

EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES EN LOS MODELOS DE PREVENCIÓN

ERICK PALAO VIZCARDO*

RESUMEN

El autor analiza la intervención de la Superintendencia del Mercado de Valores en su rol orientador y evaluador en los modelos de prevención. En ese sentido, desarrolla los criterios establecidos por la SMV para su correcta implementación y puesta en funcionamiento, destacando que la entidad no solo cumplirá una función desde la perspectiva de prevención del delito, sino también como un órgano técnico de soporte a la actividad que ejerce la fiscalía en el marco de una investigación.

MARCO NORMATIVO

- Ley N° 30424: *passim*.

PALABRAS CLAVE: Superintendencia de Mercado de Valores / Persona jurídica / Modelos de prevención / Rol orientador / Rol evaluador / Informe técnico / Gestión de *compliance*

Recibido: 05/05/2021

Aprobado: 06/05/2021

I. Introducción

A través del Decreto Legislativo N° 1352 publicado el 7 de enero de 2017, se modificaron diversos artículos de la Ley N° 30424, Ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, entre ellos, el artículo 18 de la citada ley, en la cual se establecía que el

fiscal o el juez eran los órganos competentes para verificar la efectiva implementación y el funcionamiento del modelo de prevención. Fue a través de esta modificatoria que se dispuso que la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, SMV) sea la entidad pública que se encargue de analizar y evaluar la implementación de los modelos de prevención mediante la emisión de un informe técnico que tendría la calidad de pericia institucional en el marco de una investigación penal iniciada por la fiscalía contra una persona jurídica que haya incurrido en alguno de los delitos¹ previstos en la Ley N° 30424.

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 002-2019-JUS –Reglamento de la Ley N° 30424– delimitó la intervención de la SMV al regular los requisitos que se debían cumplir para la

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla y de Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad de Castilla - La Mancha. Actualmente es asociado senior del área de Derecho Penal empresarial del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados.

1 Los delitos previstos en la Ley N° 30424 son colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

emisión del informe técnico. De este modo, se estableció el contenido que debía tener la solicitud que realice el fiscal a la SMV para la emisión del informe técnico, así como las acciones que puede realizar la SMV para evaluar correctamente el modelo de prevención y los aspectos que tendrá en cuenta al momento de analizar la implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención.

Asimismo, en la Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 002-2019-JUS se estableció que la SMV se encuentra facultada para aprobar guías o lineamientos en los cuales se establezcan criterios para poder identificar si la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención y si este ha sido debidamente implementado y si funciona correctamente.

Por ello, el 31 de marzo de 2021, la SMV emitió la Resolución SMV N° 006-2021 a través de la cual publicó la versión final de los lineamientos para la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención. En dichos lineamientos la SMV establece acciones, ejemplos y recomendaciones que deberían realizar las empresas para acreditar una correcta implementación y puesta en funcionamiento de los elementos mínimos del modelo de prevención; además, regula el proceso de debida diligencia que deberían llevar a cabo las personas jurídicas, así como la implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención por parte de las micro, pequeña y mediana empresa (Mipyme) y la participación de la SMV en la evaluación del modelo de prevención.

En atención a lo expuesto, en el presente artículo analizaré el rol orientador y evaluador que tiene la SMV respecto a los modelos de prevención que sean implementados y puestos en funcionamiento de manera voluntaria por las personas jurídicas.

II. Rol orientador: publicación de lineamientos para la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención

La SMV ha publicado la versión final de los lineamientos del modelo de prevención, en los cuales se establecen criterios que deben tomar en cuenta las personas jurídicas para acreditar una correcta implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención. Dichos lineamientos son una guía referencial para las personas jurídicas que tienen un modelo de prevención, así como para aquellas que en un futuro decidan implementarlo voluntariamente.

1. Compromiso y liderazgo de la alta dirección

En los lineamientos se señala que todas las acciones orientadas a la implementación y el 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 el que haga sus veces. Ello es así debido a que en toda organización son los máximos órganos los que tienen el deber de tomar decisiones para controlar y/o mitigar los riesgos asociados a la actividad empresarial, y como consecuencia de ello tienen el deber² de implementar un modelo de prevención que

2 Silva Sánchez (2013) señala que el máximo órgano de administración u órgano de gobierno tienen un deber jurídico –penalmente reforzado– de implementar un programa de cumplimiento.

permita prevenir la comisión de los delitos previstos en la Ley N° 30424.

