello blanco y, por tanto, quienes no cuenten con este servicio tienen el doble de probabilidades que se geste la comisión de delitos dentro de sus organizaciones, bajo el entendido que la sola existencia de estos procedimientos tiene un efecto disuasivo para los potenciales infractores¹⁴.

Sin embargo y, aunque no sea muy comentado, existen estudios que cuestionan que la contribución de estos sistemas al mejoramiento de la prevención de delitos en las organizaciones sea real; ¹⁵ es decir que, para algunos autores, estos sistemas no tienen un impacto significativo en las organizaciones que los emplean, en búsqueda del fortalecimiento de sus políticas de prevención de delitos.

IV. NORMA ISO 37002:2021

En el año 2021, se publicó la Norma ISO 37002:2021, referida a los sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades (llamado en inglés: “*whistleblowing management systems*”), que tiene como pilares los principios de confianza, imparcialidad y protección para crear el sistema de gestión de denuncias interno en una organización.

Cabe precisar que, con anterioridad a la publicación de dicha norma, el canal de denuncias se había tratado en otras normas, como son, por ejemplo: la Norma ISO 37001 relativa a los sistemas de gestión para prevenir el soborno en las organizaciones y la Norma ISO 37301 sobre los sistemas de gestión de “*compliance*”.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA ISO 37002:2021

La Norma ISO 37002:2001 se divide en diez (10) capítulos: i) alcance, ii) referencias normativas, iii) términos y definiciones, iv) contexto de la organización, v) liderazgo, vi) planificación, vii) apoyo, viii) operación, ix) evaluación del desempeño y x) mejora; siendo sus principales características las siguientes:

- Proporcionar orientación a las organizaciones para implantar un canal de denuncias interno eficiente, que vele por la protección al denunciante y genere confianza para denunciar actos ilícitos dentro de la organización.
- Guiar en la forma en que deben abordarse las denuncias, a fin de que sean gestionadas conforme a la normativa durante todo el procedimiento.

¹⁴ <http://www.business-keeper.com/whistleblowing-and-compliance.html>. Revisado en mayo de 2022.

¹⁵ HEFENDEHI, R., “Alle lieben Whistleblowing”, en AA.VV., Grundlagen des Straf-und Strafverfahrensrechts. Festschrift fur Knut Amelung, dirs., Bose/ Sterneberg-Lieben, Berlín, 2009, pp. 625.

- Contribuir a la transparencia del tratamiento de las denuncias, sean anónimas o públicas.
- Brindar protección a los denunciantes ante posibles represalias, así como frente a aquellas personas que, no siendo los denunciantes, puedan ser considerados como tales.

Asimismo, es posible detallar el funcionamiento de los sistemas de gestión de canales de denuncias, dividiendo su funcionamiento en cuatro (04) fases:

1. Recepción de la denuncia
2. Análisis de la denuncia
3. Gestión de la denuncia
4. Conclusión o cierre de la denuncia

VI. OBJETIVOS DE LA NORMA

Nuestra normativa define el ya conocido “*whistleblowing*” como el acto de denunciar supuestos incumplimientos o riesgos de incumplimientos, sobre la base de los principios de confianza, imparcialidad y protección.

Sobre el particular, el objetivo principal de la norma es guiar a las organizaciones en la implementación, mantenimiento y mejora de los canales internos de denuncia de infracciones, a través de los siguientes aspectos:

- La identificación y denuncia sobre hechos ilícitos: de manera tal que el personal de la organización reciba formación oportuna sobre el canal de denuncias y realice correctamente la identificación de hechos ilícitos, para lo cual la capacitación a todos los miembros será fundamental.
- La evaluación de denuncias por hechos ilícitos: el sistema debe especificar el procedimiento de clasificación de las denuncias, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho comunicado y los medios probatorios o indicios razonables existentes.
- Los medios para abordar las denuncias por hechos ilícitos: el canal de denuncias deberá detallar cómo se deben presentar las mismas, teniendo en cuenta el alcance del mencionado canal.
- El cierre de casos de denuncias de irregularidades: el sistema tendrá también que contemplar los lineamientos de investigación, así como medidas de protección y seguimiento apropiadas para el denunciante y aquellas personas que pudieran encontrarse involucradas con la denuncia.

VII. ¿A QUÉ EMPRESAS ESTÁ ENFOCADA ESTA NORMA?

Las directrices que se detallan en la norma son genéricas, por lo que podrá aplicarse a cualquier organización, sin perjuicio de la cantidad de miembros con los que cuente, la naturaleza de sus actividades o su forma jurídica; pudiendo, entonces, ser una organización pública o privada. En

virtud de ello, podrán adherirse a la norma las organizaciones que así lo deseen de forma completamente voluntaria, pues brinda solo recomendaciones y no es una norma certificable.

Al respecto debemos precisar que, la Organización Internacional de Normalización (ISO) define las normas que emite como acuerdos documentados que contienen especificaciones técnicas y otros criterios precisos para su uso consecuente como reglas, directrices o definiciones, con el objetivo de asegurar que los materiales, productos, procesos y servicios sean apropiados a su fin (ISO, 1996).

En consecuencia, corresponde precisar que la certificación es un procedimiento mediante el cual un tercero otorga una garantía escrita de que un producto, elaboración o servicio está en conformidad con ciertas normas (ISO, 1996), basado en un informe de inspección que puede o no contener información de fuentes secundarias.

VIII. CREACIÓN DE UN CANAL EFICAZ DE DENUNCIAS

Tal como ha sido precisado en los apartados anteriores, los canales de denuncia son parte del Programa del *"Compliance"*, permitiendo a las instituciones públicas y privadas cumplir con lo dispuesto por la normativa vigente, con el fin de reducir y/o eliminar el riesgo de la comisión de delitos por parte de las organizaciones.

En virtud de ello, mediante la implementación del canal de denuncias, las instituciones pueden emplear sistemas de comunicación que consideren adecuados, dadas sus características, lo importante es que estos sirvan de forma eficiente para la recepción, clasificación e investigación de la denuncia.

