

Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (Ley N° 30424, sus modificatorias y su reglamento)

I. Introducción

El 30 de marzo de 2021 se publicó en el Diario El Peruano la Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01 a través de la cual se aprobó los “Lineamientos para la implementación y funcionamiento del modelo de prevención (Ley N° 30424, sus modificatorias y su reglamento)”, el cual recoge de manera resumida y didáctica los alcances de las normas nacionales e internacionales que regulan los temas de *Compliance*.

Este documento servirá como una guía referencial para las personas jurídicas que hayan implementado y puesto en funcionamiento un modelo de prevención, así como para aquellas que en un futuro decidan voluntariamente implementarlo. Asimismo, será una herramienta importante para comprender la responsabilidad penal que pudieran tener las personas jurídicas bajo el ámbito de aplicación de la Ley N° 30424.

Además, se establecen ejemplos, acciones y recomendaciones que deberán tener en cuenta las personas jurídicas para poder acreditar que su modelo de prevención es eficaz para los riesgos que tenga la empresa, a fin de que puedan acceder al beneficio de eximir o atenuar la responsabilidad de la empresa en el marco de una investigación o proceso penal que se le siga por la comisión de los delitos previstos en la Ley N° 30424.

II. Las ventajas de tener una adecuada implementación y funcionamiento del modelo de prevención

Si bien las empresas no tienen la obligación de implementar y poner en funcionamiento un modelo de prevención, la guía señala que en caso lo hicieran podrían tener las siguientes ventajas:

- Fomentar una cultura de ética, confianza, integridad y cumplimiento normativo.
- Fortalecer la reputación corporativa de la empresa.
- Disminuir el riesgo de que la empresa se vea involucrada en una investigación o proceso penal.
- Proporcionar un sistema de alerta temprana frente a posibles incumplimientos o ante la eventual comisión de un delito.
- Eximir o atenuar la responsabilidad penal de la empresa en caso sea investigada o procesada penalmente por los delitos previstos en la Ley N° 30424.

III. La importancia del *tone at the top* en el modelo de prevención

Todas las acciones orientadas a la implementación y funcionamiento del modelo de prevención deben estar precedidas por el compromiso, liderazgo y apoyo firme, activo y visible del órgano de gobierno, de administración, alta dirección de la persona jurídica, o quien haga sus veces. De este modo, dichos órganos tendrán como función liderar la cultura de integridad y prevención en todos los niveles de la organización y además deberán fomentar el compromiso y participación de los colaboradores, directivos, socios comerciales y partes interesadas en el proceso de gestión de riesgos, en la implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención y en el cumplimiento de las políticas de prevención.

En contextos o situaciones no planificadas, como la declaración de una pandemia y, en general, cualquier otro evento que pueda afectar de manera significativa la continuidad del negocio de la persona jurídica, se espera que el órgano de gobierno, de administración, alta dirección de la persona jurídica, o quien haga sus veces, asuma un liderazgo proactivo que involucre las actividades necesarias para llevar a cabo una efectiva gestión del episodio de crisis.

IV. Elementos mínimos del modelo de prevención

En la guía se desarrollan los elementos mínimos del modelo de prevención, los cuales deberán ser implementados y puestos en funcionamiento de manera adecuada, a fin de que la empresa pueda acreditar un correcto cumplimiento de su modelo de prevención y de esta manera poder acceder al beneficio de que se le exima o atenúe la responsabilidad en el marco de una investigación o proceso penal bajo los alcances de la Ley N° 30424.

1. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos

La persona jurídica debe identificar los riesgos de comisión de delitos que sean inherentes a sus actividades u operaciones en cada uno de sus procesos. Asimismo, deberá identificar sus riesgos residuales, los cuales serán determinados tras la implementación de los controles destinados a mitigar los riesgos inherentes de la persona jurídica.

Para realizar un correcto proceso de gestión de los riesgos, la persona jurídica o un tercero contratado por ella deberán llevar a cabo las siguientes fases estratégicas:

- a. Etapa previa:** De manera previa, la persona jurídica debe definir las funciones y responsabilidades operativas, los procesos operativos y la responsabilidad de supervisión de estas actividades u operaciones, determinando las áreas o unidades orgánicas responsables.
- b. Identificación de riesgos:** Consiste en revisar e identificar las actividades, operaciones y/o procesos que tienen una mayor exposición al riesgo de comisión de delitos, así como aquellas conductas que puedan incrementar o crear nuevos riesgos, a fin de conocer sus posibles consecuencias en caso de materializarse.
- c. Evaluación y análisis de riesgos:** Se realiza un examen sistémico que permite determinar la probabilidad e impacto de que se materialicen cada uno de los riesgos identificados, a fin de establecer los niveles de prioridad de los riesgos.
- d. Mitigación de riesgos:** La persona jurídica asume e implementa controles y medidas de prevención, detección o corrección.