Por esa razón, Nieto Martín (2014) señala que en todos los modelos de prevención se debe reflejar el *tone from the top*, el cual implica que el máximo órgano de la persona jurídica se involucre en los objetivos del modelo de prevención, sino de lo contrario dicho modelo de prevención será solamente un “papel mojado”, el cual no servirá para la prevención de los delitos previstos en la Ley N° 30424 ni para fomentar una cultura de cumplimiento en la organización (p. 30).

Es fundamental que los directivos de la organización muestren su compromiso y liderazgo, ya que de esta manera se transmitirá un mensaje a todos los miembros de la organización de que deben cumplir todas las normas, políticas y procedimientos que implemente la empresa dentro de su modelo de prevención. Asimismo, es importante que los directivos evidencien su compromiso brindando todos los recursos³ que sean necesarios para que la organización implemente un adecuado modelo de prevención que permita reducir los riesgos vinculados a los delitos de la Ley N° 30424 que podrían generar responsabilidad penal a la persona jurídica.

2. Elementos mínimos del modelo de prevención

a. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos

Los lineamientos señalan que 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.

Al respecto, Nieto Martín (2015) sostiene que para hacer un correcto análisis de riesgos se deben seguir seis pasos:

1. Identificar las actividades que realiza la empresa.
2. Identificar las infracciones que pudieran afectar las actividades de la empresa.
3. Determinar la probabilidad de que aparezca un determinado delito o infracción.
4. Realizar un análisis sobre la existencia o probabilidad de un riesgo en las actividades de la empresa y hacer una evaluación de los riesgos que consiste en clasificarlos en atención a su importancia (alta, media o baja).
5. Se debe fijar el cumplimiento o prohibición de medidas y/o controles dentro de la empresa, a fin de mitigar los riesgos de la empresa.
6. Se debe evaluar el mapa de riesgos cuando se produzcan cambios estructurales o de organización en la empresa. (p. 154 y ss.)

La Norma ISO 31000:2018 establece que si las organizaciones deciden implementar un sistema de gestión de riesgos deben seguir una serie de pasos para poder gestionar correctamente sus riesgos, a saber: i) la dirección de la empresa debe destinar recursos a la gestión de riesgos; ii) se debe nombrar a los responsables de llevar a cabo

3 Montaner Fernández (2019, p. 14) señala que la alta dirección de la empresa tiene la obligación de dotar al órgano de *compliance* de los recursos financieros, materiales y humanos que sean adecuados para asegurar el funcionamiento eficaz del sistema de cumplimiento en la organización.

el proceso de gestión de riesgos; iii) identificar los riesgos; iv) realizar un análisis de los riesgos; v) definir respuestas a los riesgos identificados; y vi) tener un plan de monitoreo y revisión de los riesgos.

En atención a ello, los lineamientos de la SMV señalan que 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 materialice 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.

Asimismo, se establece que el proceso de gestión de riesgos 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 del COVID-19).

Finalmente, los lineamientos establecen una serie de acciones, ejemplos y recomendaciones para que las empresas puedan acreditar este elemento mínimo del modelo de prevención, siendo las principales: i) la designación de la persona u órgano encargado del proceso de gestión de riesgo y del encargado de supervisar el cumplimiento; ii) establecer los criterios y metodologías utilizadas para la identificación y evaluación de los riesgos; iii) implementar controles financieros y no financieros para prevenir y/o mitigar los riesgos; iv) diseñar una matriz de riesgos y un mapa de calor donde se detallen los riesgos, responsables, la probabilidad e impacto del riesgo, los controles implementados y las acciones a realizar para mitigar los riesgos; y, v) realizar auditorías preventivas para evaluar la eficacia de los controles fijados en cada riesgo. Además, es importante que todo ello esté debidamente documentado, por lo que será importante que la persona jurídica tenga el acta de nombramiento del responsable de riesgos, actas de las reuniones y/o entrevistas realizadas durante el proceso de identificación de los riesgos y el acta de aprobación de la matriz de riesgos suscrita por la alta dirección o el máximo órgano de la persona jurídica.

b. Encargado de prevención

El máximo órgano de administración de la empresa o el que haga sus veces debe designar al encargado de prevención, a fin de que dicho órgano se encargue principalmente de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. En el caso de las micro, pequeñas y

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

Los lineamientos que ha publicado la SMV servirán como referencia al momento que la SMV emita su informe técnico de evaluación del modelo de prevención. No obstante, los criterios fijados en los lineamientos no serán los únicos que tome en cuenta la SMV para la elaboración de su informe técnico.

medianas empresas (en adelante, Mipyme), la función de encargado de prevención puede ser asumida directamente por el máximo órgano de administración.