Por tanto, es fundamental que el canal cuente, como mínimo, con un alto sistema de seguridad y protección de datos personales, en caso se emplee una herramienta informática prevista por un tercero, pues -será preciso, en tales ocasiones- que las instituciones cuenten con licencias de uso de las aplicaciones informáticas, las mismas que deberán cumplir con las funcionalidades mínimas requeridas por la organización y la normativa.

IX. TIPOS DE CANALES DE DENUNCIA

Existen cuatro canales de denuncia:

1. Digitales

El canal de denuncias creado con herramientas informáticas, por lo general, es gestionado por la propia institución y, por tanto, se encarga de realizar el tratamiento de las denuncias, aunque puede ser administrado (encriptación de datos, registro de usuarios, encriptado, etc.) por una empresa externa. En ese sentido, precisamos las características de la implementación de un canal de esta naturaleza:

- **Accesibilidad:** el canal creado debe encontrarse accesible a través de cualquier navegador con acceso a Internet, sea para el envío de denuncias, como para el módulo de tratamiento (brindando acceso mediante usuario y contraseña); para ello, la herramienta deberá emplear una base de datos en la que se registre toda la información asociada a las denuncias.

- Envío de denuncias: los miembros de la organización, así como los terceros deberán poder acceder a un formulario de denuncia en el que se expliquen los hechos que consideren oportunos, así como también la posibilidad de adjuntar medios probatorios, sumado a la posibilidad de indicar sus datos personales, lo que incluye un número de teléfono y un correo electrónico (a fin de recibir notificaciones sobre el estado de su denuncia, ser citados para brindar su manifestación y/o enviar información adicional, de ser el caso).
- Tratamiento de las denuncias recibidas: los usuarios que registren su denuncia deben contar con la posibilidad de recibir un aviso en su correo electrónico, sea para brindarles la confirmación de registro, como para informarles los avances de la investigación.
- Funcionamiento del canal: la aplicación informática deber permitir obtener informes de la actividad del canal donde figure el número de denuncias enviadas, en proceso de investigación, concluidas, etc. Esto, servirá para medir no solo el grado de cumplimiento, sino también para obtener estadísticas y determinar la eficacia del mismo.
- Licencia de uso de herramienta informática: la licencia deberá incorporar actualizaciones automáticas, las cuales contemplen cambios legislativos en materia de "*compliance*", así como de protección de datos personales, entre otros.

2. Telefónicas

Este tipo de canal de denuncias puede encontrarse disponible todo el año o en determinados momentos de este (por horarios); sin embargo, no permite la encriptación de la información, por lo que los niveles de seguridad son menores que en canales digitales. Asimismo, es probable que la información se registre en su totalidad de forma manual, lo que entorpece -en cierto grado- el procedimiento; sin perjuicio de ello, en zonas donde el acceso a Internet es reducido, es una buena alternativa.

3. Personales

Esta es una forma de denuncia directa, cara a cara, ante las personas responsables del canal de denuncias. Lo negativo que podría llegar a generar esta modalidad es que pierda importancia el registro documental que avale la información brindada; por ello, la importancia que el registro de la denuncia bajo este canal, también sea registrado en el sistema general, ya que forma parte de las estadísticas de la organización. En comparación con los canales anteriores, en este caso es imposible sostener el anonimato, por lo que será importante que ambas partes respeten los principios de transparencia, protección de datos y reserva.

4. Correo electrónico

Es un canal sencillo de implementar; sin embargo, no es posible encriptar completamente un correo electrónico, existiendo la posibilidad latente de filtración de datos, incrementando el riesgo de incumplimiento de los requisitos legales mínimos.

X. DE LA COMUNICACIÓN DEL SISTEMA DE DENUNCIAS

Sin perjuicio del canal que se elija utilizar en la organización, es importante que la decisión adoptada sea eficientemente comunicada a todos los grupos de personas que tendrán acceso a

la institución, lo cual puede llevarse a cabo mediante capacitaciones, guías informativas, recordatorios, etc.

El objetivo de la comunicación es explicar la implementación del "*compliance*", incidiendo en la importancia del canal de denuncias.

XI. CARACTERÍSTICAS Y OBJETIVOS DEL CANAL DE DENUNCIAS

11.1 De las Características

De manera independiente al tipo de canal de denuncias que sea implementado en una determinada institución, es preciso considerar la existencia de tres características fundamentales que coadyuvan a su buen funcionamiento:

1. Seguro y anónimo

El sistema debe proteger todos los datos sensibles de las denuncias efectuadas, de modo que la identidad de los involucrados, así como los medios probatorios, permanezcan a buen recaudo. Siendo así, podríamos afirmar que la seguridad es vital en un canal de denuncias, pues este principio debe estar presente durante todo el procedimiento de investigación de modo que la información no se filtre.

En ese sentido, se recomienda contar con un proveedor del sistema de denuncias que cuente con las mejores certificaciones de seguridad.

2. Legalmente conforme

Las leyes de protección de datos cobran mayor relevancia, de la que ya tienen per se, cuando se implementa un canal de denuncias, ya que nos fijan, por decirlo de alguna forma, las reglas de juego. En tal sentido, debemos tomar especial atención a la regulación de cada país en el que se implemente este sistema, pues no en todos tenemos el mismo esquema; para ello debe existir un área encargada de control y verificación, de modo que el sistema siempre se encuentre implementado bajo el marco legal vigente.

3. Fácil de usar

Como ha sido expuesto en los puntos precedentes, el canal de denuncia debe ser seguro, estar conforme a ley y también debe ser fácil de utilizar, pues de nada sirve cumplir con los presupuestos anteriores si el sistema utilizado no facilita su propio uso, situación en la cual no solo interferirá con la respuesta inmediata de la organización, sino también con el poco y nulo uso del sistema.

Aunado a ello, no debe olvidarse que la organización tiene la obligación de capacitar a los usuarios en el uso del canal de denuncias de forma adecuada y oportuna.