Se establece que este proceso se debe realizar y/o actualizar de manera previa al desarrollo de una nueva actividad u operación, al introducir al mercado nuevos productos, brindar nuevos servicios, cuando se produzcan cambios estructurales o de organización y/o ante alguna circunstancia que la organización considere relevante (por ejemplo, la implementación del trabajo remoto para evitar la propagación de la COVID-19).

2. Encargado de prevención

El encargado de prevención puede ser una persona natural o un órgano que debe ser designado por el máximo órgano de gobierno, de administración, alta dirección de la persona jurídica, o quien haga sus veces. En el caso de las micro, pequeña y mediana empresas (Mipyme) el rol del encargado de prevención puede ser asumido directamente por el máximo órgano de administración.

Se indica que el encargado de prevención no necesariamente debe cumplir su función a dedicación exclusiva ni pertenecer a la estructura interna de la empresa, ya que se puede externalizar dicha función e incluso puede desempeñar dicho cargo a tiempo parcial. Sin embargo, la guía establece que las buenas prácticas recomiendan que el encargado de prevención debe ser a dedicación exclusiva en las grandes empresas, mientras que en las Mipyme puede ser a dedicación no exclusiva.

Se establece que el encargado de prevención deberá cumplir sus funciones con autonomía, autoridad e independencia. Las funciones que realizará serán las siguientes:

- Supervisar, monitorear y hacer cumplir las políticas y objetivos del modelo de prevención.
- Verificar la adecuada conservación y custodia de los documentos referidos al modelo de prevención.
- Asesorar y orientar al órgano de administración y a los colaboradores de la organización para absolver sus dudas.
- Informar y comunicar al máximo órgano de gobierno, de administración, alta dirección, o quien haga sus veces, sobre el desempeño y cumplimiento del modelo de prevención.
- Promover que el personal y los directivos tengan a su disposición las capacitaciones necesarias y apropiadas en temas relacionados al modelo de prevención.

Asimismo, la guía señala que si bien la Ley N° 30424 ni su Reglamento han establecido el perfil que debe tener el encargado de prevención, se deben tener en cuenta los siguientes criterios al momento de contratar al encargado de prevención:

- Conocimiento de la organización: Es fundamental que tenga conocimiento de los procesos críticos y/o claves de las actividades u operaciones.
- Experiencia: Se deberá tener en cuenta su formación académica, su experiencia laboral y/o liderazgo.
- Solvencia moral y honorabilidad: Debe tener y mantener una trayectoria de cumplimiento de principios éticos, honestidad, integridad y buenas prácticas comerciales y corporativas.
- Solvencia económica: Debe ser una persona que no haya sido declarada insolvente por la autoridad competente.

3. Implementación de procedimientos de denuncia

El procedimiento de denuncia comprende los siguientes componentes: canal de denuncias, mecanismos de protección para el denunciante, esquemas de incentivos, procedimiento de investigación interna y medidas disciplinarias.

El canal de denuncias debe permitir el reporte de cualquier intento, sospecha o comisión de alguno de los delitos comprendidos en la Ley N° 30424, así como cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención. Se indica que los canales de denuncias pueden ser virtuales o presenciales y que pueden ser administrados por un órgano interno de la persona jurídica o por alguien externo a la organización; sin embargo, se recomienda que dentro de lo posible el encargado de prevención no se encargue de administrar el canal de denuncias ni realizar la investigación interna, a fin de no incurrir en conflicto de intereses.

Asimismo, se recomienda implementar mecanismos orientados a la reserva o anonimato del denunciante, a fin de incentivar la formulación de denuncias sin temor a sufrir algún tipo de represalia, discriminación, sanción y medida disciplinaria futura. Además, se deben adoptar medidas de seguridad orientadas a la confidencialidad, protección y custodia de la información y documentación recibida a través del canal de denuncias.

Por otro lado, se recomienda establecer políticas o mecanismos de protección, claros y concretos para el denunciante que realice denuncias de buena fe. De igual modo, se pueden diseñar e implementar políticas o esquemas de incentivos para motivar el compromiso y participación en el cumplimiento del modelo de prevención, así como en la identificación y denuncia de presuntas conductas delictivas e infracciones al modelo de prevención; sin embargo, dichos incentivos se deberán entregar si es que la denuncia permitió a la empresa descubrir y sancionar la comisión de un delito o infracción.