En la Ley N° 30424 ni en el reglamento se señala de manera específica el perfil que debe tener un encargado de prevención. Sin embargo, en los lineamientos del modelo de prevención de delitos publicados por la SMV⁴ se desarrolla por primera vez el perfil que debe tener el encargado de prevención, y en virtud de ello se señala que el máximo órgano de administración debe designar o contratar un encargado de prevención que reúna los siguientes requisitos: i) conocimiento de la organización; ii) experiencia; iii) solvencia moral y honorabilidad; y iv) solvencia económica.

De este modo, el encargado de prevención debe ser una persona que tenga conocimiento sobre los procesos críticos y/o claves de las actividades u operaciones de la persona jurídica, así como del sector económico, socios comerciales y partes interesadas en el

negocio. Asimismo, debe acreditar que posee experiencia en temas académicos, laborales y que tiene capacidad de liderazgo. Además, debe ser una persona honesta y con principios éticos, por lo que no debe tener sentencias firmes por delitos dolosos, no ejercer simultáneamente algún cargo en una entidad pública, no ejercer cargos en organizaciones o partidos políticos que pudieran generar conflictos de intereses y no estar comprendido en alguna “lista negra” vinculada a temas de corrupción, lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. Finalmente, la persona que ejerza este cargo debe tener suficiente solvencia económica.

Asimismo, bajo el principio de autorregulación, las personas jurídicas a través de su máximo órgano de administración podrían tener en cuenta criterios adicionales al momento de designar al encargado de prevención, tales como los establecidos en los artículos 10.2.1. de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), artículo 15 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS (Reglamento de la Ley N° 27693) y el artículo 6 de la Resolución SBS N° 789-2018, en los cuales se regulan los requisitos que debe cumplir el oficial de cumplimiento para ser designado como tal en el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (Splaft).

En adición a lo señalado, considero que la persona que ejerza el cargo de encargado de prevención debe ser una persona que tenga conocimientos en Derecho Penal, *compliance*, gestión de riesgos y/o auditoría interna, así como un conocimiento pleno sobre los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo

4 Página 16 de la Resolución SMV N° 006-2021.

previstos en la Ley N° 30424, a fin de que pueda prevenir, detectar y/o corregir la comisión de dichos delitos que pueden generar responsabilidad penal a la empresa.

En el reglamento de la Ley N° 30424 y en los lineamientos publicados por la SMV se establece que el encargado de prevención debe cumplir sus funciones con autonomía⁵, autoridad⁶ e independencia⁷, de modo tal que las decisiones y las acciones que adopte no puedan estar condicionadas por situaciones que pudieran impedir o dificultar el desarrollo de sus funciones. La autonomía e independencia trae consigo que tenga autoridad en la empresa para poder supervisar y hacer cumplir el modelo de prevención, sin obedecer dictados o instrucciones de otros órganos de la empresa respecto a cómo ejercer su labor como encargado de prevención y tomar las decisiones y acciones que permitan prevenir correctamente los riesgos penales asociados al modelo de prevención implementado por la empresa.

La autonomía, la autoridad y la independencia con las que cuenta el encargado de prevención son condiciones que demuestran que dicho órgano debe encontrarse situado en un nivel gerencial dentro del organigrama de la empresa. Algunos autores penalistas, entre ellos Silva Sánchez (2013), señalan que debe estar situado en una posición jerárquica

inferior al administrador o la alta dirección, y que su posición en la empresa es similar a la de un alto directivo (p. 88), mientras que Dopico Gómez-Aller (2013) lo denomina como el “alto responsable en materia de cumplimiento” (pp. 167 y ss.).

En virtud de ello, considero que el encargado de prevención debe estar situado en un nivel gerencial para que pueda tener un poder de mando en la empresa, autonomía e independencia en el desempeño de sus funciones y tener la posibilidad de reportar directamente al máximo órgano de gobierno, de administración y/o la alta dirección de la organización.