11.2 De los Objetivos

Entre los objetivos principales del canal de denuncias destacan los siguientes:

1. **Prevenir y detectar:** cualquier actividad y/ conducta ilícita, contraria a la normativa vigente en el país, así como a las políticas de la institución.
2. **Promover la ética empresarial:** como dijo Antonio Arangadoña, titular de la Cátedra La Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo del IESE en el año 2015, *"La ética en la empresa depende en gran medida de cómo actúan sus directivos. Porque una empresa debe ser ética si quiere ser una buena empresa y un directivo debe ser ético si quiere ser un directivo"*. Lo mismo aplica para una institución de carácter público, en cuyo caso el ministro debería ser la primera persona en dar un buen ejemplo.
3. **Garantizar la eficacia de las medidas de control interno:** ello mediante el seguimiento permanente de las actividades programadas, contribuyendo a la disminución y/o eliminación de los riesgos derivados de prácticas ilícitas.
4. **Eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica:** si algún miembro de la institución incurre en algún delito previsto en la legislación nacional, se deberá comunicar de forma inmediata a las autoridades competentes, brindando toda la información o material probatorio del que se disponga; promoviendo una cultura de *"compliance"* a todo nivel.
5. **Cumplir con las obligaciones legales vigentes:** como hemos precisado anteriormente, implantar un canal de denuncias supone la obligación de la institución de prever las medidas mínimas en materia de protección de datos personales y prevención de lavado de activos, entre otros.
6. **Fomentar un correcto sistema disciplinario:** el sistema disciplinario para aquellos miembros de la organización que incurran en infracciones a las políticas internas y/o cometan delitos, deben ser aplicadas teniendo en cuenta los principios de inmediatez y proporcionalidad.
7. **Colaborar con la investigación:** en último lugar del listado, pero no menos importante, se encuentra la colaboración con la investigación, sea ésta de carácter administrativo, judicial, penal y/o de otra especialidad, pues la conducta procesal de la organización tendrá directa repercusión en su reputación. En este punto, recomendamos que siempre las comunicaciones, sean analizadas de la mano del área legal y de relaciones públicas.

XII. RECOMENDACIONES

La promoción del canal de denuncias a través de una política institucional debería fomentar su uso corporativo, el mismo que es necesario para que la organización valore su desempeño y pueda conocer la posible comisión de delitos suscitados en su seno.

Las personas que presenten una denuncia interna deben hacerlo de buena fe, con respeto a la verdad. Y, en atención a ello, es recomendable reiterar permanentemente en las organizaciones lo nocivo que resulta, al interior de las mismas, recibir denuncias falsas, no solo por ser contrarias

a la ley, sino porque contravienen valores que deberían profesar las organizaciones públicas y privadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, A., "La responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades", Tecnos, 1996.
- ARMENTIA MORILLAS, O., "Canal de Denuncias", en el capítulo "Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de prevención, detección y reacción", en AA.VV., Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa, coord. C.A. Sáiz Peña, Pamplona, 2015, pp. 610-641.
- BALLBÉ, M. / MARTÍNEZ, R. "Law and Globalization: Between the United States and Europe", en AA.VV., Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa, dirs. J. Robalino-Orellana / J. Rodríguez-Arana, pp. 137 y ss.
- CORTINA, A., Ética De La Empresa. Claves Para Una Nueva Cultura Empresarial (Estructuras y Procesos. Filosofía), 7ª ed., Trotta, Madrid, 2013.
- HEFENDEHL, R., "Alle lieben Whistleblowing", en AA.VV., Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung, dirs. Bose/ Sterneberg-Lieben, Berlín, 2009, pp. 617-643.
- HENRIKSSON, K., Founding Partner and Senior Advisor de WhistleB, en <https://www.worldcomplianceassociation.com/1651/articulo-que-es-un-canal-de-denuncias.html>, revisado el 02 de agosto de 2022.
- <http://www.business-keeper.com/whistleblowing-and-compliance.html>. Revisado en 05 de mayo de 2022.
- KOHN, S. M., The Whistleblower Handbook. A step – by – step Guide to Doing What's Right and Protecting yourself, edit., Lyon Press, 2011.
- LEWIS, D.S., Compliance: A concise guide to the role of the Compliance Function in financial services firms, edit. Create Space Independent Publishing Platform, 2016.
- NIETO MARTIN, A., "Cumplimiento normativo", en AA.VV., Manual de cumplimiento penal en la empresa, dir. A. Nieto Martin, Valencia, 2015, pp. 231 y ss.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A., ENCINAR, M.A. "Compliance Programs y DPA: Una nueva etapa en el camino hacia un derecho anticorrupción sin fronteras", 2016.
- WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, <https://worldcomplianceassociation.com/>, revisado el 01 de agosto de 2022.



LA TEMPORALIDAD AD AETERNUM: "ROBA, PERO HACE OBRA" INAPLICACIÓN DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL- PROPUESTAS DE MEJORA

**Autora: Lucía Alejandra
Vargas Fernández**

LA TEMPORALIDAD AD AETERNUM: "ROBA, PERO HACE OBRA"

INAPLICACIÓN DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL - PROPUESTAS DE MEJORA

Ad aeternum temporality: "he steals, but he works"

Non-application of Government Compliance – Improvement proposals

Lucía Alejandra Vargas Fernández¹

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. La percepción de la corrupción en el Perú
- III. De nada sirve una norma sin sanción o que inaplica su sanción
- IV. Los casos de corrupción que se dieron en pandemia
- V. ¿Qué le hace falta al sistema de *Compliance* Gubernamental para desincentivar las conductas de corrupción en el Perú? - Algunas propuestas de mejora
- VI. Conclusiones

Resumen

El presente trabajo efectúa una breve reseña del estado actual del Compliance Gubernamental en el Perú, teniendo en cuenta la percepción de la corrupción tanto en el sector público como en el privado, así como algunas experiencias que se dieron en pandemia, llegando a la pregunta que inspiró las presentes reflexiones: ¿Qué le hace falta al sistema de Compliance Gubernamental para desincentivar las conductas de corrupción en el Perú? No es nuestra intención resolver un problema tan complejo, solo establecer propuestas sobre las cuales podrían trabajarse políticas públicas.