Finalmente, las denuncias recibidas a través del canal de denuncias deberían ser investigadas por la persona jurídica, a través de un proceso de investigación interna o mediante la contratación de un tercero ajeno a la empresa.

4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención

La persona jurídica debe difundir el modelo de prevención y capacitar periódicamente a sus colaboradores, directivos, independientemente de la posición o función que ejerzan, así como a los socios comerciales y partes interesadas. Las actividades de capacitación y/o sensibilización pueden ser realizadas directamente por la persona jurídica o por terceros.

Asimismo, se establece que las actividades de difusión y capacitación se podrían llevar a cabo, cuando menos una vez al año, sin perjuicio de establecerse una periodicidad menor (mensual, trimestral o semestral). Además, se señala que la difusión se puede realizar a través de medios físicos (boletines,

folletos, revistas, entrega de archivos, etc.) y/o mediante el uso de herramientas informáticas (publicaciones en la página web, redes sociales, intranet, etc.), mientras que las capacitaciones pueden ser presenciales o virtuales.

5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención

Al ser el modelo de prevención un proceso de carácter dinámico y no estático requiere que la persona jurídica establezca mecanismos para la retroalimentación participativa, así como otros procesos internos que apoyen a la actualización y mejoramiento continuo del modelo de prevención. Este proceso debe realizarse como mínimo una vez al año y puede ser conducido directamente por la persona jurídica o por terceros especializados.

V. Implementación del modelo de prevención en las Mipyme

El modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos. Asimismo, se deberá implementar el modelo de prevención considerando el principio de adaptabilidad sobre la base de su perfil de riesgos.

Si bien las Mipyme no tienen obligación de implementar todos los elementos mínimos en su modelo de prevención, deberán tener en cuenta que su modelo de prevención deberá contar con los elementos mínimos que sean necesarios para prevenir, detectar y mitigar la comisión de delitos, así como para promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas.

Se debe tener en cuenta que los lineamientos expuestos sobre este tema han sido emitidos sin perjuicio de los lineamientos y formatos del modelo de prevención de las Mipyme, cuya publicación se encuentra a cargo del Ministerio de la Producción.

VI. Proceso de debida diligencia (*due diligence*)

La persona jurídica debe realizar una debida diligencia (*due diligence*) sobre sus clientes, proveedores, colaboradores, contratistas, agentes, intermediarios, socios comerciales y partes interesadas, así como a las empresas socias en consorcios, empresas con las que realizará alguna reorganización societaria (fusiones, escisiones y adquisiciones), entre otros.

A través de la debida diligencia, la persona jurídica podrá tomar o adoptar una decisión informada sobre iniciar, suspender, continuar o culminar las relaciones comerciales o contractuales, así como decidir vincularse, desvincularse o no vincularse con terceros que puedan estar comprometidos o investigados en algunos de los delitos comprendidos en la Ley N° 30424 y/o en los demás delitos que la persona jurídica estime conveniente.

VII. Participación de la SMV

La SMV verifica y evalúa la implementación y funcionamiento adecuado de los modelos de prevención adoptados por las personas jurídicas, a pedido del Fiscal en el marco de una investigación o proceso penal seguido contra la persona jurídica por alguno de los delitos previstos en la Ley N° 30424. La SMV deberá emitir su Informe Técnico dentro de los 30 días hábiles después de haber recibido la solicitud del Fiscal y dicho informe tendrá valor probatorio de pericia institucional.

Asimismo, se señala que la SMV para llevar a cabo la verificación y evaluación del modelo de prevención, así como la emisión del Informe Técnico, podrá requerir información, documentación, realizar visitas de inspección, entrevistar y tomar declaraciones, así como realizar cualquier otra acción adicional que sea necesaria para corroborar la implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención.

Finalmente, la SMV al emitir su Informe Técnico podrá tener en cuenta la existencia de certificaciones nacionales e internacionales del modelo de prevención de la persona jurídica; sin embargo, ello solo será referencial y no vinculante al momento de evaluar el modelo de prevención, ya que será valorado de manera conjunta con las demás evidencias que haya recabado la SMV.

**Juan Diego
Ugaz**

Socio
juh@prcp.com.pe

**Erick
Palao**

Asociado
epv@prcp.com.pe

ESCUCHA NUESTROS
PODCASTS



VISITA NUESTRO BLOG