Al respecto, debo indicar que en el reglamento⁸ y en los lineamientos publicados por la SMV⁹ se señalan las funciones mínimas que debería cumplir un encargado de prevención:

- Supervisar, monitorear y hacer cumplir las políticas y los objetivos del modelo de prevención de delitos.
- Supervisar el funcionamiento del sistema de control interno de la empresa.
- Ejecutar las medidas disciplinarias y/o sanciones que imponga la empresa a las personas que incumplan el modelo de prevención o en caso de que se detecte

5 El artículo 5.1 del reglamento de la Ley N° 30424 y la página 15 de la Resolución SMV N° 006-2021 señalan que el encargado de prevención debe contar con capacidad suficiente para supervisar y hacer cumplir el modelo de prevención, y con suficiente nivel jerárquico dentro de la organización, por lo que debe tener suficiente independencia respecto de la gerencia y los órganos de línea.

6 El artículo 35.2. del reglamento de la Ley N° 30424 y la página 15 de la Resolución SMV N° 006-2021 señalan que el encargado de prevención debe tener suficiente autoridad y legitimidad para dirigirse de forma autónoma a otras áreas o funciones de la organización.

7 Los artículos 4.8 y 35.2 del reglamento de la Ley N° 30424 y la página 15 de la Resolución SMV N° 006-2021 señalan que todas las decisiones y acciones que emprenda el encargado de prevención no pueden estar condicionadas o supeditadas de manera que impidan o dificulten el desarrollo de sus funciones.

8 Artículos 35, 36 y 38 del Reglamento de la Ley N° 30424.

9 Página 14 de la Resolución SMV N° 006-2021.

- la comisión de algún delito por parte de algún trabajador de la empresa.
- Verificar la adecuada conservación y custodia de los documentos referidos al modelo de prevención de delitos.
 - Asesorar y orientar al órgano de administración y a los colaboradores de la organización para absolver sus dudas sobre el modelo de prevención de delitos y los riesgos de comisión de delitos vinculados a la actividad empresarial.
 - Informar y comunicar de forma directa sobre el desempeño y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos al máximo órgano de gobierno, de administración y/o la alta dirección de la empresa.
 - Promover la realización de capacitaciones para los colaboradores y directivos de la empresa, respecto a temas relacionados con el modelo de prevención de delitos.

Adicionalmente, por autorregulación, las empresas pueden asignarle funciones adicionales si consideran que son necesarias para lograr que el modelo de prevención sea eficaz en la prevención y/o reducción significativa de los riesgos penales vinculados a la empresa. Estas funciones adicionales pueden ser las siguientes:

- Administrar los canales de denuncia.
- Investigar las denuncias recibidas por el canal de denuncias.
- Difundir las políticas y procedimientos que forman parte del modelo de prevención de delitos.

- Evaluar los nuevos riesgos penales que se puedan suscitar en la empresa como consecuencia del desarrollo de nuevas actividades u operaciones, nuevos productos o servicios, ante el uso de nuevas tecnologías y/o cuando se suscite algún cambio estructural o de organización en la empresa.
- Realizar alguna de las funciones del oficial de cumplimiento en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que se encuentran previstas en el artículo 10.2.1. de la Ley N° 27693, artículo 16 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS (reglamento de la Ley N° 27693) y artículo 12 de la Resolución SBS N° 789-2018.

Es importante precisar que en la Ley N° 30424 ni en el reglamento se señala si el encargado de prevención debe cumplir dicha función a dedicación exclusiva o no, a diferencia de las normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, en las cuales sí se delimitan los supuestos en los que el oficial de cumplimiento debe cumplir sus funciones a dedicación exclusiva. Sin embargo, en los lineamientos publicados por la SMV¹⁰ se señala que las buenas prácticas recomiendan que el encargado de prevención debe ser a dedicación exclusiva tratándose de grandes empresas, mientras que para las Mipyme pueden ser a dedicación no exclusiva.

Asimismo, todas las acciones que realice autónomamente el encargado de prevención en el desempeño de sus funciones deben ser reportadas al máximo órgano de administración debido a que dicho órgano es quien le asigna las funciones que debe cumplir y,

¹⁰ Página 17 de la Resolución SMV N° 006-2021.

además, porque junto al órgano de gobierno y la alta dirección son los que tienen el compromiso y liderazgo de la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención de delitos en la empresa. Ello no significa que el encargado de prevención requiera de una comunicación previa para ejecutar alguna acción en la empresa, ya que el reglamento de la Ley N° 30424 lo faculta para ejecutar acciones y tomar decisiones de manera autónoma e independiente.