Para entender la óptica del Compliance Gubernamental peruano, indicaremos brevemente a lo largo de los tres primeros acápite del artículo su origen, concepto y aplicación actual. Si bien el Compliance fue concebido inicialmente para las empresas privadas, la estrecha relación con el sector público (tan venido a menos por la corrupción imperante) hace necesario que se investigue sobre este tema e implemente tal como lo proponemos en el acápite cuarto.

¹ Magistra por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada Asociada Senior del Área Corporativa del Estudio Torres y Torres Lara Abogados. Especialista en Derecho Civil Patrimonial. Docente Universitaria. Email: lvargas@tytl.com.pe.

Palabras clave: *Corrupción, Compliance Gubernamental, aplicación normativa, desincentivación de conductas.*

Abstract

The present research work makes a brief review of the current state of Government Compliance in Peru, considering the perception of corruption in both public and private sectors, as well as some experiences that occurred during the pandemic, arriving at the question that inspired these reflections: What does the Government Compliance system need to discourage corrupt behavior in Peru? It is not our intention to solve such a complex problem, only to establish proposals on which public policies could be worked on.

To understand the perspective of Peruvian Government Compliance, we will briefly indicate throughout the first three sections of the article its origin, concept, and current application. Although Compliance was initially conceived for private companies, the close relationship with the public sector (so much diminished by the prevailing corruption) makes it necessary to investigate this issue and implement it as we propose in the fourth section.

Key words: *Corruption, Government Compliance, normative application, discouraging behaviors.*

I. INTRODUCCIÓN

En el momento de la historia que nos encontramos viviendo, luego de haber sobrevivido una pandemia y las secuelas psicológicas del encierro, la humanidad sigue preguntándose por qué debemos combatir la corrupción. En todos los tiempos y en toda clase de Estados hemos leído que la debacle de muchos de los gobiernos se ha dado por la presencia constante de este deplorable factor.

En pleno 2022, el Perú se replantea, cómo combatir la corrupción a nivel del Estado; es imposible enumerar las razones del por qué existe este cáncer, sin embargo, para nosotros una de las principales es la desidia que se presenta por parte de la población; en ese sentido creemos que no existe un solo factor específico que explique el por qué al pueblo peruano ya no le sorprende (y no hace mucho) por combatir la corrupción.

En ese contexto, hemos decidido escribir sobre cómo debería combatirse la corrupción a nivel de Estado, para ello el presente artículo de investigación (con muchos tintes de opinión) se plantea una pregunta en concreto: ¿Qué le hace falta al sistema de *Compliance* Gubernamental para desincentivar las conductas de corrupción en el Perú?. Para poder responder a esta pregunta, primero debemos tener claro en qué consiste y para qué sirve el *Compliance* (en general y en particular relacionado a nuestro tema de estudio).

Según diversos autores, *Compliance a secas* implica el cumplimiento de las distintas normas para combatir la corrupción en todas sus formas, desde las sanciones necesarias que debe establecer el derecho penal para casos típicos como el cohecho y la colusión hasta la utilización de prácticas nacidas de la costumbre internacional que se han ido positivizando con el paso de los años (como los son los ISO). Entonces, el *Compliance* Gubernamental abarcaría el cumplimiento de las normas anticorrupción que involucren al sector público.

Ahora, respecto del tema específico hemos consultado doctrina nacional e internacional que estudia la aplicación de este tipo de *Compliance*, el estado actual de la situación, el análisis de casuística que aconteció durante el año 2020, así como autores que analizan cuáles serían las alternativas de solución frente al problema planteado.

En ese sentido, en el presente artículo encontrarán el análisis subjetivo respecto a cómo percibe la población peruana la corrupción en nuestro país, el análisis del por qué tenemos la firme convicción que de nada sirve una norma que no sanciona o inaplica sanciones, los casos de corrupción que dejó la pandemia y la respuesta a la pregunta de investigación donde se exponen algunas propuestas de mejora.

II. LA PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Es innecesario hacer un análisis profundo de la infinidad de problemas que acarrea la corrupción tanto en el sector público como en el sector privado, especialmente en un país como el nuestro. Sin embargo, para invitar al lector a interesarse en el tema presentaremos unas breves reflexiones sobre un caso peruano que sirvió de inspiración para el planteamiento del problema que propone el presente artículo de investigación; nuestra pregunta es ¿Qué le hace falta al sistema de *Compliance* Gubernamental para desincentivar las conductas de corrupción en el Perú?

Tal vez el lector reparó en el presente artículo pues su pícaro título llamó su atención, es por ello que desempolvaremos el dicho "roba, pero hace obra". Corría el año 2014 cuando un hoy, anónimo ciudadano, sacó a relucir (una vez más) el viejo dicho que hace referencia a que no existe algún político que asuma algún cargo público sin robar, inmediatamente se viralizó el tema, existiendo un sinnúmero de artículos periodísticos y distintos estudios de toda índole al respecto.

Tan fuerte fue el presagio que el político a quien hicieron alusión en la "anécdota" narrada en el párrafo anterior volvió a juramentar como funcionario público. Las razones por las cuales la corrupción se encuentra normalizada en nuestro país son más de índole sociológico y psicológico que jurídico, sin embargo, las políticas públicas que se tomen para su minimización sí deben derivar imperativamente en norma eficaz.