Finalmente, es importante señalar que en los lineamientos de la SMV se establece que las empresas deben realizar ciertas acciones para acreditar la implementación y puesta en funcionamiento del encargado de prevención dentro del modelo de prevención. Dichas acciones podrían ser las siguientes: i) que la designación del encargado de prevención y la asignación de sus funciones sean plasmadas en un acta aprobada por la alta dirección o por el máximo órgano de la persona jurídica; ii) que el encargado de prevención sea incorporado al organigrama de la organización; iii) que la alta dirección o el máximo órgano de la persona jurídica asigne un presupuesto al encargado de prevención para que cumpla sus funciones; iv) que existan actas de las reuniones que tenga el encargado de prevención con la alta dirección o el máximo órgano de la persona jurídica; v) que exista un canal por medio del cual el encargado de prevención pueda reportar a la alta dirección o al máximo órgano de la persona jurídica; vi) que se capacite al encargado de prevención y que exista constancia de haber recibido dicha capacitación; y vii) que se evalúe el desempeño del encargado de prevención,

a fin de verificar si es que viene cumpliendo correctamente sus funciones.

c. 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 externo¹¹ 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 anonimato¹² 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.

11 García Moreno (2015) recomienda que la administración de los canales de denuncia sea externalizada, con la finalidad de cautelar la confidencialidad de las denuncias (p. 217).

12 Bermejo (2020) señala que las U.S. Sentencing Guidelines, la ISO 37001:2016 “Sistema de gestión de antisoborno” y los lineamientos de integridad de la Oficina Anticorrupción de Argentina prevén que el canal de denuncia debe garantizar el anonimato y la confidencialidad del informante.

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 la denuncia de presuntas conductas delictivas e infracciones del 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.

Las denuncias recibidas a través del canal de denuncias pueden ser investigadas por la persona jurídica, a través de un proceso de investigación interna¹³ o mediante la contratación de un tercero ajeno a la empresa. Sobre el particular, considero que es importante que algunas investigaciones sean realizadas por terceros, sobre todo aquellas en las cuales se encuentren denunciados altos directivos o gerentes de la persona jurídica, a fin de evitar que puedan ejercer algún tipo de presión o influencia sobre el investigador interno de la empresa. En esos supuestos es recomendable externalizar la investigación para mantener la objetividad e imparcialidad en el desarrollo de los actos de investigativos

En virtud de ello, la SMV señala en los lineamientos que las personas jurídicas, para acreditar la implementación y el funcionamiento del procedimiento de investigación de denuncia, deben realizar lo siguiente: i) contar con un canal de denuncia que puede ser una línea telefónica, correo electrónico, sistema de denuncias en línea, a través de una página web o intranet y/o mediante

reportes presenciales; ii) tener documentada la aprobación del uso del canal de denuncia y del procedimiento de investigación; iii) tener un registro de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas; iv) contar con una política o protocolo para acceder y revisar medios de comunicación y equipos informáticos asignados al trabajador; v) contar con un protocolo de seguridad para la custodia y el tratamiento de la información y la documentación recibidas en el canal de denuncia y durante el proceso de investigación; vi) tener un procedimiento de incentivos y sanciones; y (vii) tener un registro de las medidas disciplinarias, las sanciones impuestas y los incentivos otorgados.

d. Difusión y capacitación del modelo de prevención

En los lineamientos se señala que 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.

¹³ Bermejo y Montiel (2020) sostienen que solamente puede disponerse la realización de una investigación interna cuando, como mínimo, exista una sospecha fiable de que se ha cometido un ilícito (p. 226).

Para acreditar una correcta implementación y puesta en funcionamiento de este elemento mínimo del modelo de prevención, la persona jurídica deberá tener evidencia de la difusión que realice sobre el modelo de prevención y las políticas de la organización. Asimismo, debe tener registro de las charlas de capacitación impartidas y tener una lista de los asistentes que hayan participado en dichas charlas. Además, es importante que la persona jurídica evalúe a las personas que hayan participado en las capacitaciones y tenga registro de dichas evaluaciones. También, será importante que tenga registro de las inducciones que realice a los nuevos colaboradores de la organización. Finalmente, se deberá monitorear que se realice una correcta difusión y capacitación del modelo de prevención y se deberá actualizar el material de capacitación cuando se produzcan cambios en el modelo de prevención.

e. 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 la actualización y el 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.

Para acreditar su correcta implementación y funcionamiento, la persona jurídica deberá contar con un procedimiento de auditoría interna y podría tener un comité que se encargue de supervisar el modelo de prevención. Asimismo, se deberá emitir un informe de auditoría en el cual se establezcan recomendaciones para mejorar el modelo de prevención, por lo que la persona jurídica deberá tener evidencias de que ha implementado las

COMENTARIO RELEVANTE DEL AUTOR

Si el informe técnico de la SMV concluye que la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención debidamente implementado y que funciona correctamente, la fiscalía deberá archivar la investigación penal seguida contra la persona jurídica; sin embargo, en caso el informe técnico concluyera lo contrario, la fiscalía utilizaría dicho informe como un medio de prueba para acreditar la responsabilidad penal de la empresa.

mejoras y las acciones recomendadas en el informe de auditoría. Finalmente, es importante que la persona jurídica cuente con documentos que demuestren que el informe de auditoría fue puesto en conocimiento de la alta dirección o del máximo órgano de la persona jurídica.

3. Proceso de debida diligencia

Si bien la debida diligencia no es un elemento mínimo del modelo de prevención, considero que es un procedimiento fundamental que debe realizar toda persona jurídica para prevenir riesgos vinculados con terceros con los cuales se relaciona. Por esa razón, me parece acertado que en los lineamientos del modelo de prevención se haya analizado el procedimiento de debida diligencia, ya que a través de este procedimiento la persona jurídica puede conocer adecuadamente a sus clientes, proveedores, colaboradores, contratistas, intermediarios, socios comerciales y a las empresas con las que realice alguna reorganización societaria, ya sea a través de una fusión o adquisición.

En los lineamientos se señala que este procedimiento no solo se debe realizar antes de iniciar la relación contractual, sino en todas las oportunidades que resulten necesarias. Por ejemplo, se recomienda realizar la debida diligencia cuando se tome conocimiento de algún hecho o noticia relevante que comprometa a algún tercero vinculado con la empresa.

Es importante tener en cuenta que no todos los procesos de debida diligencia son iguales, ya que este proceso debe realizarse de manera proporcional en atención a distintos criterios, como son el riesgo de la actividad, el tipo de relación que se va a tener con el tercero, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y la complejidad de sus operaciones. Por ello, no será lo mismo evaluar a un proveedor que brinde un servicio puntual, que evaluar a una empresa con la cual queremos establecer un vínculo a largo plazo. En el primer supuesto sería necesario realizar únicamente una debida diligencia simple, mientras que con el futuro socio de la empresa se tendría que realizar una debida diligencia reforzada.

Normalmente en un proceso de debida diligencia se le requiere al tercero que indique si cuenta con un modelo de prevención, se le pide información sobre los principales accionistas, el grupo económico al que pertenece, se le solicita información financiera, se le consulta si se ha visto implicado en procesos penales vinculados a corrupción y/o lavado de activos, se le pregunta si en la empresa labora alguna Persona Expuesta Políticamente (PEP) y se revisan las listas de sanciones internacionales para verificar que no se encuentre inmerso en algún caso de corrupción o lavado de activos a nivel nacional e internacional.

Toda esta información obtenida le permitirá a la persona jurídica tomar una decisión

informada para iniciar, continuar o suspender las relaciones comerciales o contractuales. Asimismo, ello le permitirá evitar vincularse con terceros que se encuentren implicados en temas delictivos que puedan dañar la reputación de la empresa y, a su vez, podría prevenir el riesgo de verse implicada en un proceso penal que pudiera generarle algún tipo de responsabilidad.

Por ello, si bien el procedimiento de debida diligencia no es un elemento mínimo del modelo de prevención, es de suma importancia que las personas jurídicas lo tengan debidamente implementado, más aún si es que la SMV lo podría tener en cuenta al momento de evaluar el modelo de prevención.

4. Modelo de prevención de la micro, pequeña y mediana empresa (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 la 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 de la SMV han desarrollado este tema, sin perjuicio de que el Ministerio de la Producción publique los lineamientos y formatos del modelo de prevención de las Mypime.