Como comentario paralelo queremos poner de relevancia uno de los principales problemas por los cuales la corrupción sigue siendo, para nosotros, pan nuestro de cada día, y es que la gente ha normalizado estos actos, y por ende no los denuncia ante las autoridades competentes; por ello es lamentable la cantidad de actos de corrupción que presenciamos a diario (desde darle una dádiva a un policía "para una gaseosa", pasando por "ofrecer una propina" a algún servidor público para que "acelere el expediente", hasta los supuestos descarados que hemos atestiguado en los últimos años en los casos de corrupción relacionados a contrataciones con el Estado). Esto se traduce en situaciones como: o no queremos meternos en problemas denunciando o tenemos miedo de denunciar por eventuales futuras represalias. Para cerrar el breve preámbulo, es necesario tener presente que los problemas de corrupción se dan lamentablemente en todas las esferas del gobierno, tanto a nivel nacional, regional y local, así como en las entidades públicas autónomas.

Pero ¿cómo percibe la población peruana la corrupción a la que nos venimos refiriendo? Desde nuestro punto de vista podemos afirmar lo siguiente: la población aplica mano de hierro al sector privado e ignora preocupantemente al sector público; para muestra un

botón: por un lado, basta con mencionar las consecuencias que tuvo que enfrentar la empresa Graña y Montero cuando se probó su relación directa con el caso Odebrecht, automáticamente sus acciones perdieron su valor en un 70% en un solo día, se cayeron todas las negociaciones y contratos, muchos de sus líderes de áreas fueron apresados, pero por otro lado pareciera que en el sector público jugaran a la competencia que resultara de la idea "mientras más corrupto, más elegible".

Como conclusión preliminar es evidente la diferencia que se aplica en el Perú entre el *Compliance* Gubernamental y el Compliance que aplica al sector privado. Ahora, en los siguientes subtítulos analizaremos los aspectos jurídicos que buscan una raíz al problema propuesto, algunos casos de corrupción que se dieron durante la pandemia, nuestra propuesta de mejora y algunas conclusiones.

III. DE NADA SIRVE UNA NORMA SIN SANCIÓN O QUE INAPLICA SU SANCIÓN

Antes de entrar a profundidad en el fondo del presente subtítulo es importante tener claro que en nuestro país la entidad encargada de hacer el *Compliance* Gubernamental es la Contraloría General de la República, la cual si bien fue creada en 1929, sufrió una reforma integral hace menos de 4 años, pues, el sistema de control como lo conocemos hoy en día tuvo sus inicios con la promulgación de la Ley N°30742 (Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control), la cual fue publicada el 27 de marzo de 2018. No es coincidencia que esta reestructuración se diera un poco más de un año después que el Departamento de Justicia de Estados Unidos difundiera las primeras confesiones de una de las principales constructoras sobornadas por la red Odebrecht.

También es importante recordar que previa a la reestructuración mencionada, el sistema de control era en extremo deficiente pues prácticamente no existían labores de detección y prevención de actos de corrupción, además, cómo olvidar las épocas en que los hoy Órganos de Control Institucional (en adelante OCI) eran designados por los mismos titulares del pliego de las entidades públicas, es decir, los organismos de defensa jurídica de la Contraloría General (Procuradurías Públicas) dependían directamente de las entidades a cargo de la gestión de responsabilidades, un absurdo digno de la imaginación de *Tarrant Hightopp*².

Si bien la situación antes descrita está siendo mejorada progresivamente con seguimiento y monitoreo, ello no quita que en la actualidad es indiscutible que existe la sensación generalizada en la población peruana que prácticamente no se aplica el *Compliance* Estatal en nuestro país, especialmente en las circunstancias políticas que nos encontramos viviendo en el año 2022 por las crisis tanto a nivel del poder ejecutivo como del poder legislativo.

Regresando al fondo de la cuestión, nuestros lectores deben recordar la clásica "fórmula" italiana que compone la norma: regla + sanción+ entidad pública³, es decir, para que una norma funcione eficazmente debe existir una regla como supuesto a raíz de la cual se aplique una sanción determinada, la cual será aplicada por una entidad pública en concreto.

² Nombre que atribuyó Tim Burton al Sombrerero loco del clásico cuento Alicia en el País de las Maravillas de Lewis Carroll.

³ Vincenzo Roppo, "El Derecho Privado en el Sistema Jurídico," *Ius Et Veritas* 51 (2015): 88-101.

En la práctica hemos comprendido que este método se traduce en que no existe utilidad alguna en la norma que no contiene sanción o la inaplica.

Para el caso de *Compliance* Gubernamental, existió un tiempo en que se arrebató la facultad sancionadora a la Contraloría General de la República y sus organismos dependientes, hagamos un breve recuento histórico. En el año 2011, se promulgó el Decreto Supremo N°023-2011-PCM el cual reglamentó Ley N°29622, “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”. Desde ese año se otorgó la facultad sancionadora, la cual, mal que bien trabajó para darle cierto grado de eficacia al *Compliance* Gubernamental en el Perú.

Sin embargo, en el año 2019, el Tribunal Constitucional publicó en el diario oficial El Peruano la sentencia recaída en el Expediente N°00020-2015-PI/TC, la cual en buena cuenta, restringió casi en su totalidad la facultad sancionadora referida en el párrafo anterior en tanto se dejó de procesar las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos pues las conductas infractoras a sancionarse necesariamente debían estar contenidas en normas con rango de Ley.

Después de esto, en el 2021, se promulgó la Ley N°31288, “Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República” (Ley que devolvió sus facultades sancionadoras a la Contraloría). En este punto incidimos nuevamente en que no existe utilidad alguna en la norma que no contiene sanción o la inaplica; la intervención del Tribunal Constitucional inaplicó la facultad sancionadora de la Contraloría por un período de más de dos años.

Ahora, si bien las normas que supervivieron en el periodo de inaplicación mencionado conservaron las fórmulas de “serán responsable administrativa, civil y penalmente quienes incumplan” un supuesto determinado, ello limitó terriblemente el control inmediato que se había dado y desarrollado durante 8 años. De otro lado, también es sabido que estos otros tipos de responsabilidad cuentan con procesos de largo aliento, los mismos que no desincentivan las conductas corruptas que estamos analizando.

Para cerrar estas ideas queremos compartir una idea personal, la cual es que a las personas involucradas en los procesos de corrupción les conviene que impere el desorden, en el sentido que al ser tan diversas y amplias las normas administrativas, mientras más dispersa sea su regulación, más sencillo es cometer un acto de corrupción pues detectarlo se vuelve casi imposible.

Sobre este aspecto, también es conveniente que informemos a nuestro lector que para el desarrollo de la presente investigación, consultamos de manera particular a algunas personas que se desenvuelven profesionalmente en dicho ámbito y por tanto cuentan con mucha experiencia en la materia, quienes nos comentaron que las normas que menos se respetan o menos se cumplen son las relacionadas con la rendición de cuentas, implementación de recomendaciones, declaraciones juradas de bienes y rentas e implementación de control interno. Para corroborar ello basta con dar una mirada curiosa en los portales de transparencia de cualquier entidad pública peruana.

Para este acápite también consultamos una fuente objetiva de información, en este caso el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción⁴ (Comisión de Alto Nivel Anticorrupción), en cuyo reporte de seguimiento y monitoreo del PNILCC- Balance de metas 2020, podemos observar que el avance de los objetivos prioritarios cuenta con acciones que a nuestro parecer aún se encuentran en niveles básicos.

En esa línea de ideas, existe una convergencia de sectores; la autora de la presente investigación tiene la firme convicción que uno de los principales problemas del sector público es que abarcan demasiado y no se centran en la especialidad de cada materia, lo mismo sucede con en el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, las acciones observadas en el balance saltan de indicadores que involucran a gobiernos regionales y locales, a indicadores a aplicarse en colegios, a indicadores relacionados a la policía nacional, ministerio público o poder judicial y así sucesivamente.

En este sentido nos preguntamos, ¿cómo podrían las entidades públicas cumplir normas para sectores tan divergentes? De la propia experiencia trabajando en el sector público, podemos aseverar que los conflictos que genera esta diversidad no son pocos; estamos seguros de que no es la excepción el análisis del Plan Nacional mencionado en el párrafo precedente, que de la variedad de normas lo único que se provoca es un caos al momento de tratar de aplicar sanciones. El objetivo de estas reflexiones es poner sobre la mesa que los factores que se presentan en la realidad para incumplir las normas de *Compliance* Gubernamental son múltiples y pueden ser tanto objetivos como subjetivos.

A propósito de esto último, tampoco podemos restar protagonismo a las razones subjetivas por las cuales los funcionarios o servidores públicos incumplen las normas de *Compliance* Estatal, entre las principales podemos mencionar la falta de capacitación respecto a los sistemas de control vigentes en el país, la falta de presupuesto asignado para cumplir con las labores de control (recordemos que si bien los funcionarios designados como jefes de los OCI están adscritos a la Contraloría General de la República, sin embargo, el personal que trabaja con ellos en las entidades públicas son contratados directamente por las entidades a ser fiscalizadas con dinero de sus propios pliegos presupuestales), la cultura autoimpuesta de no denunciar o quejar actos de corrupción, entre otros.

En síntesis, sobre estos temas de reflexión, en nuestro país existieron dos años específicos en que se restringió la facultad sancionadora que la norma originariamente había provisto a favor de la Contraloría, facultad que ha sido devuelta y solo con el paso de los años sabremos las consecuencias desastrosas que provocó la ausencia de sanción durante el 2019, 2020 y parte del 2021. Por otro lado, las sanciones "alternativas" aplicadas en plazos extremadamente largos por parte del sistema de justicia peruano, a través de procesos desordenados que parecen no tener norte ni sur y los factores subjetivos mencionados en el párrafo anterior, también hacen que su aplicación no sirva prácticamente para nada.

⁴ Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, "Seguimiento y monitoreo del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018 – 2021", Gobierno del Perú, <https://www.gob.pe/institucion/can/informes-publicaciones/1745439-seguimiento-y-monitoreo-del-plan-nacional-de-integridad-y-lucha-contra-la-corrupcion-2018-2021>

IV. LOS CASOS DE CORRUPCIÓN QUE SE DIERON EN LA PANDEMIA

El lector, en un acto de buena fe, creería que en tiempos de pandemia los actos de corrupción disminuyeron, sin embargo, basta con dar un vistazo general a las noticias y denuncias que se están presentando en la actualidad para confirmar que sucedió todo lo contrario. ¿Hubiera podido aplicarse las figuras de *Compliance* de manera remota cuando ya habían sido parcialmente ignoradas en un escenario de presencialidad? La respuesta es un claro NO.

Según Proética⁵, en el Perú existen más de 1400 investigaciones en fiscalías en todo el país de sucesos de corrupción acaecidos en pandemia; como primer caso de análisis tomaremos como ejemplo los casos registrados según bien o servicio “adquirido” (cuya muestra temporal abarca del 16 de marzo al 20 de agosto de 2020), la misma institución informa que se están investigando relacionados al otorgamiento de canastas básicas familiares (víveres), equipos de protección personal, productos de limpieza, equipos médicos, pruebas Covid, oxígeno, entre otros.

Hemos escogido los ejemplos referidos en el párrafo precedente a propósito, pues estos bienes y servicios fueron considerados fundamentales durante la pandemia, y, aun así, aun cuando había miles de personas muriendo en nosocomios, mientras vivíamos una de las crisis de salud más grandes en los últimos cien años, los funcionarios y servidores públicos ¡oh! Siguieron robando. En ese sentido volvemos a hacer énfasis en el título del presente artículo, pues si bien las personas que “hicieron obra” otorgando canastas o comprando insumos también robaron.

Para continuar con el análisis de casos, indicaremos la cifra proporcionada por la misma Proética⁶, en la cual encontramos que, de marzo a agosto de 2020, se estima que ha existido un perjuicio económico en contra del Estado peruano de S/4,428,681,342.00; tomemos en cuenta que esta cifra es referencial pues es imposible que hayan podido identificar y denunciar todos los casos de corrupción que existieron en el país.