III. Rol evaluador: emisión de un informe técnico sobre el modelo de prevención

La SMV es la entidad pública que ha sido designada para evaluar la implementación y el funcionamiento del modelo de prevención. Sin embargo, es importante precisar que su participación se dará únicamente en el marco de una investigación penal seguida contra una persona jurídica por alguno de los delitos previstos en la Ley N° 30424. En ese sentido, es importante dejar en claro que la SMV no tiene un rol certificador del modelo de prevención, sino más bien un rol evaluador equiparable al de un perito en el marco de una investigación penal.

La fiscalía será el órgano que solicite la participación de la SMV en una investigación penal si es que la persona jurídica investigada cuenta con un modelo de prevención. Por esa razón, los lineamientos publicados por la SMV señalan que la persona jurídica debe informar a la fiscalía que cuenta con un modelo de prevención, a fin de que esta solicite a la SMV que evalúe el modelo de prevención.

En ese sentido, si la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención, la fiscalía le solicitará a la SMV que en un plazo de treinta (30) días hábiles evalúe el modelo de prevención y emita un informe técnico en el cual deberá concluir si la persona jurídica tiene o no un modelo de prevención debidamente implementado y que funciona adecuadamente. Los lineamientos señalan que el plazo que se le otorga a la SMV para la emisión de su informe técnico se computará desde la fecha en que la fiscalía notifique a la SMV con la solicitud, y siempre y cuando contenga lo siguiente: i) los datos del fiscal; ii) los datos de la persona jurídica investigada; iii) el delito que se investiga; y, iv) un juego de copia de los documentos

presentados por la persona jurídica para sustentar la implementación y el funcionamiento de su modelo de prevención. En ese sentido, el plazo se computará desde que la fiscalía elabore correctamente la solicitud y cuando dicha solicitud sea notificada válidamente a la SMV.

Los lineamientos señalan que la SMV, para elaborar su informe técnico, podrá requerir a la persona jurídica información y documentación sobre el modelo de prevención para revisarlo, también podrá realizar visitas de inspección *in situ* para revisar cómo funciona el modelo de prevención y, además, podrá realizar entrevistas a los colaboradores y/o socios comerciales de la empresa para recabar información adicional sobre el modelo de prevención.

Es importante tener en cuenta que los lineamientos que ha publicado la SMV servirán como referencia al momento que la SMV emita su informe técnico de evaluación del modelo de prevención. No obstante, los criterios fijados en los lineamientos no serán los únicos que tome en cuenta la SMV para la elaboración de su informe técnico.

Asimismo, los lineamientos señalan que si las personas jurídicas cuentan con certificaciones de gestión de riesgos (ISO 31000), de gestión de *compliance* (ISO 37301) y de gestión antisoborno (ISO 37001), ello no evidenciará que su modelo de prevención ha sido debidamente implementado. Lo que nos dicen los lineamientos es que estas certificaciones serán valoradas en conjunto con las demás evidencias que recabe la SMV dentro del proceso de evaluación que realice.

Finalmente, es importante tener en cuenta que si el informe técnico de la SMV concluye que la persona jurídica cuenta con un modelo de prevención debidamente implementado y que funciona correctamente, la

fiscalía deberá archivar la investigación penal seguida contra la persona jurídica¹⁴; sin embargo, si el informe técnico concluyera lo contrario, la fiscalía utilizaría dicho informe como un medio de prueba para acreditar la responsabilidad penal de la empresa.

Referencias

- Bermejo, M. G. (2020). *Whistleblowing*. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937. *La ley compliance penal*, (2).
- Bermejo, M. G. y Montiel, J. P. (dir.) (2020). *Teoría y praxis del criminal compliance. Compliance antilavado de activos y anti-corrupción en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. En: Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (dirs.). *El Derecho Penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 165-190).
- García Moreno, B. (2015). *Whistleblowing y canales institucionales de denuncia*. En: Nieto Martín, A. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 206-230).
- Montaner Fernández, R. (2019). *Compliance*. En: Silva Sánchez, J. M. (dir.) y Robles Planas, R. (coord.). *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa. Parte general y parte especial*. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2014). De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En: Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (dirs.). *Public compliance prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (pp. 17-42).
- Nieto Martín, A. (2015). Código ético, evaluación de riesgos y formación. En: Nieto Martín, A. (dir.). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, (pp. 135-163).
- Silva Sánchez, J. M. (2013). *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. Madrid: B de F.
- Silva Sánchez, J. M. (2013). Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. En: Kuhlen, L., Montiel, J. P. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds.). *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, (pp. 79-106).

14 El artículo 18 de la Ley N° 30424 señala que: “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”.