De estos datos proporcionados de manera muy puntual, el lector se preguntará ¿Y dónde estuvo la Contraloría General de la República? ¿Qué pasó con el *Compliance* Gubernamental? Lamentamos informar que a pesar que se tomaron medidas como, la implementación del uso de la Tecnología de la Información (TI) para optimizar el control gubernamental, se mejoró la Tecnología de la Información y Comunicación (TIC) en beneficio del ciudadano (lo cual incluyó desarrollo e implementación de aplicativos informáticos al servicio del ciudadano, modernización de los sistemas e infraestructura de las TIC, entre otros), tal como se especifica en el Informe Ejecutivo De Gestión 2020 Memoria Institucional⁷, estas medidas no fueron suficientes para detener el paso de la corrupción en épocas de pandemia.

⁵ “Observatorio de casos de corrupción en medio de la pandemia: más de 1400 investigaciones en fiscalías en todo el país”, Proética Capítulo Peruano de Transparency International, 27 de julio de 2022, <https://www.proetica.org.pe/contenido/observatorio-de-casos-de-corrupcion-en-medio-de-la-pandemia-mas-de-1400-investigaciones-en-fiscalias-en-todo-el-pais/>

⁶ “Observatorio de casos de corrupción en medio de la pandemia: más de 1400 investigaciones en fiscalías en todo el país” et al.

⁷ Contraloría General de la República, “Informe Ejecutivo de Gestión 2020” https://doc.contraloria.gob.pe/documentos/Informe_Ejecutivo_de_Gestion_2020.pdf

La intención de incorporar los casos y cifras mencionados en el presente acápite es para hacer énfasis una vez más, en la importancia y necesidad de mejorar el *Compliance* Gubernamental en nuestro país, ya que ni siquiera los tiempos de crisis o el inicio del uso de la tecnología para que las denuncias se vuelvan más proactivas han logrado detener o por lo menos frenar a los comisores de actos corruptos.

V.¿QUÉ LE HACE FALTA AL SISTEMA GUBERNAMENTAL DE COMPLIANCE PARA DESINCENTIVAR LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN EN EL PERÚ? - ALGUNAS PROPUESTAS DE MEJORA

Los acápites que preceden han tenido como intención proveer de un contexto a la pregunta planteada en la presente investigación. A continuación, planteamos algunas propuestas que surgieron a raíz de la lectura de la doctrina que inspiró el presente artículo, así como de la experiencia personal al haber trabajado un periodo de tiempo en el sector público. Así pues, nuestras propuestas son las siguientes:

- **Transparencia integral para el acceso a la información (tanto para el servidor público como para el ciudadano)**

A nuestro parecer una de las principales fuentes que incentivan la corrupción en las entidades públicas peruanas es lo que denominaremos "el ocultismo⁸ de la información". ¿Qué sucede? Son las entidades las que manejan la información y son ellas las que deciden cuál información comparten y cuál no (aunque teóricamente solo existe un universo pequeño y determinado de información que no es pública).

Nos explicamos. Si bien existen portales de transparencia estándar cuya implementación es obligatoria para todas las entidades públicas, si revisamos a detalle cada uno de ellos encontraremos que muchos solo tienen la información mínima, por ejemplo, se exige que se publiquen todas las resoluciones u ordenanzas emitidas periódicamente, sin embargo, ello no sucede pues, o no publican bajo la temporalidad exigida por Ley o publican la información de manera incompleta, como por ejemplo suben el acto administrativo pero no se adjuntan los anexos (los cuales en la mayoría de los casos contienen la información detallada de dicho acto), a ello nos referíamos con ocultismo (ocultan la parte más importante de los actos).

Esta asimetría de información permite a las entidades públicas abusar de la información que se encuentra oculta, lo cual a lo largo de los años ha sido uno de los principales problemas para los administrados, pues la falta de conocimiento de los plazos, los supuestos, o cualquier información relevante permite que se den actos de corrupción, por ejemplo, para acelerar procesos que ya tienen un trámite y orden establecidos, sin embargo, los ciudadanos no tienen pleno conocimiento de estos.

Para nosotros una posible solución es la implementación progresiva de *softwares* que publiquen en tiempo real los actos administrativos públicos, es decir, implementar programas que publiquen el contenido de lo trabajado digitalmente por el funcionario o servidor público en cuanto cuente con los vistos buenos de las áreas correspondientes, siempre que dichos actos no atenten contra la protección de información privada o

⁸ Entendido de su origen de la palabra latina *occultus* traducida como secreto o misterioso.

sensible de los involucrados conforme a Ley. Esta publicación célere desincentivaría las conductas corruptas antes expuestas y explicadas.

Con los avances de la tecnología lo sugerido es completamente viable (previa capacitación del personal involucrado), sin embargo, se prefiere seguir trabajando en el ocultismo para no perder el control del desorden. Recordemos que mientras menos transparencia, más altas las posibilidades de incurrir en actos de corrupción.

- **Reducir las brechas de *Compliance* entre el sector público y privado**

Tras la revisión de la literatura relacionada al tema creemos que en el sector público se resta importancia al cumplimiento de las normas anticorrupción por 3 factores fundamentales: (i) la idea despersonalizada del dinero, es decir, al ser dinero que proviene del tesoro público, pertenece al pueblo, y mientras la gente no visualice su propio rostro en el del despersonalizado dinero, que el dinero de las arcas públicas sea gastado en actos de corrupción seguirá pasando desapercibido o sin importarle; (ii) la ciudadanía que no denuncia, ya sea por desidia, miedo a eventuales represalias, conciencia de lo inútil que es denunciar ante la burocracia estatal que no da soluciones eficaces, o por desconocimiento; y, (iii) la ausencia de monitoreo, puesto que, en muchos de los casos una vez que inician las acciones de control, las entidades públicas hacen caso omiso de las recomendaciones indicadas por la Contraloría.

El combate de los supuestos resumidos en el párrafo que precede se da a través de la aplicación de normas vigentes en nuestro país, muchas de las cuales son importadas de otros países y de otros sistemas jurídicos.

De acuerdo a lo antes expuesto, a nivel internacional es la ISO 37001 (que se publicó el año 2016) la que establece los sistemas de gestión antisoborno. Está diseñada para ayudar a las organizaciones a implantar y mantener medidas específicas que les ayuden a prevenir, detectar y abordar el soborno en toda la organización y sus actividades vinculadas.

En el Perú dicha norma internacional ya es de aplicación obligatoria tanto al sector privado (a través de la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional) como en el sector público (a través de la actualización de la Política y Objetivos de Gestión Antisoborno de la Contraloría General de la República, aprobados por Resolución de Contraloría N° 092-2021-CG y sus actualizaciones).

Ahora bien, no es que el *Compliance* que concierne al sector privado sea eficaz en un cien por ciento, hasta donde sabemos no son más de 50 empresas según el *World Compliance Association*⁹ las que cuentan con la certificación ISO 37001 en el Perú, pero es un número considerablemente grande en comparación de las entidades públicas que cuentan con la misma certificación. En nuestro país podemos mencionar a dos entidades públicas: el Ministerio de Educación y la Municipalidad de Lima, las cuales recibieron sus certificaciones ISO 37001 en el 2021.

⁹ "Bienvenido al Capítulo del Perú", World Compliance Association Capítulo Perú, 27 de julio de 2022, <https://www.worldcomplianceassociation.com/index.php#areacapitulo>

Distintos son los incentivos en el sector público y privado para implementar estos estándares y reducir las brechas, sin embargo, más allá de lo dicho, la población debería ser más estricta respecto de la evaluación anticorrupción al momento de emitir su voto en los comicios o al momento de exigir sanciones.

Nos reiteramos en las afirmaciones vertidas al inicio del presente artículo: la población peruana se ha vuelto indolente frente a los casos de corrupción que vemos a diario proveniente del Estado, razón por la cual el enfoque propuesto de eliminar las brechas lograría, en un futuro, que no exista distinción entre *Compliance* público y privado y se llegue a una idea unitaria de *Compliance*, donde los actos de corrupción se sancionen por igual.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe un desbalance y normalización de la corrupción en lo que respecta e involucra al sector público peruano; la población está acostumbrada a que estos actos sean noticia diaria, por lo tanto, se cree que "robar, pero hacer obra" es normal y, por ende, también se ha normalizado su falta de sanción.
2. De la dinámica del ordenamiento jurídico como lo conocemos, una norma jurídica que no permita ejecutar su sanción o que la restrinja por completo es una norma ineficaz; en nuestro país se restringió la facultad sancionadora de la Contraloría General de la República causando un gran atraso en las mejoras de las políticas del *Compliance* Gubernamental.
3. Durante la pandemia del Covid 19, se presentó mayor casuística de corrupción, lo cual ha sido materia de análisis y reflexión debido a que está tan normalizada esta práctica que no importa las circunstancias en las que estemos viviendo y las conductas corruptas incrementan en lugar de disminuir.
4. De la recopilación doctrinal que se ha analizado para elaborar el presente artículo hemos determinado que las dos recomendaciones que mejor sustentan la respuesta a nuestra pregunta de investigación son: la transparencia integral para el acceso a la información (tanto para el servidor público como para el ciudadano) y la reducción las brechas de *Compliance* entre el sector público y privado.

BIBLIOGRAFÍA

- Accifonte, Laura Graciela, "Compliance en América Latina", Revista aula contable, 5 (2019): 23-39.
- "Bienvenido al Capítulo del Perú", World Compliance Asociation Capítulo Perú , 27 de julio de 2022, <https://www.worldcomplianceassociation.com/index.php#areacapitulo>

- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, Seguimiento y monitoreo del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018 – 2021, Gobierno del Perú, <https://www.gob.pe/institucion/can/informes-publicaciones/1745439-seguimiento-y-monitoreo-del-plan-nacional-de-integridad-y-lucha-contra-la-corrupcion-2018-2021>
- Contraloría General de la República, “Informe Ejecutivo de Gestión 2020” [https://doc.contraloria.gob.pe/documentos/Informe Ejecutivo de Gestion 2020.pdf](https://doc.contraloria.gob.pe/documentos/Informe_Ejecutivo_de_Gestion_2020.pdf)
- Mwakibinga, Frederick, y Buvik, Arnt, “An empirical analysis of coercive means of enforcing compliance in public procurement” *Journal of Public Procurement* 13 (2013): 243-273G.
- Roppo, Vincenzo, “El Derecho Privado en el Sistema Jurídico”, *Ius Et Veritas* 51 (2015): 88-101.

RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Lara[†]

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General) Christian Guzmán Arias (Sub- Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta	Carlos Torres Morales
Indira Navarro Palacios	Rafael Torres Morales
Juan Carlos Benavente Teixeira	

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Alberto Stewart Balbuena	Prof. Lourdes Flores Nano
Prof. Fernando Vidal Ramírez	Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio
Prof. Hernando Montoya Alberti	Prof. Ricardo Beaumont Callirgos
Prof. Mila Guillen Rispa	Prof. Ronald Cárdenas Krenz

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres Morales	Carmen Alfaro Ascón
Jackeline Vásquez Dávila	Natalia Camarena Herrera

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**
Derechos Reservados. 1983.

Editorial: Asesorandina S.R.L. - **RUC:** 20101283071 - **Domicilio Legal:** Calle Cañón del Pato 103
(Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) - Surco - Lima Código Postal 15038 - Perú

Año: 2022

Edición Digital.

Carátula y Diseño: Jackeline Vásquez Dávila

Compilador: Sylvia Torres Morales

ISSN No. 2788-4864

Código de Barras No.: 7758272000015

Año de la primera publicación: 1985

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**

PEDIDOS: Calle Cañón del Pato 103 - (Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) - Surco.
Central Teléf.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: www.asesor.com/rpde



**Se terminó de realizar la digitación y composición
en ASESORANDINA SRL
Jr. Cañon del Pato 103 Urb. Tambo de Monterrico .
Santiago de Surco
Lima - Perú
Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe**

**Revista de periodicidad anual
Febrero – Noviembre 2022**